INSTITUIÇÕES E POLÍTICAS PÚBLICAS

VOL. 1

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 (Juscibernética, Florianopolis)
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:

CLARISSA BOTTEGA, FABIANO OLIVEIRA, MARIANA GOMES DE OLIVEIRA, MAURÍCIO PIRES GUEDES

INSTITUIÇÕES E POLÍTICAS PÚBLICAS

VOL. 1

PEMBROKE COLLINS
Rio de Janeiro, 2022

Copyright © 2022 | **Clarissa Bottega, Fabiano Oliveira, Mariana Gomes de Oliveira, Maurício Pires Guedes (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 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.

I59

Instituições e políticas públicas / Clarissa Bottega, Fabiano Oliveira, Mariana Gomes de Oliveira e Maurício Pires Guedes (organizadores). – Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2021.

v. 1; 474 p.

ISBN 978-65-89891-51-2

1. Ciência política. 2. Políticas públicas. 3. Direito. 4. Deveres institucionais. I. Bottega, Clarissa (org.). II. Oliveira, Fabiano (org.). III. Oliveira, Mariana Gomes de (org.). IV. Guedes, Maurício Pires (org.).

CDD 320

Bibliotecária: Aneli Beloni CRB7 049/21.

SUMÁRIO

ARTIGOS - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA..... 13

A RELAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM A RELIGIÃO NO BRASIL.....15
Ricardo Russell Brandão Cavalcanti

LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS: O USO DO PODER DE COMPRA GOVERNAMENTAL COMO FOMENTADOR PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO BRASIL.....30
Diego Gomes da Silva

A CENTRALIDADE E COMPLEMENTARIDADE DAS FUNÇÕES ADMINISTRATIVAS NO DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO: UM NOVO ENFOQUE SOBRE O CLÁSSICO.....50
Bernardo de Farias Martins

A ATUAÇÃO DO GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA SOBRE OS LIMITES DA LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO NA FASE INICIAL DA PANDEMIA DA COVID-19.....73
Hortência Araujo Faria Bonfim
Jaqueline Araújo Cardoso Reis
Bárbara Moraes Mendes da Silva

POLÍTICAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS ALINHADAS AO SISTEMA DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA 91
Camila Oliveira da Boa Morte

REVISÃO DE LOGÍSTICA HOSPITALAR: FLUXO DE PACIENTES NO REGIME DE ATENDIMENTO AMBULATORIAL.....104
Fernanda Losso Bacellar

DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NAS LICITAÇÕES 119
Eduardo Ferraz Kotsifas
Nilson Tadeu Reis Campos Silva

ADVOCACIA DATIVA E O ESTADO DO ESPÍRITO SANTO: PARÂMETROS DE FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS 138
Paulo Vítor Prado Sampaio

PRIVATIZAÇÃO DA GESTÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ÁGUA E ESGOTO E A REGIONALIZAÇÃO 156
Benevenuto Santos

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: PONDERAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO ANTE CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 172
Camilla Silva dos Santos
Glaucia Maria de Araújo Ribeiro

DOUTRINA CHEVRON E O CONTROLE JUDICIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA 191
Gláucia Maria de Araújo Ribeiro
Ingrid Jarreta Verom

CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E PROGRAMAS DE INTEGRIDADE: UM MODELO DE ESTRUTURA BASEADO EM RISCOS 208
Marcelo Souza Rocha

A DESAPROPRIAÇÃO E A REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA: UMA ANÁLISE DOS INSTITUTOS DENTRO DO CONTEXTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS 228
Raíssa Cristina Correia dos Santos

ARTIGO - CORTES CONSTITUCIONAIS E INTERNACIONAIS 241

ANÁLISE DA DECLARAÇÃO DE INELEGIBILIDADE DO EX-PRESIDENTE LULA: ASPECTOS DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE A PARTIR DA DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO PETRO URREGO VS. COLÔMBIA 243
Jeane Santos Bernardino Fernandes
Laercio Jorge De Souza Ramos Júnior

ARTIGOS - DIREITO CIVIL.....257

PENSÃO ALIMENTÍCIA PARA FILHOS DE DISTINTOS RELACIONAMENTOS: ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM FACE DO ENTENDIMENTO DO STJ.....259
Fernanda Diógenes Gomes Vieira

TRÊS CORAÇÕES E UMA HISTÓRIA: UNIÃO ESTÁVEL PUTATIVA NO CONTEXTO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO EM COMUM.....271
Mariana Galvan dos Santos

A AUSÊNCIA DE RELAÇÃO SOCIOAFETIVA FAMILIAR E A EXCLUSÃO DO PATRONÍMICO.....283
Nivea Maria Dutra Pacheco

DIREITOS NEURAIS (NEUROLAW), BIOTECNOLOGIAS E PERSONALIDADE: TRATAMENTOS JURÍDICOS DIALÓGICOS ENTRE DIREITO CIVIL E NEUROCIÊNCIA.....299
Rhuan Filipe Montenegro dos Reis

ARTIGOS – DIREITO CONSTITUCIONAL.....317

CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO: UM NOVO CONCEITO DE CRISE CONSTITUCIONAL?.....319
Gabrielle de Sousa Silva

CONFLITO ACERCA DE DOIS DIREITOS CONSTITUCIONAIS: O DIREITO DO AUTOR E O DIREITO À CULTURA E AO CONHECIMENTO.....337
Catia Martins Gonçalves

AS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO INSTRUMENTO PARA A EFETIVAÇÃO DA IGUALDADE SUBSTANCIAL.....354
Francisco Alves da Cunha Horta Filho

O FGTS E O JULGADO DO RE 765.320: UMA ANÁLISE À LUZ DA PERSPECTIVA DOUTRINÁRIA, CONSTITUCIONAL E DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL SOPESANDO AS INFERÊNCIAS DECORRENTES.....369
Paulo Vítor Prado Sampaio

SENTIDOS DE DEMOCRACIA NOS ATOS OFICIAIS DO GOVERNO BRASILEIRO: ENSINO SUPERIOR E CULTURA.....386
Camila de Mendonça Ribeiro Silva

DA (IM)POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DE PRECATÓRIOS DURANTE A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19).....403
Isabella Hissae Bittencourt Fokuda
Nilson Tadeu Reis Campos Silva

ARTIGO – DIREITO DOS ANIMAIS.....419

DIREITOS DE FAMÍLIA AOS ANIMAIS DOMÉSTICOS.....421
Lucas Crocetta Zomer
Márcia Zomer Rossi Mattei

RESUMOS.....441

OS PRESIDENTES DA CÂMARA MUNICIPAL DE ALMADA (1998–2021). PERCURSO HISTÓRICO DO PODER LOCAL AUTÁRQUICO DE ALMADA: UM OLHAR ATUALISTA.....443
Carla Maria de Bastos Borrões

PARQUES EÓLICOS E O ESVAZIAMENTO ECONÔMICO DA PROPRIEDADE PELA RESOLUÇÃO 675/2015 ANEEL.....448
Pedro Arthur Medeiros Florentino

A BUROCRACIA SEGUNDO WEBER E O ORÇAMENTO AUTORIZATIVO NO BRASIL: O ACCOUNTABILITY E O INSULAMENTO BUROCRÁTICO COMO POSSÍVEIS SAÍDAS.....454
Victória Nicodemo Ribeiro

PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA.....460
Mariana Galvan dos Santos

INFANTICÍDIO ENTRE A POPULAÇÃO INDÍGENA NO PONTO DE VISTA DOS DIREITOS HUMANOS UNIVERSAIS.....463
Rhayani Kathayne Teixeira Ramos

A PARTICIPAÇÃO SOBRE A PRODUÇÃO DE PETRÓLEO DOS PROPRIETÁRIOS DE TERRAS E SEU DIREITO DE FISCALIZAR.....469
Pedro Arthur Medeiros Florentino

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 iniciativa consolidada e reconhecida de uma rede de acadêmicos para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões interdisciplinares de alta qualidade.

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

- Abertura a uma visão multidisciplinar e multiprofissional sobre o direito, sendo bem-vindos os trabalhos de acadêmicos de diversas formações;
- Democratização da divulgação e produção científica;
- Publicação dos artigos e resumos em livro impresso no Brasil (com ISBN), com envio da versão digital aos participantes;
- Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas via internet;
- Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor, durante o evento, no site para os participantes;

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

Em 2021, o **CAED-Jus** organizou o seu tradicional **Congresso Interdisciplinar de Políticas Públicas (ConiPUB 2021)**, que ocorreu entre os dias 27 e 29 de outubro de 2021 e contou com 50 Áreas Temáticas e mais de 250 artigos e resumos expandidos de 43 universidades e 22 programas de pós-graduação *stricto sensu*. A seleção dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review* com *double blind*, o que resultou na publicação dos livros do evento.

Esta publicação é financiada por recursos 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 - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A RELAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM A RELIGIÃO NO BRASIL

Ricardo Russell Brandão Cavalcanti[1]

INTRODUÇÃO

Uma frase comum de se ouvir atualmente é: "tudo é política".

Concordamos amplamente com essa afirmativa, pois praticamente todas as nossas escolhas representam uma opção política. Optar por ser carnívoro, vegetariano ou vegano tem um viés político; optar por um parto cesárea, humanizado ou natural também tem um viés político; escolher uma pedagogia tradicional, construtivista, montessoriana ou waldorf para a escola dos nossos filhos tem um viés político, até mesmo porque, como afirma Paulo Freire, temos que reconhecer que a educação é ideológica (FREIRE, 2015, p. 123); até no futebol existe política, como aconteceu claramente no caso da democracia corintiana[2]. Enfim, a política interfere, direta ou indiretamente, em todas as nossas escolhas, sendo por essa razão que Aristóteles afirmava que o homem é um animal político pela sua própria natureza (ARISTÓTELES, 2017, p. 108–109)

---

1 Defensor Público Federal e Professor Efetivo do IFPE, mestre em Direito Processual pela Universidade Católica de Pernambuco. Doutorando em Ciências Jurídicas-Públicas pela Universidade do Minho, Braga, Portugal.

2 Fonte: https://globoesporte.globo.com/futebol/times/corinthians/noticia/ultimas-noticias-corinthians-democracia-corinthiana-movimento-contra-ditadura.ghtml

Com a religião não é diferente: nossa opção política interfere na nossa religião e a nossa religião interfere na nossa opção política. E sempre foi assim, pois, tal como vimos nas nossas aulas de Ciência Política da Faculdade Prominas, na Mesopotâmia os imperadores eram considerados enviados dos deuses e no Egito os imperadores eram os próprios deuses (COSTA, 2021). Além disso, Paulo Freire menciona a igreja como um dos locais onde o cidadão brasileiro tem ingerência para ganhar mais responsabilidade social e política (FREIRE, 2020, p. 3).

Assim, o presente trabalho visa, por meio de uma metodologia exploratória com estudo de autores especializados, bem como da legislação em vigor, analisar a influência da religião na Administração Pública brasileira.

1. HISTÓRICO

Hans Küng, em estudo sobre as religiões no mundo, menciona o fato de que foi encontrado na Austrália um esqueleto que possivelmente teria mais de 30.000 anos e estava todo coberto de ocre. Acontece que a referida espécie de argila representa um sinal de vida após a morte, o que leva a crer que o referido corpo foi enterrado por meio de um ritual religioso (KUNG, 2004, p. 22).

Além disso, há diversos registros das relações entre o Estado e a Igreja desde a antiguidade, existindo vários relatos da existência de teocracias com uma adoração dos ídolos (BONAVIDES, 2002, p. 616). Por exemplo, no Estado Oriental, até o auge da Grécia antiga, há relatos de monarquias teocráticas, com os reis sendo venerados como deuses tal como era comum no Estado Romano. Só em seguida, na Idade Média, surgiram as estruturas próprias do Poder Público e do Poder Religioso; porém, a mútua interferência entre tais estruturas continuou existindo (GOUVEIA, 2012, p. 24).

Avançando na história, surgiu na Idade Moderna a estadualização das religiões, com os Estados adotando religiões oficiais e criando leis de cunho religioso, de modo que apenas na Idade Contemporânea surgiram os fundamentos do Estado laico com a devida separação entre Estado e Igreja, porém existindo diferenças entre os estados (GOUVEIA, 2012, p. 25).

Especificamente em relação à Igreja Católica, existe o chamado Direito Canônico, denominação que surgiu no século VIII e que teve o seu

ápice com a promulgação do primeiro Código Canônico no ano de 1917 (MARTIN DE AGAR, 2002, p. 22), que tinha como propósito "elaborar um corpo de doutrina no qual fosse reduzida a uma unidade todo o sistema do direito da igreja" (LOMBARDÍA, 2008, p. 21). Outrossim, o Direito Canônico ganhou verdadeiramente força no decorrer do século passado, consolidando-se com o atual Código Canônico de 1983.

Assim, conforme se percebe, a relação entre a Administração Pública e as religiões é extremamente antiga; considerando tal constatação, a dúvida é: ela existe até a atualidade? Ela existe no Brasil? Há, de fato, uma estreita relação entre a Administração Pública e a religião no Brasil? Existe uma interferência das religiões nas políticas públicas brasileiras?

2. DA RELAÇÃO ENTRE ESTADO E RELIGIÃO

Incialmente, é importante frisar que não há como falar da relação da Política com a Religião no Brasil sem falar da realidade Portuguesa, tendo em vista a colonização brasileira por Portugal e a presença, durante anos, da Família Real Portuguesa no Brasil (SILVA, 2020, p. 74–75), praticando seus cultos e disseminando sua cultura.

Assim, sobre nossa colonizadora Portugal, apesar do referido país ser atualmente também um Estado laico, o mesmo adotou durante vários séculos a religião Católica (LOPES, 2000, p. 57), possuindo sempre uma forte relação com a referida religião. Tanto foi assim que, no ano de 1179, o Papa Alexandre III foi uma das primeiras autoridades mundiais a reconhecer a independência portuguesa, designando na *bula manifestis probatum* D. Afonso Henriques como monarca. Além disso, já houve um papa Português: João XXI (GOUVEIA, 2003, p. 451), sendo a porcentagem de católicos em Portugal o equivalente a 88,7% da população.[3]

No mais, a religião Evangélica chegou a ter um grande crescimento em Portugal, muito por influência de uma busca de expansão da Igreja Universal, o que fez Portugal chegar a ser o local fora do Brasil onde a Igreja Universal mais teve templos (PRESTON, 1999, p. 389). Todavia, nos últimos anos muitas igrejas evangélicas estão encerrando duas atividades em terras lusitanas, possivelmente em virtude da volta de imigrantes,

3 Fonte:https://www.publico.pt/2017/05/03/sociedade/noticia/vaticano-revela-ligeiro-aumento-percentual-de-catolicos-em-portugal-1770814. Acesso em: 14 jan. 2021.

inclusive brasileiros, para os seus países de origem,[4] bem como de escândalos envolvendo pastores evangélicos em solo lusitano[5], o que também acontece em outros estados, tal como aconteceu recentemente na Angola, onde os pastores da Igreja Universal foram expulsos[6], o que implicou em uma inusitada e frustrada tentativa de intervenção do atual vice-presidente da República do Brasil[7].

Desse modo, é possível que, em um primeiro momento, Portugal tenha influenciado o Brasil no que tange à Religião Católica; e, em um segundo momento, o Brasil tenha influenciado Portugal no que diz respeito à Religião Evangélica. Assim, passemos a analisar a situação brasileira.

A Constituição brasileira de 1824 trazia a Religião Católica como religião oficial. Entretanto, no ano de 1890 veio o decreto 119-A, que passou a prever ser o Brasil um Estado Laico, o que foi mantido pela Constituição de 1891, permanecendo a referia situação até os dias atuais (AGOSTINHO, 2008, p. 138).

Antes disso, inclusive, Pernambuco passou pela Revolução Pernambucana no ano de 1817, um movimento separatista que fez Pernambuco se tornar uma República Independente por 75 dias. Assim, o governo instaurado pela dita revolução decretou que Pernambuco seria um Estado Laico em prol da liberdade religiosa (SILVA, 2015, p. 207). Isso mesmo: o Brasil só virou um Estado Laico em 1890, porém em 1817 já havia sido decretada a laicidade em Pernambuco.

Enfim, Pernambuco sempre foi uma terra de vanguarda, demonstrando em 1817 ser mais avançada até que o Brasil atual, no qual existe uma bancada no Congresso Nacional para uma religião específica e onde o presidente da República diz que se utilizou de critérios religiosos para escolher o próximo ministro do STF, conforme será visto a seguir.

No mais, apesar de laico, a influência política da Religião Católica no Brasil ainda é muito forte até os dias atuais, o que pode ser verificado pelos

4 Fonte: http://www.jmnoticia.com.br/2017/03/19/em-portugal-estudo-aponta-que-foram-fechadas-quase-700-igrejas-evangelicas/. Acesso em: 14 jan. 2021.

5 Fonte:https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/11/internacional/1513026470_329178.html. Acesso em: 14 jan. 2021.

6 Fonte: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56740870

7 Fonte: https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,bolsonaro-escala-mourao-para-conter-crise-da-igreja-universal-em-angola,70003783552

inúmeros feriados religiosos fazendo referência especificamente à Igreja Católica e deixando de lado as outras religiões presentes no território brasileiro, inclusive religiões tipicamente brasileiras, como a Umbanda e o Santo Daime (CAVALCANTI, 2021).

Dentro dessa realidade, o último censo do IBGE constatou que 64,6% da população brasileira é adepta da Religião Católica[8]. É fato que essa realidade não é mais atual, pois o último censo foi realizado em 2010, ou seja, há mais de 10 de anos, e o IBGE deveria ter realizado um novo Censo em 2020, cuja realização foi adiada devido à pandemia do Novo Coronavírus[9]. De qualquer forma, uma pesquisa recente do DATAFOLHA constatou que 50% da população brasileira ainda se declara adepta da religião católica.[10]

Além da Religião Católica, boa parte da população brasileira adota a religião Evangélica, que, conforme o Censo realizado em 2010, já ultrapassava 22,2%[11] dos brasileiros, o que também gera grande influência política no Brasil. Ademais, a pesquisa anteriormente mencionada do DATAFOLHA também constatou que o número de evangélicos no Brasil já é de 31%,[12] sendo boa parte (44%) composta de ex-católicos.[13]

O crescimento da religião evangélica no Brasil acaba gerando efeitos políticos, existindo, tal como dito alhures, até mesmo na Câmara Federal

8 Fonte: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2013-agencia-de-noticias/releases/14244-asi-censo-2010-numero-de-catolicos-cai-e-aumenta-o-de-evangelicos-espiritas-e-sem-religiao.html. Acesso em: 14 jan. 2021.

9 Fonte: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/27160-censo-e-adiado-para-2021-coleta-presencial-de-pesquisas-e-suspensa. Acesso em: 14 jan. 2021.

10 Fonte: https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/01/13/50percent-dos-brasileiros-sao-catolicos-31percent-evangelicos-e-10percent-nao-tem-religiao-diz-datafolha.ghtml . Acesso em: 14 jan. 2021.

11 Fonte: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2013-agencia-de-noticias/releases/14244-asi-censo-2010-numero-de-catolicos-cai-e-aumenta-o-de-evangelicos-espiritas-e-sem-religiao.html. Acesso em: 14 jan. 2021.

12 Fonte: https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/01/13/50percent-dos-brasileiros-sao-catolicos-31percent-evangelicos-e-10percent-nao-tem-religiao-diz-datafolha.ghtml. Acesso em: 14 jan. 2021.

13 Fonte: https://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2016/12/1845231-44-dos-evangelicos-sao-ex-catolicos.shtml. Acesso em: 14 jan. 2021.

do Brasil uma bancada de deputados autointitulada de Bancada Evangélica (DANTAS, 2014, p. 24), sendo atualmente a segunda maior bancada do Congresso Nacional Brasileiro (SANTOS, 2014, p. 76).

A presença de grupos evangélicos no Brasil ganhou força logo após o fim da ditadura militar na década de 80, com os evangélicos enxergando na política um mecanismo para fulminar projetos de leis contrários aos seus preceitos, o que fez a Igreja Assembleia de Deus lançar boatos sobre a aprovação de temas polêmicos como o casamento entre pessoas do mesmo sexo, a liberalização das drogas e a possibilidade da realização de aborto (DANTAS, 2014, p. 24). A Igreja Universal do Reino de Deus, por outro lado, procurou lançar candidaturas políticas de membros da igreja, estimulando os fiéis a votarem nos mesmos, inclusive organizando o alistamento dos fiéis que já completaram 16 anos (ORO, 2003, p. 55).

Entretanto, apesar de a bancada evangélica ser numerosa a ponto de muitas vezes atrapalhar a aprovação de projetos que não estão de acordo com os seus preceitos religiosos, não se tornou comum o chamado "voto evangélico" com a aprovação de projetos relevantes, o que é uma decorrência da existência de diversos segmentos evangélicos no Brasil, o que prejudica uma unidade (DANTAS, 2013, p. 47) — existindo até mesmo segmentos, como é o caso da Igreja Contemporânea Cristã, que apoiam a homossexualidade (NATIVIDADE, 2016, p. 47).

Ainda assim, a influência política da referida bancada é extremamente grande a ponto de Marcos Feliciano, pastor da Assembleia de Deus, ter chegado a presidir a Comissão Parlamentar de Direitos Humanos com o intuito de fazer prevalecer políticas públicas dissociadas de um Estado Laico como a absurda "cura gay". Falamos "absurda" porque homossexualidade não é doença, não havendo que se falar em cura da mesma, sendo por essa razão que não se é correto o uso da expressão "homossexualismo", pois o sufixo "ismo" é usado comumente para doenças, o que não é o caso da homossexualidade, sendo o uso desse e de outros "ismos", como afirma Idete Teles em posição na qual concordamos, uma prática de um conservadorismo típico da época medieval (TELES, 2017, p. 26).

Frise-se que a referida realidade não se resume ao legislativo federal. Marcelo Natividade, analisando a situação da Baixada Fluminense, traz o descontentamento de movimentos sociais com o fato de alguns políticos vinculados à instituições religiosas dificultarem a aprovação de

projetos de âmbito local favoráveis ao grupo LGBTQIA+ (NATIVIDADE, 2016, p. 45).

Ademais, existe uma influência política também da religião evangélica no executivo brasileiro, a ponto de o atual Presidente da República do Brasil ter afirmado que indicaria um ministro para o Supremo Tribunal Federal (STF) "terrivelmente evangélico"[14], o que realmente ele buscou fazer[15]. O fato em questão é preocupante, pois não existe nenhum problema em a Suprema Corte ter um ministro adepto de uma religião evangélica, mas não é razoável que esse seja um critério para definir a escolha de um ministro.

No mais, a influência em testilha começa a existir desde o período eleitoral. A título de exemplo, nas eleições presidenciais de 2010 grupos religiosos espalharam Fake News de que a candidata Dilma Roussef seria lésbica com o intuito de a desqualificar perante crentes e católicos (NATIVIDADE, 2016, p. 46).

Nesse diapasão, existindo interferência na escolha de membros na Suprema Corte, não existe qualquer dúvida de que aspectos religiosos afetam políticas públicas atuais do Governo Federal brasileiro. A título de exemplo, o atual Ministro da educação é pastor da Igreja Presbiteriana[16], o que, naturalmente, gera influência nas políticas públicas de educação adotadas pelo Brasil.

Além disso, existe interferência política de grupos evangélicos em outras instituições públicas brasileira, tal como aconteceu recentemente na Defensoria Pública da União, onde a Associação Nacional do Juristas Evangélicos (ANAJURE) atuou em prol da escolha do Defensor Público-Geral Federal[17].

---

14 Fonte: https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/10/bolsonaro-diz-que-vai-indicar-ministro-terrivelmente-evangelico-para-o-stf.ghtml. Acesso em: 14 jan. 2021.

15 Fonte: https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,saiba-quem-e-andre-mendonca-o-nome-terrivelmente-evangelico-para-o-stf,70003770459

16 Fonte: https://g1.globo.com/educacao/noticia/2020/07/10/saiba-quem-e-milton-ribeiro-novo-ministro-da-educacao.ghtml

17 Fonte: https://anajure.org.br/com-apoio-da-anajure-dr-daniel-pereira-e-indicado-pelo-presidente-da-republica-para-ser-o-novo-chefe-da-defensoria-publica-da-uniao/. Acesso em: 14 jan. 2021.

No último caso citado, a interferência dos evangélicos foi determinante na escolha do Presidente da República, uma vez que o defensor escolhido foi o segundo mais votado da lista tríplice formada pelos defensores públicos federais[18], sendo recomendável a escolha sempre do mais votado para que o escolhido tenha mais legitimidade para exercer o seu mandato; entretanto, não foi isso que aconteceu devido ao fato de ter se optado por seguir a indicação evangélica.

Outrossim, faz-se importante lembrar a existência de religiões originalmente brasileiras, como é caso da Umbanda, considerada por muitos a pioneira no Brasil e que, conforme afirma Lísias Nogueira Negrão, Doutora em Sociologia pela USP e professora titular da mesma universidade, adota matrizes da macumba, do candomblé, do catolicismo e do kardecismo (NEGRÃO, 1993, p. 113). Entretanto, a porcentagem de pessoas adeptas da referida religião é muito pequena conforme dados do IBGE de 2010, segundo os quais se constatou que apenas 0,3% da população brasileira é adepta do Umbanda ou do Candomblé (CONCONE, 2014, p. 65). O DATAFOLHA afirma que o referido número subiu para 2%[19], o que, no entanto, ainda é um número extremamente pequeno. Existe ainda o Santo Daime — manifestação religiosa surgida no início do século XX na Amazônia e que tem como base o uso da *ayahuasca*[20] — cujos dados estáticos prevendo quantos adeptos a mesma possui no Brasil são inexistentes, o mesmo acontecendo com a Jurema, religião comum no nordeste brasileiro e que para alguns foi criada antes mesmo da Umbanda, tendo em vista ser uma religião dos primeiros brasileiros: os índios (RODRIGUES, 2014, p. 104).

Ademais, a influência da religião na política brasileira não acontece apenas na ala mais conservadora da sociedade. A título de exemplo, entre os anos 1960 e 1970, alguns bairros de São Paulo tinham sua organização política mediada ao mesmo tempo por sindicatos e pastorais da Igreja Católica ligadas à Teologia da Libertação, que é uma ala católica mais

18 Fonte: https://epoca.globo.com/guilherme-amado/defensoria-escolhe-lista-triplice-para-comandar-instituicao-24558930

19 Fonte: https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/01/13/50percent-dos-brasileiros--sao-catolicos-31percent-evangelicos-e-10percent-nao-tem-religiao-diz-datafolha.ghtml. Acesso em: 14 jan. 2021.

20 Fonte: https://www.infoescola.com/religiao/santo-daime/. Acesso em: 14 jan. 2021.

progressista, sendo o referido trabalho realizado com base em discursos coletivos e de classe, o que colaborou com a criação do Partido dos Trabalhadores; diferentemente do Rio, onde a luta da classe trabalhadora era menos intensa e a Igreja Católica tinha lideranças não adeptas à Teologia da Libertação, alinhando-se mais aos políticos com características mais personalistas (MANSO, 2021). Assim, existe no Brasil influência da religião tanto em políticos de esquerda como em políticos de direita, apesar da interferência no último caso ser extremamente mais ampla.

No mais, além de ter influência no Poder Legislativo e no poder Executivo, tal como visto acima, as questões religiosas também possuem influência política no Poder Judiciário. A título de exemplo, recentemente causou polêmica uma decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro permitindo o sacrifício de animais em rituais.

O voto vencedor da decisão acima teve o seguinte teor:

> CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. SACRIFÍCIO RITUAL DE ANIMAIS. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Não é inconstitucional a Lei 12.131/04-RS, que introduziu parágrafo único ao art. 2.º da Lei 11.915/03-RS, explicitando que não infringe ao "Código Estadual de Proteção aos Animais" o sacrifício ritual em cultos e liturgias das religiões de matriz africana, desde que sem excessos ou crueldade. Na verdade, não há norma que proíba a morte de animais, e, de toda sorte, no caso a liberdade de culto permitiria a prática(RECURSO EXTRAORDINÁRIO 494.601 RIO GRANDE DO SUL RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO).[21]

A decisão em testilha gerou uma grande polêmica nos meios de comunicação e nas redes sociais. Entretanto, nos parece que a referida repercussão negativa decorreu de um preconceito com as liturgias das religiões de matriz africana. Ora, o peru na ceia natalina não seria um sacrifício de um animal para a comemoração de uma data religiosa? Por que existe a polêmica no caso das religiões de matrizes africanas e não existe nas religiões cristãs?

21 Fonte contendo o teor inteiro sobre a decisão: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE494601MMA.pdf. Acesso em: 14 jan. 2021.

Ora, matamos animais todos os dias para nos alimentar quando poderíamos adotar uma alimentação vegana ou vegetariana. Sendo assim, como proibir então o sacrifício de animais em rituais religiosos?

Desse modo, a tentativa de proibição do sacrifício de animais especificamente em alguns rituais religiosos, por intermédio do Poder Judiciário, é a demonstração de um preconceito existente no Brasil em relação às religiões que possuem menos adeptos no país.

Diante de todo o exposto, não há como negar que, apesar de ser um país laico, o Brasil ainda possui uma forte influência religiosa na política, principalmente das religiões católicas e evangélicas.

CONCLUSÃO

A efetiva existência de estados teocráticos no passado e até no presente foram apenas o nosso ponto de partida no presente artigo científico, visto que nosso objetivo foi analisar se na atualidade ainda existe uma influência política das religiões, especificamente no Estado Brasileiro.

Assim, constatamos que no Brasil a influência de algumas religiões é extremamente forte nos três Poderes da República, bem como em outras instituições públicas, o que fatalmente influencia a Administração Pública brasileira no momento de escolher quais serão as políticas públicas adotadas.

No mais, apesar de percebemos a existência do Umbanda, do Santo Daime e da Jurema como religiões tipicamente brasileiras, duas outras religiões geram mais influência política no Brasil, quais sejam: a Religião Católica e a Religião Evangélica, que influenciam principalmente políticos de direita, mas também políticos de esquerda.

A realidade constatada é extremamente preocupante, pois, sendo o Brasil um Estado Laico, urge a necessidade de que todas as religiões tenham a mesma importância, inclusive também deve ser assegurado o direito de não ter religião nenhuma.

Desta feita, espera-se que com o tempo a relação entre religião e política no Brasil não seja uma realidade contemporânea, mas apenas um relato histórico e que as políticas públicas brasileiras alcancem todas e todos independentemente da religião adotada por cada um.

REFERÊNCIAS

50% dos brasileiros são católicos, 31%, evangélicos e 10% não têm religião, diz Datafolha. G1, 13 jan. 2020, 7h01. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/01/13/50percent-dos-brasileiros-sao-catolicos-31percent-evangelicos-e-10percent-nao-tem-religiao-diz-datafolha.ghtml. Acesso em: 11 mar. 2021.

AGOSTINHO, Luís Otávio Vicenzi de. Análise Constitucional acerca da crise entre estado liberdade de crença e estado laico. **Revista do programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI**, n. 9, p. 133–146, 2008.

AMADO, Guilherme. Defensoria escolhe lista tríplice para comandar a instituição. **O GLOBO Época**, 30 jul. 2020, 16h03. Disponível em: https://epoca.globo.com/guilherme-amado/defensoria-escolhe-lista-triplice-para-comandar-instituicao-24558930

ARISTÓTELES. **Política**. Trad. de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2017.

AUGUSTO, Pedro. Santo Daime. **InfoEscola**. Disponível em: https://www.infoescola.com/religiao/santo-daime/ Acesso em: 11 mar. 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. Malheiros: São Paulo, 2000.

CALGARO, Fernanda; MAZUI, Guilherme. Bolsonaro diz que vai indicar ministro 'terrivelmente evangélico' para o STF. G1, 10 jul. 2019, 9h19. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/10/bolsonaro-diz-que-vai-indicar-ministro-terrivelmente-evangelico-para-o-stf.ghtml. Acesso em: 11 mar. 2021.

CAVALCANTI, Ricardo Russell Brandão. O regime jurídico dos feriados brasileiros. **Site Jus**, 2021. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/87437/o-regime-juridico-dos-feriados-brasileiros.

CENSO 2010: número de católicos cai e aumenta o de evangélicos, espíritas e sem religião. Agência Notícias IBGE, 29 jun. 2012, 7h01. Disponível em:

https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2013-agencia-de-noticias/releases/14244-asi-censo-2010-numero-de-catolicos-cai-e-aumenta-o-de-evangelicos-espiritas-e-sem-religiao.html. Acesso em: 14 jan. 2021.

CENSO É adiado para 2021; coleta presencial de pesquisas é suspensa. Agência Notícias IBGE, 27 maio 2020, 15h39. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/27160-censo-e-adiado-para-2021-coleta-presencial--de-pesquisas-e-suspensa. Acesso em: 11 mar. 2021.

COM APOIO da ANAJURE, dr. Daniel Pereira é indicado pelo presidente da república para ser o novo chefe da Defensoria Pública da União. **ANAJURE**, 9 set. 2020. Disponível em: https://anajure.org.br/com-apoio-da-anajure-dr-daniel-pereira-e-indicado-pelo-presidente-da-republica-para-ser-o-novo-chefe-da-defensoria-publica--da-uniao/. Acesso em: 11 mar. 2021.

CONCONE, Maria Helena Villas Bôas. A umbanda, as notícias e os números. **R. Pós Ci. Soc.**, v. 11, n. 21, jan./jun. 2014.

COSTA, Alessandro Rodrigues da. Aula gravada de Ciência Política. **Pós-Graduação EAD em Ciência Política da Faculdade Prominas**. Monte Carlos, 2021.

DANTAS, Bruna Suruagy do Amaral. **Religião e Política: ideologia** e ação da bancada evangélica Câmara Federal. 2014. Tese (Doutorado em Psicologia Social) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), 2014.

DEMOCRACIA Corinthiana: entenda o que foi e como se organizou o movimento contra a ditadura. Globo Esporte, 9 jun. 2020, 11h00. Disponível em: https://globoesporte.globo.com/futebol/times/corinthians/noticia/ultimas-noticias-corinthians-democracia-corinthiana-movimento-contra-ditadura.ghtml

Estudo aponta que foram fechadas quase 700 igrejas evangélicas em Portugal. **JM Notícias**. Disponível em: http://www.jmnoticia.com.

br/2017/03/19/em-portugal-estudo-aponta-que-foram-fechadas--quase-700-igrejas-evangelicas/. Acesso em: 11 mar. 2021.

FRAZÃO, Felipe. Saiba quem é André Mendonça, o nome "terrivelmente evangélico" para o STF. **Estadão**, 1 dez. 2021, 9h11. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,saiba-quem-e-andre-mendonca-o-nome-terrivelmente-evangelico--para-o-stf,70003770459

FREIRE, Paulo. **Educação como prática de liberdade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2020.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia**: saberes necessários à prática educativa. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Direito, Religião e Sociedade no Estado Constitucional.** Lisboa: IDILP, 2012.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Internacional**. Coimbra: Almedina, 2003.

IGREJA Universal manteve rede de adoções ilegais em Portugal, diz TV. El país, 12 dez. 2017, 12h35. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/11/internacional/1513026470_329178.html. Acesso em: 11 mar. 2021.

KÜNG, Hans. **Religiões no Mundo:** em busca dos pontos comuns. São Paulo: Verus, 2004.

LOMBARDÍA, Pedro. **Lições de Direito Canônico**. Edições Loyola: São Paulo, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História**. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MANSO, Bruno Paes. **A República das milícias:** dos equadrões da morte à era Bolsonaro. São Paulo: Todavia, 2021.

MARTIN DE AGAR, José T. **Introducción Al Derecho Canónico**. Madrid: Tecnos, 2002.

NASCIMENTO, Gilberto. A disputa por trás da saída de bispos e pastores brasileiros da Universal em Angola. **BBC News**, 13 abr. 2021. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56740870.

NATIVIDADE, Marcelo. **Margens da Política:** Estado, Direitos Sexuais e Religiões. Rio de Janeiro: Garamond, 2016.

NEGRÃO, Lísias Nogueira. Umbanda: entre a cruz e a encruzilhada. **Tempo Social — Rev. Sociol. USP**, São Paulo, v. 5, n. 1–2, p. 113–122, 1993.

ORO, Ari Pedro. A política da Igreja Universal e seus reflexos nos campos religiosos e políticos brasileiros. **Revista Brasileira de Ciências Sociais — RBCS**, v. 18 n. 53, out. 2003.

POMPEU, Lauriberto. Bolsonaro escala Mourão para conter crise da igreja Universal na Angola. **Estadão**, 20 jul. 2021, 5h00. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,bolsonaro-escala-mourao-para-conter-crise-da-igreja-universal-em-angola,70003783552

PORCENTAGEM de católicos em Portugal aumentou desde 2010. **Público**, 3 maio 2017, 13h23. Disponível em: https://www.publico.pt/2017/05/03/sociedade/noticia/vaticano-revela-ligeiro-aumento-percentual-de-catolicos-em-portugal-1770814. Acesso em: 11 mar. 2021.

PRESTON, Paul. A Igreja Universal do Reino de Deus na Europa. *In:* SILVA, Lurdes Marques (org.). **Dynamiques religieuses en lusophonie contemporain**. Lusotopie, n. 6, p. 383–403, 1999.

RODRIGUES, Michelle Gonçalves. **Da invisibilidade à visibilidade da Jurema:** a religião como potencialidade política. 2014. Tese (Doutorado em Antropologia) — Universidade Federal de Pernambuco, 2014.

SAIBA quem é Milton Ribeiro, novo ministro da educação. **G1**, 10 jul. 2020, 17h56. Disponível em: https://g1.globo.com/educacao/noticia/2020/07/10/saiba-quem-e-milton-ribeiro-novo-ministro-da-educacao.ghtml

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Se Deus fosse um ativista dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2014.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 43. ed. Malheiros: São Paulo, 2020.

SILVA, Tito Lívio Cabral Renovato. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ — RFD**, n. 27, p. 190–209, 2015.

TELES, Idete. A religião no pensamento político de Maquiável e Hobbes: uma questão passional. *In:* KLEIN, Joel T.; NAHRA, Cinara; MENEZES, Antônio Basílio N.T. **A religião em questão**. Rio de Janeiro: Lumen Iuirs, 2017.

LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS: O USO DO PODER DE COMPRA GOVERNAMENTAL COMO FOMENTADOR PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO BRASIL

Diego Gomes da Silva[22]

INTRODUÇÃO

Todos os dias nos deparamos com dados alarmantes sobre a degradação ambiental no planeta, e a cada novo relatório produzido conseguimos perceber que a forma como a humanidade vive e tem se desenvolvido não se sustentará por muito tempo.

Na opinião de Gallopín (2001, p. 88), "estratégias de negócios como de costume levarão ao sofrimento humano amplo e generalizado e à insustentabilidade ambiental". Ainda segundo o autor, para que possamos atingir o futuro sustentável que desejamos, precisaremos de grandes transformações nos nossos valores e costumes, e de profundas mudanças institucionais.

22 Graduando em Administração pela Faculdade Santa Rita. Responsável pelo setor de compras e licitações da Diretoria Municipal de Meio Ambiente de Novo Horizonte (SP). Membro do Conselho Municipal de Meio Ambiente de Novo Horizonte (SP).

A sustentabilidade econômica, social e ambiental continuará sendo um dos grandes desafios da humanidade nas próximas décadas, e exigirá uma profunda mudança de valores, hábitos e, sem dúvidas, uma intensa participação das pessoas, das empresas e principalmente dos agentes públicos. Sobre a participação dos governos, destacamos sua participação crucial como agente influenciador de mudanças e paradigmas, além de seu papel na formulação de políticas públicas capazes de incluir a variável socioambiental em seus processos decisórios.

Seguindo o pensamento de Gallopín (2001), encontramos nas compras sustentáveis uma forma efetiva do poder público incluir a variável socioambiental em seus processos decisórios e, dessa forma, tornar-se agente ativo nas mudanças de valores e hábitos. Conforme aponta o manual da Campanha Procura+ do ICLEI — Governos Locais Pela Sustentabilidade:

> As compras sustentáveis consistem em assegurar que os produtos e serviços que sua organização compra alcancem uma boa relação qualidade-preço, considerando o ciclo de vida inteiro, e gerem benefícios não somente para sua organização, mas também para o meio ambiente, a sociedade e a economia. (ICLEI, 2015, p. 13).

O uso do poder de compras público, em conjunto com a adoção das licitações sustentáveis, mostra-se uma alternativa bastante interessante para desenvolvimento sustentável no Brasil, sobretudo quando levamos em consideração o montante gasto anualmente pelo governo brasileiro em suas aquisições. Este trabalho, através da confrontação de dados concretos e material teórico, se propõe a embasar a hipótese de que o uso do poder de compra governamental, através das licitações sustentáveis, pode ser uma importante ferramenta para fomentar o desenvolvimento sustentável no Brasil.

Em decorrência do problema de pesquisa exposto, foram definidos os objetivos que norteiam o presente estudo, sendo o objetivo geral desta pesquisa demonstrar como a Administração Pública, através do seu poder de compra, pode contribuir para o desenvolvimento sustentável nacional, estimulando a oferta e a demanda por produtos mais eficientes ambiental, social e economicamente, sobretudo no que se refere à inserção de critérios sustentáveis para a aquisição de bens e serviços através de seus proces-

sos licitatórios. Para atingir esse objetivo iremos conceituar o termo desenvolvimento sustentável e contextualizá-lo historicamente; conceituar e analisar as licitações públicas e seus objetivos; compor a fundamentação jurídica e conceituar as Compras Públicas Sustentáveis (CPS); e relacionar os temas desenvolvimento sustentável, políticas públicas ambientais, CPS, produção e consumo sustentável e o poder de compras do Estado.

Este trabalho será realizado a partir do procedimento bibliográfico e documental, utilizando o método hipotético-dedutivo, a partir de uma abordagem qualitativa, tendo como objetivo a produção de uma pesquisa descritiva. Para elaboração do referencial teórico, foram utilizados livros, artigos, documentos governamentais, legislações vigentes, bem como outras fontes que possam estar relacionadas ao tema proposto.

1. SUSTENTABILIDADE

1.1 ORIGEM E CONTEXTO HISTÓRICO

Para McComick (1992), o movimento ambiental não teve um começo claro. Não teve nenhum documento oficial, nem uma data específica, nem mesmo um grande acontecimento que inflamasse um movimento de massas. O movimento emergiu em lugares, tempos e por motivos diferentes. O que podemos afirmar com certeza, é que as primeiras discussões ambientais surgiram de problemas locais, provavelmente ligados à poluição de águas usadas para o consumo, à escassez de animais de caça ou à perda de florestas. A partir desses problemas ambientais locais, formaram-se pequenos grupos, que mais tarde formaram coalizões, que posteriormente se tornaram movimentos nacionais e, finalmente, um movimento multinacional.

O provável grande marco que elevou o desenvolvimento sustentável a um novo patamar de importância no cenário mundial, foi o lançamento do livro escrito por Rachel Carson, no ano de 1962, intitulado *Primavera Silenciosa*. Nessa obra, a autora aponta para os efeitos adversos que a utilização indiscriminada dos pesticidas e inseticidas químicos sintéticos poderiam causar ao meio ambiente. Para McCormick (1992), o impacto causado por essa publicação foi devido à visão de mundo sinistra que a autora expôs, das controvérsias que causou, dos efeitos que produziu nas

pessoas, e à forma como conseguiu trazer o debate sobre o uso de pesticidas para a esfera pública.

Em 1972, foi realizada a I Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, na Suécia. Tal conferência marca o primeiro esforço coletivo mundial para buscar alternativas ao modelo de desenvolvimento vigente até o momento. Na visão de Barbieri e Silva (2011), um dos mais importantes feitos da Conferência de Estocolmo foi estabelecer um alicerce para que uma nova compreensão sobre as relações políticas ambientais e sociais pudessem emergir.

Uma contribuição muito importante advinda da Conferência de Estocolmo foi a produção da Declaração sobre o Ambiente Humano, um documento político internacional que estabelece 26 princípios norteadores para guiar e inspirar os povos de todo o mundo a preservarem e melhorarem o ambiente humano.

Avançando um pouco no tempo, podemos salientar a criação da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD), em 1983. A comissão foi criada pela ONU e presidida pela Primeira-ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland. Do ponto de vista de McCormick (1992), a criação da comissão surgiu para atender à necessidade latente de redução das pressões sobre o meio ambiente global e para reforçar os compromissos de cooperação entre os países.

Uma das mais importantes contribuições da comissão foi a produção do relatório "Nosso Futuro Comum" (CMMAD, 1988). Esse documento traz informações e dados técnicos relativos à pressão ambiental, além de uma análise multidisciplinar dos diversos temas relacionados ao meio ambiente.

Os anos 1990 foram marcados por um dos mais importantes acontecimentos históricos relacionados à proteção ambiental e ao desenvolvimento sustentável: A Conferência da Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD). Realizada entre 3 e 14 de junho de 1992, tendo como sede a cidade do Rio de Janeiro, a conferência internacional, mais conhecida por Rio-92, foi responsável por profundas e significativas mudanças no cenário mundial no que diz respeito ao desenvolvimento e sustentabilidade. Nessa conferência foi negociada a aprovação de diversos documentos importantes, entre eles a Agenda 21.

No ano de 2002, na cidade de Johanesburgo, África do Sul, aconteceu a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, também conhecida como Rio+10, que foi o segundo encontro da ONU a discutir o uso dos recursos naturais sem ferir o meio ambiente. O fórum marcou os 10 anos desde a realização da Rio-92, e teve como principal objetivo avaliar o progresso feito desde o último encontro.

Por fim, vale destacar, nesse breve contexto histórico, aquela que foi a última conferência da ONU sobre a economia e o desenvolvimento, a Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável (CNUDS). Mais conhecida como Rio+20, esse encontro foi realizado no ano de 2012, na cidade do Rio de Janeiro, Brasil, e marcou os vinte anos desde a realização da CNUMAD, e os dez anos desde a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável.

O principal objetivo dessa conferência foi a renovação dos compromissos firmados entre os países durante as últimas décadas para a colaboração ao desenvolvimento sustentável global. Como grande destaque da Rio+20, podemos apontar a criação do documento intitulado "O Futuro que Queremos". Por meio desse documento os países puderam fazer apontamentos sobre a evolução das ações estabelecidas desde a Rio-92, e puderam também reafirmar o compromisso político sobre o desenvolvimento social e ambiental dos países.

1.2 CONCEITO DE SUSTENTABILIDADE

A palavra sustentabilidade é derivada do termo sustentável, que, por sua vez, tem sua origem no latim *sustentare,* que significa sustentar, conservar ou cuidar. De certa forma, podemos tirar dessa análise etimológica a base reflexiva para todas as derivações dessa palavra. Segundo Ferreira (1999, p. 1.911), sustentável significa "aquilo capaz de se manter mais ou menos constante, ou estável, por longo período"; se levarmos em conta essa definição, fica fácil encontrarmos nosso ponto de partida para toda a discussão que surge junto com o tema.

A definição mais conhecida e usada em todo mundo do termo desenvolvimento sustentável foi cunhada no relatório Brundtland, também intitulado Nosso Futuro Comum, realizado pela ONU, no ano de 1987. O documento conceituou o desenvolvimento sustentável como "o de-

senvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades" (CMMAD, 1988, p. 46).

> Não é por acaso, portanto, que o "Relatório Brundtland" expressou, pela primeira vez num organismo internacional, o desejo de que o desenvolvimento seja sustentável. Isto é, manifesta a ambição de que o crescimento econômico — por enquanto o principal motor do desenvolvimento — possa respeitar os limites da natureza, em vez de destruir seus ecossistemas. (VEIGA; ZATZ, 2008, p. 39).

Embora entendido, na maior parte das vezes, como um conceito formado, o desenvolvimento sustentável passa por inúmeras concepções diferentes, e pelo entendimento único de diversos autores e pesquisadores. Entretanto, podemos encontrar na maioria dos trabalhos publicados uma ideia central, que é a de melhoria da qualidade de vida da geração atual, sem comprometer as gerações futuras. Montibeller Filho (2004, p. 19) também parte da mesma ideia central para tentar explicar sua concepção acerca do conceito de desenvolvimento sustentável:

> O desenvolvimento sustentável (DS) é um conceito amplo e por esta característica permite apropriações diferenciadas e ideologizadas por segmentos sociais de interesse. Sua proposição básica de eficiência econômica, associada à eficiência social e eficiência ambiental, que significa melhoria da qualidade de vida das populações atuais sem comprometer as possibilidades das próximas gerações, constitui padrão normativo almejado pela maioria das sociedades humanas, hoje.

Percebemos que o desenvolvimento sustentável tem grande preocupação com os custos que as gerações futuras terão que arcar devido ao modo de vida das gerações atuais. Percebemos também que, para que as próximas gerações não sejam penalizadas pelo nosso crescimento desenfreado, três fatores essenciais devem se desenvolver simultaneamente e serem levados em consideração ao propormos nosso desenvolvimento: efi-

ciência econômica, eficácia social e eficácia ambiental (MONTIBELLER FILHO, 2004).

1.3 TRIPLE BOTTOM LINE

Triple Bottom Line (tripé da sustentabilidade) é um conceito que foi criado pelo sociólogo e consultor britânico John Elkington, no ano de 1994, para se referir a uma nova proposta de gestão nas empresas. Elkington (1994) propôs que os resultados de uma organização deveriam ser mensurados a partir de 3 eixos básicos: Pessoas, planeta e lucro. A ideia por trás desse conceito é que para uma empresa ser considerada sustentável e ter sucesso nesse objetivo ela precisaria ter resultados positivos em ambos eixos.

Na visão de Elkington (1997), o capitalismo sustentável precisará ir além das tecnologias amigas do meio ambiente, precisará de uma nova visão sobre o significado de equidade social, justiça ambiental e ética empresarial. E isso exigirá um entendimento muito melhor não só das formas financeiras e físicas do capital, mas também do capital natural, humano e social. Corroborando com Elkington (1994), Sachs (2008, p. 36) afirma:

> O desenvolvimento sustentável obedece ao duplo imperativo ético da solidariedade com as gerações presentes e futuras, e exige a explicitação de critérios de sustentabilidades social e ambiental e de viabilidade econômica. Estritamente falando, apenas as soluções que considerem estes três elementos, isto é, que promovam o crescimento econômico com impactos positivos em termos sociais e ambientais, merecem a denominação de desenvolvimento.

O conceito do tripé da sustentabilidade, criado por Elkington, foi pensado em um contexto mercadológico, isso é, foi pensado para utilização em empresas privadas. Mas, se o observarmos sob a ótica da administração pública, conseguimos facilmente utilizá-lo como parâmetro para uma gestão pública que busca atingir com sucesso um desenvolvimento sustentável. Os pilares pessoas, planeta e lucro podem facilmente serem adaptados para social, ambiental e econômico, o que faz mais sentido quando trabalhamos com a administração pública.

1.4 O TRIPÉ DA SUSTENTABILIDADE SOB A ÓTICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Do ponto de vista da administração pública, o desenvolvimento sustentável pode ser alcançado seguindo o mesmo modelo proposto por Elkington, ou seja, se o poder público tiver como parâmetro o desenvolvimento dos eixos social, econômico e ambiental, e conseguir fazer com que ambos trabalham em conjunto, certamente logrará êxito no desenvolvimento sustentável de seu país.

O eixo social é aquele que trata sobre o capital humano. Aqui estão inclusas as políticas públicas, o investimento comunitário, as condições de trabalho, a segurança, os direitos humanos, a diversidade, a geração de empregos, a qualidade de vida, entre outros (NASCIMENTO, 2012). A administração pública pode desenvolver esse eixo de várias formas, por exemplo, implantando melhorias nas condições de trabalho, adquirindo e distribuindo Equipamentos de Proteção Individual (EPIs) para seus funcionários, etc. Outra ação que pode ser implementada é o investimento na qualidade dos espaços físicos dos prédios públicos (VOGELMANN JR., 2014).

O segundo eixo do tripé é aquele que corresponde ao desenvolvimento econômico, e leva em consideração a produtividade, a eficiência, os impactos causados, e outros fatores. Para Meirelles (2016), as ações e atividades do Estado devem ser pautadas pela satisfação das necessidades da sociedade, tais como educação, cultura, segurança, saúde, entre outros.

A Constituição Federal (CF) de 1988, em seu Art. 3, elencou os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, ou seja, aqueles objetivos que devem servir como norte para a atuação do poder público:

> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
>
> I — construir uma sociedade livre, justa e solidária; II — garantir o desenvolvimento nacional; III — erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV — promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988).

Os incisos II e III, ao fixarem como objetivos fundamentais o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, deixam claro a importância do desenvolvimento do eixo econômico do país.

Por fim, temos o eixo ambiental, que trata da relação de compatibilidade entre a produção, o consumo e os recursos naturais disponíveis. Nesse eixo, pressupõe-se que a nossa forma de produzir e consumir devem ser condizentes com a capacidade de autorreparação dos ecossistemas (NASCIMENTO, 2012).

Como destaque das ações brasileiras no que se refere ao desenvolvimento do eixo ambiental, no ano de 1997 foi criada a Agenda 21 brasileira, como resultado de uma extensa consulta à população brasileira. O documento foi construído a partir das diretrizes da Agenda 21 global, documento esse que foi assinado em 1992 pelos países participantes da Rio-92. A agenda brasileira, mais que um documento, é um extenso e ambicioso plano de ação participativo, composto por mais de seiscentas páginas, com propostas de ações em mais de uma centena de áreas, para serem executadas ao longo de décadas, e possui como objetivo central a mudança das concepções tradicionais de desenvolvimento econômico e de proteção do meio ambiente, compatibilizando as situações e as ações que devem ser tomadas na esfera nacional, estadual e municipal (LAGO, 2006).

Dentre os objetivos que foram estabelecidos pela Agenda 21 brasileira, podemos destacar as seguintes ações já colocadas em prática:

- Plano Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC);
- Plano de Ação para Produção e Consumo Sustentáveis (PPCS);
- Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS);
- Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P);
- Compras Públicas Sustentáveis (CPS).

Entre as ações listadas, merecem destaque especial para fins deste trabalho as seguintes: *Agenda Ambiental da Administração Pública* e *Compras Públicas Sustentáveis*.

A criação da A3P, no final de 1999, pelo Ministério do Meio Ambiente e oficializada pela Portaria nº 510/2020, tem por objetivo estimular

os órgãos públicos federais, estaduais e municipais a implementarem práticas sustentáveis durante a jornada de trabalho (BRASIL, 2009).

Conforme o site oficial, a A3P possui ao todo seis eixos temáticos que vão desde *Uso racional dos recursos naturais e bens públicos* até *Sensibilização e capacitação dos servidores*. Um desses seis eixos, e objeto central deste trabalho, é o *Compras públicas sustentáveis*, que está ligado diretamente aos objetivos da Agenda 21 brasileira.

2. COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS

2.1 O QUE SÃO LICITAÇÕES

Quando o setor público pretende fazer a aquisição de bens e serviços, ele esbarra em uma série de procedimentos obrigatórios e entraves. Ao contrário do setor privado, que possui certa facilidade em realizar suas compras, a administração pública, quando necessita realizar aquisições, precisa adotar alguns rígidos procedimentos preliminares e que devem estar amparados pela legislação (MELLO, 2010).

Salvo em casos especificados por lei, os entes públicos têm por obrigatoriedade realizar suas compras através do processo conhecido como licitação. A obrigação de licitar decorre da disposição constitucional contida no parágrafo XXI, do Art. 37, da CF de 1988, que apresenta o seguinte conteúdo:

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

Mello (2010) conceitua licitação como o procedimento administrativo utilizado pelo poder público para adquirir, alienar e locar bens, contratar a execução de obras ou serviços e outorgar concessões e permissões

para a prestação de serviços públicos, visando escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas.

Na visão de Meirelles (2016), a licitação é o procedimento administrativo desenvolvido por meio de atos vinculantes, que tem por objetivo selecionar a proposta mais vantajosa para a administração pública em relação aos contratos de seu interesse, levando em consideração, inclusive, o desenvolvimento econômico sustentável.

Do ponto de vista legal, atualmente a lei mais importante para o tema licitações é a recém-sancionada Lei nº 14.333, de 1° abril de 2021, que estabelece as normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública, e passará a substituir a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

2.2 CONCEITUANDO AS LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS

O relatório da Força-Tarefa do Reino Unido sobre Compras Sustentáveis define compra sustentável como um processo de aquisição de bens, serviços e obras, que leva em consideração todo o ciclo de vida e as vantagens a longo prazo das aquisições, de forma a trazer benefícios múltiplos para a organização, a sociedade, a economia e o meio ambiente (DEFRA, 2006). No mesmo sentido, o *Guia de compras públicas sustentáveis,* produzido pelo ICLEI, em parceria com o Centro de Estudos sobre Sustentabilidade da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (GVces), traz uma definição bastante semelhante:

> A licitação sustentável é uma solução para integrar considerações ambientais e sociais em todos os estágios do processo da compra e contratação dos agentes públicos (de governo) com o objetivo de reduzir impactos à saúde humana, ao meio ambiente e aos direitos humanos. A licitação sustentável permite o atendimento das necessidades específicas dos consumidores finais por meio da compra do produto que oferece o maior número de benefícios para o ambiente e a sociedade. (BIDERMAN *et al.*, 2008, p. 21).

2.3 MARCO LEGAL DAS LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS

Para Valente (2011), o ano de 2010 foi decisivo para a adesão de novos modelos de CPS. Segundo o autor, o primeiro marco regulatório que

podemos apontar é a Instrução Normativa nº 1, de 2010, editada pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, que instituiu a adoção de critérios de sustentabilidade ambiental na esfera do governo federal. Com a aplicação dessa norma, as licitações sustentáveis passaram a ser impostas à Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.

Ainda no ano 2010, tivemos a alteração do Art. 3, da Lei Geral de Licitações e Contratos, através da Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, conversão da MP 495/2010, que foi um dos mais importantes marcos regulatórios para as CPS no Brasil. A nova redação passou a incluir como terceira finalidade da respectiva lei a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e abriu precedentes para a aplicação das licitações sustentáveis no Brasil:

> Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (BRASIL, 1993).

Certamente, o ano de 2010 foi de grande importância para a evolução das CPS no país, contudo, devemos ressaltar que outros passos foram dados antes de chegarmos a esse ponto da história. Uma das primeiras manifestações sobre a preservação do meio ambiente no Brasil foi através da Constituição Federal de 1988. Em seu Art. 170, inciso VI, ampliado pela Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, a Carta Magna estabeleceu a defesa do meio ambiente como um dos princípios da ordem econômica, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Em seu Art. 225, a Constituição Federal deixa claro o papel do Estado na preservação do meio ambiente:

> Art. 225º Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988).

Desta forma, podemos utilizar as licitações sustentáveis com o objetivo de cumprir o dever de defender e preservar o meio ambiente, além de encontrar na Constituição o amparo legal que este necessita.

2.4 OS BENEFÍCIOS DAS LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS

Como visto anteriormente, as licitações sustentáveis possuem ampla legitimação jurídica para que sejam colocadas em prática. Embora a pura conformidade legal não seja o seu principal objetivo, não podemos deixar de mencionar que por intermédio da sua aplicação muitos órgãos públicos podem fazer cumprir-se o que está previsto em diversos normativos do país (ICLEI, 2015).

Muito além do cumprimento de leis, as licitações sustentáveis podem trazer diversas vantagens ao serem utilizadas. Segundo Laloë *et al.* (2012) as compras públicas trazem os seguintes benefícios: economia financeira ao longo do tempo, cumprimento de metas ambientais, sociais e de saúde, promoção de inovação e competitividade ao gerar uma nova demanda, legitimação dos governos ao demonstrarem publicamente que estão agindo em prol do meio ambiente e contribuição para a sustentabilidade global como um todo.

Além disso, Biderman *et al.* (2008) apontam alguns benefícios para as autoridades públicas comprometidas com a aplicação das licitações sustentáveis:

- Melhoria da imagem política — As pessoas estão cada vez mais demandando que os governos invistam em políticas públicas socioambientais. Os governos que se preocupam com o meio ambiente são melhores avaliados pela população;
- Melhoria da qualidade de vida da comunidade local — Diminuição da poluição, redução de doenças e melhoria da qualidade da

água disponível são alguns dos benefícios para a comunidade local trazidos pela licitação sustentável;

- Desenvolvimento local — A opção por alternativas sustentáveis estimula a produção e o comércio local ao criarem uma demanda. Novas empresas podem surgir, ou empresas já existentes podem aumentar suas vendas ao incluírem novos produtos e serviços em seu portfólio.

2.5 AS LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS E OS TRÊS EIXOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Como já vimos, o desenvolvimento sustentável é atingido através de diversas ações que envolvem desde governos locais, até a união de diversos países ao redor do mundo. Vimos também que, para alcançar o desenvolvimento sustentável, é necessário desenvolver conjuntamente alguns eixos fundamentais. Nesse sentido, podemos encontrar nas licitações sustentáveis uma possibilidade inovadora e bastante interessante para alcançar ambos os eixos — social, ambiental e econômico — e, consequentemente, o desenvolvimento sustentável (MOURA, 2012). Corrobora Justen Filho (2012) ao defender que há duas dimensões envolvendo a promoção do desenvolvimento sustentável nacional por meio da contratação administrativa, uma sendo a junção dos eixos econômico e social e a segunda envolvendo o eixo ecológico.

Nesse prisma, Biderman *et al.* (2008) apontam que as CPS desenvolvem os eixos ambiental e social, por exemplo, ao contratarem serviços de transporte com maior eficiência energética e menos poluentes, pois aliviam problemas locais de poluição do ar.

O Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão brasileiro corrobora com Biderman *et al.* (2008) ao exemplificar que no eixo econômico as CPS podem desenvolvê-lo através da economia gerada pela adoção de produtos, serviços e obras de baixo impacto ambiental. Ainda que possuam um maior custo no momento da contratação, a maior vida útil desses itens garante uma economia no longo prazo, além de reduzir os gastos do Estado com reparações de danos ambientais (MPDG, 2020).

Ao levarmos em consideração que as CPS são capazes de atingir os três eixos fundamentais do desenvolvimento sustentável, podemos afir-

mar com toda certeza que elas são uma excelente alternativa para que a administração pública possa, por meio do uso de seu poder de compras, fomentar o desenvolvimento sustentável no Brasil.

2.6 O PODER DE COMPRAS DO ESTADO E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Segundo estimativas do Sistema Econômico Latino-Americano e do Caribe (SELA) (2015, apud ARAÚJO JÚNIOR, 2018), as compras públicas correspondem a 17,9% do Produto Interno Bruto (PIB) mundial, chegando a quase 22% do PIB da União Europeia e a 15,5% entre os países da América Latina. No Brasil, estima-se que as compras públicas, em todos os níveis de governo, movimentam recursos estimados entre 10 a 15% do PIB nacional (MPDG, 2020). Para termos uma noção do volume de dinheiro movimentado, somente no ano de 2019 o PIB brasileiro foi cerca de R$ 7,3 trilhões.

Como são grandes consumidores de bens e serviços, os governos podem e devem fazer uso de seu enorme poder de compras para influenciar novos padrões de produção e consumo desses bens e serviços. Ao adotarem as CPS o poder público sinaliza para as empresas, fornecedores e consumidores a existência de uma nova demanda e, consequentemente, estimula a adequação, a produção e o consumo de bens e serviços que contribuirão de forma efetiva para o desenvolvimento sustentável no país.

Nesta perspectiva, Silva (2008) explica que a expressão *Uso do poder de compra* traz em si a ideia de capacidade de influência a partir do pressuposto que a uma determinada instituição, ao possuir certa disponibilidade de recursos, é conferida a possibilidade de induzir comportamentos em terceiros. O papel do Estado no desenvolvimento sustentável brasileiro não pode ser passivo; é preciso fazer cumprir-se os compromissos firmados com a sociedade e com o restante do mundo. O governo brasileiro pode e deve utilizar-se de seu expressivo poder aquisitivo para estimular a adoção de novos padrões de produção e consumo no país.

> A adoção de um modelo de desenvolvimento sustentável demanda substantivos investimentos e financiamento de fontes públicas e privadas, as quais, no atual cenário de crise eco-

> nômica e restrições fiscais, têm apresentado fortes limitações. Nesse contexto, é fundamental que o Estado retome seu papel de indutor e regulador do desenvolvimento, favorecendo a adoção de práticas econômicas e processos produtivos inovadores, calcados no uso racional e na proteção dos recursos naturais [...] (BRASIL, 2011).

CONCLUSÃO

A crescente degradação ambiental, os recursos naturais limitados e os padrões insustentáveis de consumo e produção são fatores que sinalizam para as sociedades atuais sobre a necessidade iminente de rever as relações entre o homem e a natureza. A mudança de paradigma em direção a um novo modo de vida, que garanta o desenvolvimento das atuais gerações sem o comprometimento das gerações que ainda estão por vir, mostra-se a única solução possível para revertermos esse preocupante quadro.

Para iniciarmos o processo de transição para um novo modo de vida mais equilibrado e sustentável, devemos primeiro estabelecer os eixos principais de atuação, que deverão receber os esforços conjuntos das pessoas, das empresas privadas e das entidades governamentais. Como visto ao longo deste trabalho, podemos apontar três eixos fundamentais para serem desenvolvidos a fim de atingirmos um desenvolvimento sustentável: social, econômico e ambiental.

Embora seja imprescindível um esforço conjunto para realizar as mudanças necessárias para o desenvolvimento sustentável, devemos ressaltar que cabe aos entes públicos o papel fundamental de liderança nesse processo. Os governos possuem certas condições e dispositivos que favorecem sua posição como líder e agente indutor de mudanças, tais como: a possibilidade de criar políticas públicas, o poder de criar e fiscalizar leis e normas, além de um poder de compras vultoso capaz de influenciar novos padrões de produção e consumo e definir novos mercados que contribuam para um desenvolvimento sustentável.

Nesse sentido, as licitações sustentáveis mostram-se um instrumento inovador e bastante promissor na utilização do poder de compras do Estado para fomentar o desenvolvimento sustentável no Brasil.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO JÚNIOR, Ignácio Tavares de. **Análise comparada sobre medidas de favorecimento de micro e pequenas empresas (MPEs) em compras públicas com avaliação de eficácia e identificação de melhores práticas**. Brasília: IPEA, 2018. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34331&Itemid=433. Acesso em: 28 set. 2020.

BARBIERI, José Carlos; SILVA, Dirceu da. Desenvolvimento sustentável e educação ambiental: Uma trajetória comum com muitos desafios. **Rev. Adm. Mackenzie (RAM — Online)**, São Paulo, v. 12, n. 3, jun. 2011.

BIDERMAN, Rachel *et al.* (org.). **Guia de compras públicas sustentáveis**: uso do poder de compra do governo para promoção do desenvolvimento sustentável. São Paulo: ICLEI, 2008.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988.

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 e dá outras providências. Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Agenda ambiental na administração pública**. 5. ed. Brasília, 2009.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Documento de contribuição brasileira à Conferência Rio+20**. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: http://www.rio20.gov.br/documentos/contribuicao-brasileira-a-conferencia-rio-20/at_download/contribuicao-brasileira-a--conferencia-rio-20.pdf. Acesso em: 13 set. 2020.

CMMAD. Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Nosso futuro comum**. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1988.

DEFRA. Department for Environment, Food and Rural Affairs. Sustainable. **Procuring the Future**: Sustainable Procurement National Action Plan: Recommendations from the Sustainable Procurement Task Force. U.K., 2006. Disponível em: https://www.gov.uk/government/publications/procuring-the-future. Acesso em: 29 dez. 2020.

ELKINGTON, John. **Cannibals with forks**: the triple bottom line of 21st century business. Oxford: Capstone, 1997.

ELKINGTON, John. Towards the sustainable corporation: Win-win-win business strategies for sustainable development. **California Management Review**, v.36, n.2, p. 90–100, 1994.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GALLOPÍN, Gilberto Carlos. The Latin American World Model (aka the Bariloche model): three decades ago. **Futures**, n. 33, p. 77–89, feb. 2001.

ICLEI. Governos Locais Pela Sustentabilidade. **Manual Procura+ Um Guia para Implementação de Compras Públicas Sustentáveis**. 3. ed. São Paulo: ICLEI, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LAGO, André Aranha Corrêa do. **Estocolmo, Rio e Joanesburgo:** o Brasil e as Três Conferências Ambientais das Nações Unidas. Brasília: Instituto Rio Branco, 2006.

LALOË, Florence Karine *et al.* (org.) **Compras Públicas Sustentáveis:** uma abordagem prática. 1. ed. Salvador: ICLEI/SAEB, 2012. Disponível em: https://comprasnet.ba.gov.br/sites/default/files/Compras_P%C3%BAblicas_%20Sustent%C3%A1veis.PDF. Acesso em: 18 jan. 2021.

McCORMICK, John. **Rumo ao paraíso:** A história do movimento ambientalista. Tradução de Marco Antônio Esteves da Rocha e Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Relume Dumarã, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes; FILHO, José Emmanuel Burle. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MONTIBELLER FILHO, Gilberto. **O mito do desenvolvimento sustentável:** meio ambiente e custos sociais no moderno sistema produtor de mercadorias. 2. ed. Florianópolis: UFSC, 2004.

MOURA, Adriana Maria Magalhães de. **O papel das compras públicas sustentáveis na economia verde.** Brasília, v. 9, n. 72, 2012. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2746:catid=28&Itemid=23. Acesso em: 6 dez. 2020.

MPDG. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Contratações Públicas Sustentáveis**. Disponível em: http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br/contratacoes-publicassustentaveis. Acesso em: 13 set. 2020.

NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Trajetória da sustentabilidade: do ambiental ao social, do social ao econômico. **Estud. av.**, v. 26, n. 74, São Paulo, 2012.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento:** includente, sustentável, sustentado. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SILVA, Erivam Paulo da. **O uso do poder de compra do estado como instrumento de política pública**. 2008. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) — Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008.

VALENTE, Manoel Adam Lacayo. **Marco legal das licitações e compras sustentáveis na administração pública**. Consultoria legislativa. Brasília: Biblioteca da Câmara dos Deputados, 2011. Disponível

em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema1/2011_1723.pdf. Acesso em: 17 dez. 2020.

VEIGA, José Eli da; ZATZ, Lia. **Desenvolvimento sustentável, que bicho é esse?** Campinas, SP: Autores Associados, 2008.

VOGELMANN JR., José Carlos. **Roteiro prático de ações sustentáveis na administração pública**. Porto Alegre: ESAF, 2014. Disponível em: http://189.9.150.57/assets/conteudo/uploads/roteiro-pratico-de-acoes-sustentaveis-na-adm-publica.pdf. Acesso em: 27 jan. 2021.

A CENTRALIDADE E COMPLEMENTARIDADE DAS FUNÇÕES ADMINISTRATIVAS NO DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO: UM NOVO ENFOQUE SOBRE O CLÁSSICO[23]

Bernardo de Farias Martins[24]

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é propor um novo enfoque sobre o clássico tema das *funções administrativas*, ressignificando seu sentido a partir de dois aspectos que parecem moldar essas funções no Direito Administrativo contemporâneo: sua *centralidade* e sua *complementaridade*.

Preliminarmente, delimita-se o contorno do objeto, com a definição de quais seriam as *funções administrativas* no atual estado da arte do Direito Administrativo, de forma a atribuir sentido unívoco ao conceito investigado.

Em seguida, exploramos a visão dogmática da *centralidade* das funções administrativas como atividades finalísticas que justificam a razão de ser do Poder Público, com a exposição dos motivos por que se acredita vi-

23 Artigo originalmente publicado na Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 10, n. 18, set. 2020/fev. 2021.

24 Procurador do Estado do Paraná.

vermos um deslocamento do eixo central do Direito Administrativo da *organicidade* para a *funcionalidade*.

Posteriormente, busca-se demonstrar a *complementaridade* das funções administrativas, bem como a utilidade das concepções de função administrativa *principal* e função administrativa *complementar*, enquanto instrumentos para a formatação de institutos jurídicos hábeis à consecução de interesses públicos de diferentes matizes, nos limites e possibilidades da Constituição Federal, exemplificando-se sempre que possível o manejo prático dos conceitos.

Por fim, apresentam-se algumas conclusões, no intuito de contribuir de alguma forma para o desenvolvimento do tema.

1. FUNÇÕES ADMINISTRATIVAS: DELIMITANDO OS CONTORNOS DO OBJETO

Inicialmente, é imprescindível delimitar o sentido da expressão *funções administrativas* aqui empregado, a fim de evitar confusões de ordem semântica ou dogmática.

Adotando a distinção de Jorge Miranda, as *funções* do *Estado* se distinguem em dois grandes tipos: as *funções-tarefa* e a *funções-atividade*. As *funções-tarefa* são "um fim do Estado concretizado em certa época histórica, em certa situação político-constitucional, em certo regime ou Constituição material", sendo objeto de estudo "dos sistemas constitucionais, da história e do Direito comparado, e ainda da Ciência política, da Ciência financeira e de outras disciplinas".[25] Já as *funções-atividade* são "um conjunto de atos (interdependentes ou aparentemente independentes uns em relação aos outros), destinados à prossecução de um fim comum, por forma própria", de sorte que "não vem a ser senão um meio para atingir esse fim,

25 A título ilustrativo, o jurista português utiliza o art. 9º da Constituição Potuguesa de 1976, que inclui entre as tarefas do Estado "assegurar a independência nacional, garantir as liberdades, promover a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, preservar o ambiente, defender a língua portuguesa, etc.", bem como explica que "completam o art. 9º as normas relativas aos diversos direitos econômicos, sociais e culturais em especial (arts. 58 e segs.), o art. 81 (incumbência do Estado na vida econômica e social), o art. 231 (cooperação com as regiões autônomas) e outros preceitos" (MIRANDA, 1992, p. 86–87).

qualificado sob certo aspecto".[26] Como apontado pelo jurista português, o estudo das *funções-tarefa* extrapola em muito os limites do Direito Administrativo, sendo objeto de investigação ampla e conjunta de diversos campos do conhecimento. Por outro lado, as *funções-atividade*, enquanto instrumentos de atuação do Poder Público para a consecução das *funções-tarefa*, sem prejuízo de serem objeto de estudo de outras disciplinas, têm no Direito Administrativo sede própria de debate e campo fértil para desenvolvimento técnico-científico.

As *funções-atividade* do Estado se apresentam sob as formas já convencionais de *função administrativa*, *função legiferante e função judicante*, sendo todas as funções exercidas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de forma concomitante e interdependente, não restando dúvidas, porém, de que a função típica do Executivo é a *função administrativa*, a função típica do Legislativo é a *função legiferante* e a função típica do Judiciário é *função judicante*. Para fins deste estudo, nossa análise será efetuada especialmente em relação à *função administrativa* enquanto função típica do Executivo, podendo as considerações serem eventualmente estendidas ao Legislativo e ao Judiciário no exercício da *função administrativa* atípica, quando cabível.

Assim, para fins deste trabalho, fixa-se o emprego da expressão *funções administrativas* para designar o conjunto de atividades por meio das quais o Poder Executivo exerce sua *função-atividade* típica — e os Poderes Legislativo e Judiciário suas *funções-atividade* atípicas — de instrumentalizar a persecução das *funções-tarefa* previstas em lei e na Constituição Federal.

Veja-se que a definição de *funções administrativas* prediz tanto o caráter *instrumental* quanto o caráter *substancial* da atividade administrativa. Com efeito, em toda *função administrativa* repousa o caráter *instrumental* ínsito às *funções-atividade* de serem meios para o atingimento de fins de interesse público, mas também o caráter *substantivo* de que esses fins devem ser os legitimamente previstos como *funções-tarefa* do Estado pelas leis e pela Constituição Federal, como frutos de conquista da *democracia* e dos *direitos fundamentais*.[27]

---

26 Ibidem, p. 86–87.

27 Gustavo Binenbojm (2008, p. 72), assim se manifesta sobre o tema: "Por outro lado, o sistema de direitos fundamentais e o princípio democrático, tal como delineados na Constituição, exercem também influência decisiva na definição dos contornos da atividade administrativa. À centralidade desses pilares constitutivos e legitimadores da ordem

Isso porque a visão das *funções administrativas* sob o prisma *instrumental* inerente às *funções-atividade* não se esgota em si própria, somente podendo ser considerada adequada quando atrelada à realização de *funções-tarefa* democraticamente eleitas e ontologicamente harmônicas com os direitos fundamentais, revelando-se, pois, umbilicalmente vinculada ao prisma *substancial* da ação pública.[28] [29]

De outro bordo, a visão das *funções administrativas* sob o prisma *substancial* das *funções-tarefa* erigidas por meios democráticos à agenda de garantias e realização de direitos, para ser concretizada a contento pelo Poder Público, sem o amesquinhamento de suas possibilidades, necessita obrigatoriamente refletir sobre *como* otimizar do modo mais eficiente possível a *atividade administrativa*,[30] o que nos conduz ao aprofundamento do estudo das *funções-atividade* sob o viés *instrumental*.

Nesse contexto, é que fixamos metodologicamente como objeto desta análise a *função administrativa* sob o enfoque de *função-atividade* de caráter *instrumental*, a fim de investigar seus tipos de apresentação, de forma *isolada* ou *conjugada*, no cometimento de objetivos de interesse público da sociedade que precisam ser estrategicamente pensados, ressalvando sempre que

---

constitucional deve corresponder uma igual centralidade na organização e funcionamento da Administração Pública". No mesmo sentido, transcreve-se passagem do autor em outra obra: "Desse modo, almeja-se erigir um direito administrativo comprometido tanto em honrar seus alicerces democrático-constitucionais, quanto em realizar eficientemente seus fins." (BINENBOJM, 2016, p. 67).

28 Nesse sentido, observa Leonardo Coelho Ribeiro: "Dessa forma, se não é possível repousar a legitimidade do Direito em unidades de propósito monolíticas, essa legitimidade há de ser encontrada também quando às finalidades pretendidas pelo emprego instrumental do Direito restarem juridicamente definidas por meios democráticos e respeitarem os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados." (RIBEIRO, 2017, p. 52).

29 A vinculação das funções administrativas a fins legitimamente previstos pelas leis e pela Constituição Federal, sob os primados da democracia e dos direitos fundamentais, busca evitar que pesadelos totalitários do séc. XX sejam revividos pela história contemporânea.

30 "É útil diferenciar os conceitos de função administrativa do Estado e de atividade administrativa pública estatal. A função administrativa é um conjunto de competências estatais. A atividade administrativa pública estatal é a sequência conjugada de ações e omissões por meio das quais se exercita a referida função e se persegue a realização dos fins que a norteiam e justificam sua existência. A função administrativa se traduz concretamente na atividade administrativa" (JUSTEN FILHO, 2016, p. 112).

tais objetivos hão de ser aqueles germinados pelos mecanismos democráticos e não violadores de direitos fundamentais, nos termos da Constituição Federal.[31]

Vistas as coisas desta maneira, no intuito de encerrarmos os contornos do objeto de estudo, é hora de identificarmos os tipos de apresentação da *função administrativa* no Direito Administrativo contemporâneo.

É de longa data a tentativa da doutrina de definir quais seriam as *funções administrativas* do Poder Público. Em regra, os autores tradicionalmente elencam entre as *funções administrativas* as atividades de *serviços públicos*, de *polícia* e de *fomento*.[32] A este rol, há a tendência razoavelmente consolidada de se acrescer a atividade de *regulação*.[33] Nesta toada, não se olvidando da existência de plúrimos entendimentos sobre o tema,[34] bem como que nenhuma atividade é ou deixa de ser por essência *função administrativa*, senão que refletem as demandas ansiadas pela sociedade em face do Estado em dada quadra histórica,[35] adotaremos o entendimento de Aline Lícia Klein

31 Igual abordagem é a de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que cunha a expressão Estado-Instrumento para sobrelevar a atividade do Estado Pós-Moderno como eminentemente instrumental à promoção não mais apenas de fins legais (enfoque formal da norma), mas também de fins legítimos (enfoque democrático da pietronorma) e justos (enfoque moral da norma), perfazendo, em conjunto, o que denomina de análise da juridicidade normativa (MOREIRA NETO, 2018, p. 49, 70). Em sintonia com essa visão, Leonardo Coelho Ribeiro assim se manifesta: "Nesse sentido, a visão instrumental do Direito não é uma fórmula oca, na medida em que deve ser integrada pela teoria dos direitos fundamentais, avançando preocupações de caráter pragmático, associadas à eficiência e aos resultados, sem se descuidar das conquistas democrático-constitucionais" (RIBEIRO, Idem, p. 53).

32 DI PIETRO, 2017, p. 125–127.

33 JUSTEN FILHO, Idem, p. 111–113.

34 Há autores que preferem não acrescer a regulação às funções administrativas, por entenderem que se trata de atividade que não seria ontologicamente autônoma, mas que tão somente reuniria as outras funções já reconhecidas em uma nova denominação. Por outro lado, existem autores que adicionam a função de controle ao rol de funções administrativas, ao passo que outros entendem que o controle seria espécie de serviço público. Alguns administrativistas apontam as atividades de ordenamento econômico e social como pertencentes às funções administrativas, enquanto outros entendem que tais atividades estariam inseridas, a depender do caso, entre as funções de polícia, de fomento ou de regulação. Ainda, há quem prefira a expressão função de ordenação à expressão função de polícia.

35 "A priori, nenhuma função é por essência ou deixa de ser função do Estado; são os fins do Estado, permanentes ou conjunturais, que determinam o tipo e a feição das atividades dos

e Floriano de Azevedo Marques Neto de que as *funções administrativas* seriam compostas na atualidade pelas atividades de *serviços públicos*, de *polícia*, de *fomento* e de *regulação*.[36]

Assim, cumprido o dever de conferir interpretação unívoca para as *funções administrativas*, passa-se às razões por que se defende a *centralidade* dessas funções na compreensão do Direito Administrativo contemporâneo.

2. A CENTRALIDADE DAS FUNÇÕES ADMINISTRATIVAS NO DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO: DA ORGANICIDADE À FUNCIONALIDADE

Tal como mencionado no item 1 sobre a tentativa de longa data da doutrina de conceituar as *funções administrativas*, situação semelhante ocorre com a pretensão de conceituação do Direito Administrativo na literatura jurídica nacional e estrangeira.

Sem pretensão de inventariar com exaustão as linhas de pensamento e seus respectivos autores, os registros do Direito Administrativo, nos moldes em que conhecemos na contemporaneidade, iniciam-se no século XIX, e são produzidos, em sucessão, sempre a partir de um critério à época eleito como predominante pelos pensadores das diferentes escolas.[37] Em ordem para fins didáticos, sucedem-se as seguintes grandes escolas, autores e critérios para conceituação do Direito Ad-

seus órgãos e agentes, e são as normas jurídico-públicas que as qualificam como atividades do Estado" (MIRANDA, Idem, p. 87–88).

36 KLEIN; MARQUES NETO, 2019.

37 Hely Lopes Meirelles considera que "a diversidade das definições está a indicar o desencontro doutrinário sobre o conceito de Direito Administrativo, variando o entendimento consoante a escola e o critério adotado pelos autores que procuraram caracterizar seu objeto e demarcar sua área de atuação" (MEIRELLES, 2016, p. 41). Sobre a dificuldade de conceituação do Direito Administrativo, Marçal Justen Filho ressalta que "o primeiro fator que dificulta uma definição mais precisa do direito administrativo é a alteração dinâmica da realidade. Os processos políticos, sociais, econômicos e jurídicos se desenrolam com enorme rapidez, demandando alterações permanentes e contínuas. Nada é estável, especialmente no tocante às atividades desempenhadas pelo Estado. Assim, qualquer definição de direito administrativo vinculada aos traços diferenciais da realidade tornase obsoleta em curto espaço de tempo"(JUSTEN FILHO, Idem, p. 84).

ministrativo: escola da *puissance publique*, cujo pensador de referência foi Maurice Hauriou e cujo critério escolhido foi o da *potestade pública*;[38] escola dos *serviços públicos*, na qual os principais pensadores foram León Duguit e Gastón Jèze e cujo critério escolhido foi o do *regime jurídico dos serviços públicos*;[39] e escola da Administração Pública, em que os principais autores foram Otto Mayer e Jean Riveró, na qual o critério escolhido foi o do *regime jurídico dos órgãos e entidades da Administração Pública em sua atividade administrativa*.[40]

No Brasil, prevaleceu, embora com algumas nuances entre os doutrinadores, o pensamento da escola da Administração Pública, em que o Direito Administrativo é entendido como o ramo do Direito que estabelece o *regime jurídico dos órgãos e entidades da Administração Pública* para o exercício de sua *função administrativa*.[41] Trata-se, portanto, de consolidação dos critérios *orgânico* (*órgãos e entidades da Administração Pública*) e *funcional* (*atividade administrativa*) para a conceituação da disciplina.

38 Maurice Hauriou elegeu como critério para conceituação do Direito Administrativo a potestade pública, reconhecendo neste ramo do Direito o conjunto de normas que regem os atos praticados sob o pálio das prerrogativas públicas (atos de império) (HAURIOU, 1938, p. 7).

39 León Duguit e Gastón Jèze elegeram como critério para conceituação do Direito Administrativo o regime jurídico dos serviços públicos, de modo que a este ramo do Direito caberia a regência da atuação do Estado enquanto prestador de serviços à sociedade (DI PIETRO, Idem, p. 111–112).

40 "De todo modo, ao final do século XIX, Otto Mayer de modo semelhante a autores franceses, italianos ou espanhóis, já afirmava o direito administrativo como o "direito relativo à administração", cuidando das relações entre o 'Estado administrador' e os sujeitos" (ENCICLOPEDIA... 2017). Na concepção de Jean Riveró, a nota distintiva do Direito Administrativo estaria nas prerrogativas e sujeições especiais conferidas à Administração Pública para realizar o interesse público (Cf. RIVERÓ, 1990, p. 39 e ss.).

41 Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, "o direito administrativo é o ramo do direito público que disciplina a função administrativa, bem como pessoas e órgãos que a exercem" (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 37). Na mesma linha, Marçal Justen Filho leciona que "o direito administrativo é o conjunto das normas jurídicas que disciplinam a função administrativa do Estado e a organização e o funcionamento dos sujeitos e órgãos encarregados de seu desempenho" (JUSTEN FILHO, Idem, p. 83).

Com a virada para o século XXI, grandes autores do Direito Administrativo italiano, como Umberto Allegretti[42] e Giancarlo Sorrentino,[43] e do Direito Administrativo brasileiro, como Diogo de Figueiredo Moreira Neto,[44] vêm defendendo o deslocamento cada vez mais nítido do eixo central do Direito Administrativo *da organicidade* para a *funcionalidade*.

De fato, conquanto inegavelmente importante para o desenvolvimento da matéria no tempo, parece-nos que o clássico aspecto *orgânico* não deve mais ocupar, ao lado do aspecto *funcional*, o papel central na compreensão do Direito Administrativo contemporâneo. Isso porque a organicidade não pode ser vista como um fim em si mesmo. Ao contrário, a Administração Pública, como estrutura orgânica, somente prova sua razão de ser enquanto meio para o exercício da *função administrativa*, esta sim atividade finalística do Poder Público.[45][46] Nesse contexto, a *centralidade* da disciplina parece ser protagonizada pelo aspecto *funcional* da ação pública.

Acresça-se como razão para o protagonismo do aspecto *funcional*, o reconhecimento pela doutrina de mutações jusadministrativas aptas a pôr

42 Nas palavras de Umberto Allegretti: "Dever do Estado é o serviço dos direitos e, portanto, dos direitos dos cidadãos derivam as tarefas do Estado e a missão da Administração" (ALLEGRETTI, 1996, p. 38; grifos no original).

43 SORRENTINO, 2003, p. 38.

44 "Como o Estado tem como razão de existir e como missão constitucional servir à proteção e à realização dos direitos fundamentais, é evidente que a teorial funcional do Direito Pùblico se volta à obtenção de resultados que efetivamente e não apenas intencional ou retoricamente satisfaçam essa vocação" (MOREIRA NETO, 2008, p. 111; grifos no original).

45 A proeminência do aspecto funcional do Direito Adminsitrativo leva Agustín Gordillo a denominá-lo de "ramo do direito público que estuda o exercício da função administrativa e a proteção judicial existente contra ela" (AGUSTÍN GORDILLO, 1997, p. V–29).

46 Por analogia, registre-se a conhecida lição de Norberto Bobbio, no âmbito da Teoria do Direito, sobre a mudança do paradigma da estrutura para o da função: "Enquanto Kelsen jamais abandonou totalmente o ponto de vista funcional — aliás, a única definição do direito que encontramos em Kelsen é do tipo funcional —, Hart, como vimos, levou às últimas consequências a abordagem estrutural, chegando a definir o direito não como uma técnica específica, mas como uma estrutura específica. Esse modo de entender o direito é uma resposta não à pergunta: "Qual é a função do direito?", mas a esta outra: "Que tipo de organização é?" Se o reconhecimento da importância do direito promocional pode ter algum efeito, não é tanto em relação à abordagem estrutural do direito, mas sobretudo, à abordagem funcional. [...] Creio, portanto, que hoje seja mais importante definir o direito, do ponto de vista funcional, como forma de controle e de direção social" (BOBBIO, 2007, p. 78–79).

em xeque a própria adequação, em algumas situações, do critério *orgânico* (*órgãos e entidades da Administração Pública*) na definição do Direito Administrativo. A título exemplificativo, pense-se nas relações jurídicas que, não obstante tenham como signatária a Administração Pública, não são regidas pelo Direito Administrativo, mas sim pelo Direito Privado,[47] ou, de outro lado, nas relações jurídicas que, sem embargo de não terem a Administração Pública como parte, integram o arcabouço normativo do Direito Administrativo.[48]

Nesse cenário, emerge a arguta reflexão de Diogo de Figueiredo Moreira Neto sobre o enfoque *funcional* do Direito Administrativo do século XXI:[49]

> Com a consciência dessa nova conjuntura e da necessidade de imprimir uma visão epistemológica e metodológica que alcance o próprio *conceito do Direito Administrativo*, enquanto Ciência, que se afaste das premissas clássicas dos tradicionais *centros de gravidade estatal* e do *enfoque orgânico*, para abranger quaisquer *atividades que se voltem à administração de específicos interesses públicos* – ou, dito mais sucintamente, a qualquer sorte de *administração pública*, estatal ou não, desde que dotada de poder de decisão sobre qualquer *atividade* que apresente um específico *interesse público*, onde quer que iden-

47 Lenciona Maria João Estorninho que "uma das características mais típicas da própria dogmática administrativa desta fase é precisamente a afirmação da dualidade de regimes jurídicos aplicáveis à Administração Pública, expressa notadamente na distinção entre gestão pública e gestão privada e na defesa da dicotomia entre contrato administrativo e contrato privado da Administração Pública" (ESTORNINHO, 1999, p. 46).

48 Alexandre Santos de Aragão expõe que no Estado Pós-Moderno as leis se apoiam na Constituição, mas, "a partir de sua edição, legitimam, expressa ou implicitamente, uma série de outras fontes normativas: públicas (regulamentos, editais de licitação e contratos de concessão editados pelo Poder Executivo central ou por entidades reguladoras setoriais), semipúblicas (normas de auto-regulação chanceladas pelo poder público) ou privadas (regulamentos das concessionárias, regulamentos de empresa)" (ARAGÃO, 2009, p. 60). Ainda, não nos esqueçamos da produção normativa de organizações autônomas supranacionais como a ONU, a OCDE, a União Europeia, dentre outros, no atual ambiente da globalização. Para aprofundamento do impacto do direito global nas fontes do direito administrativo, cf. SUNDFELD, 2017, p. 287–288.

49 MOREIRA NETO, Idem, p. 58.

> tifique, e, particularmente, com ênfase no *enfoque funcional*, desde que esteja voltada e comprometida ao *resultado da ação administrativa*. (grifos no original).

É, pois, assentado na *centralidade* do aspecto *funcional* do Direito Administrativo, bem como nas espécies de *funções administrativas* identificadas na seção 1 (*serviços públicos*, *polícia*, *fomento* e *regulação*), que se passa a investigar uma outra interessante característica dessas funções: a sua *complementaridade*.

3. A COMPLEMENTARIDADE DAS FUNÇÕES ADMINISTRATIVAS NO DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO: FUNÇÃO ADMINISTRATIVA PRINCIPAL E FUNÇÃO ADMINISTRATIVA COMPLEMENTAR

Na atualidade, diante da enorme gama de garantias e direitos salvaguardados pela Constituição Federal de 1988 e com curadoria atribuída à Administração Pública,[50] em que pese a maior parte dos institutos de Direito Administrativo continue sendo composta de forma *isolada* por uma das funções administrativas, torna-se cada vez mais comum a tentativa do Estado de expandir o objeto de inúmeros institutos para conjugar mais de uma função administrativa[51] e com isso maximizar a efetivação dos direitos postos sob sua tutela.

Nesse ambiente, instiga-nos de forma especial a identificação e compreensão do fenômeno da utilização *complementar* de funções administrati-

50 Sobre a vastidão de objetivos atribuídos à Administração Pública pelo Direito contemporâneo, assim se expressa Carlos Ari Sundfeld: "O Direito contemporâneo aplicável à Administração caracteriza-se pela grande variedade de conteúdo e objetivos. Ele procura organizar a gestão pública de modo racional, democrático e eficiente; viabilizar a realização das políticas públicas as mais diversas; evitar e corrigir erros e excessos dos agentes administrativos; proteger os direitos das pessoas; e coordenar a ação da Administração e dos particulares na economia. É uma incrível diversificação" (SUNDFELD, Idem, 2014, p. 154).

51 Aline Alícia Klein e Floriano de Azevedo Marques Neto, no contexto das funções administrativas, expõem que "constata-se uma crescente integração das diversas atividades estatais, que se utilizam de diversos meios para atingir seus fins" (KLEIN; MARQUES NETO, Idem. RB-14.2).

vas, que vem sendo positivada de modo pulverizado por nossa fragmentada legislação de Direito Administrativo como instrumento à efetivação de objetivos *plurais* legitimamente estabelecidos.[52]

A partir do estudo da legislação e da doutrina sobre o tema, é possível detectar, na formatação de institutos administrativos com funções *complementares*, a coexistência do que aqui denominaremos de função administrativa *principal* e de função administrativa *complementar*. Com efeito, como intuitivo, em regra, os institutos administrativos são criados para cumprir uma função *principal* que lhes é inerente. Por exemplo, a concessão de serviço público tem como natural mister a prestação de um serviço de utilidade pública; logo, a função administrativa *principal* de uma concessão é a de *serviço público.* Todavia, cada vez mais, constata-se o alargamento do instituto da concessão para o exercício de outras funções. É exemplo disso a previsão em lei de que incumbe à concessionária promover as desapropriações e constituir as servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato, admitindo, portanto, o exercício pela parceira privada de uma função administrativa *complementar* de *polícia*.[53]

Movimento inverso, ou seja, de ampliação de instituto cuja função administrativa *principal* é de *polícia* para abarcar como função administrativa *complementar* a de *serviço público*, também pode ser identificado. Ilustra esse movimento, a previsão na legislação que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente de que os órgãos cujas competências precípuas

52 Sobre a fragmentação legislativa e pluralidade de objetivos do Direito Administrativo, leciona Carlos Ari Sundfeld: "De modo que o direito administrativo — aí está mais uma de suas fascinantes complexidades — para fins práticos nunca é um bloco invariável de legislação administrativa, mas algo como um gigantesco armário de farmácia, cujos inúmeros frascos contêm as fórmulas, aviadas uma a uma, para uso das inúmeras frações em que se divide o Estado" [...] "No caso brasileiro, o direito positivo aplicável à Administração é não só eclético quanto à formação de suas grandes estruturas (por estar contaminado com sua própria história e por haver aproveitado tradições tão diversas quanto a francesa e a norte-americana), não só disperso em sua operação cotidiana (por não contar com alguns dos mecanismos de homogeinização presentes em outros Países), como, ainda, plural quanto a seus conteúdos e objetivos" (SUNDFELD, Idem, p. 154–155; grifos no original).

53 Art. 31 da Lei nº 8.987/1995: "Incumbe à concessionária:" [...] "VI — promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato;".

são de *fiscalização* e *sanção*, deverão também prestar *serviço* pedagógico de educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive de educação da comunidade.[54] [55]

Nessa conformidade, vê-se que a compreensão da ação da Administração Pública no atual recorte histórico passa necessariamente pelo maior entendimento das funções administrativas por ela exercidas, desgarrando-nos de uma clássica visão *uniforme* dessas funções sob a pespectiva *isolada* e desenvolvendo um novo enfoque *multiforme* de tais funções sob a perspectiva *complementar*. Dentro deste objetivo, parece-nos salutar perpassar por todas as possíveis conjunções entre as espécies de funções administrativas existentes.

Assim, iniciando pelos institutos administrativos que têm como função *principal* o *serviço público*, é possível enxergamos, a título demonstrativo, a extensão da funcionalidade de uma concessão de serviço público para abraçar uma função *complementar*:

> (i) de *polícia*, no caso da já citada previsão em lei de que incumbe à concessionária, além de prestar o serviço público, promover as

54 Art 2º da Lei nº 6.938/1981: "A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:" [...] "X — educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente." Sobre o tema, ainda, o art. 7º da Lei nº 9.795/1999 dispõe que "A Política Nacional de Educação Ambiental envolve em sua esfera de ação, além dos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente — Sisnama, instituições educacionais públicas e privadas dos sistemas de ensino, os órgãos públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e organizações não-governamentais com atuação em educação ambiental" e a Resolução nº 422/2010 do CONAMA, "Estabelece diretrizes para as campanhas, ações e projetos de Educação Ambiental, conforme Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999, e dá outras providências."

55 Sobre a tendência de elastecimento da atividade administrativa de polícia para a atividade administrativa de serviços, Marçal Justen Filho escreve: "há uma tendência a que toda a atividade estatal apresente natureza complexa, de modo que não apenas haja a limitação à autonomia privada, mas, concomitantemente, verifique-se a satisfação de necessidades coletivas" (JUSTEN FILHO, Idem, p. 59205).

desapropriações e constituir as servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato;

(ii) de *regulação*, quando da regulação, por contrato, da metodologia de alocação de riscos de uma concessão de serviço público, cujo escopo é induzir comportamentos e atribuir responsabilidades sobre a futura execução contratual;[56]

(iii) e de *fomento*, como por meio de previsão no edital de projetos associados,[57] que além de atenuarem o custo da tarifa e evitarem o desembolso pelo erário,[58] têm como função complementar o fomento da economia local.

56 Em recente publicação, lenciona Flávio Amaral Garcia: "No plano da regulação do contrato de concessão, a alocação de riscos não é aleatória ou mesmo sujeita a um amplo grau de autonomia por parte do contraente público. Existe razoável consenso na doutrina e na prática contratual contemporânea a propósito da metodologia que deve ser adotada na alocação de riscos. No momento da modelagem do projeto concessional, devem ser esquadrinhados todos os riscos e contingências futuras que podem impactar na execução do futuro contrato. Sequencialmente, deve ser identificada a parte que melhor tem condições de promover o seu gerenciamento e prevenção. Noutros termos, detalhando-se os critérios e a própria lógica inerente à repartição, pode-se dizer que o risco deve ser alocado à parte que, a um custo mais baixo, pode reduzir as chances de o evento indesejável ocorrer ou aumentar a chance de o evento desejável acontecer." (GARCIA, 2012, p. 50–51).

57 Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei. [...] Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente: [...] VI — as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados; [...] Art. 25. §1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados (grifos nossos).

58 Acerca dos projetos associados às concessões de serviços púbicos, Egon Bockmann Moreira sintetiza: "Esta integração teria duplo objetivo: por um lado, atenuar o custo da tarifa para o usuário; por outro, permitir a instalação de projetos não autossustentáveis sem que haja desembolso de verbas públicas." (MOREIRA, 2010, p. 417).

Passando para os institutos administrativos que têm como função *principal* o *poder de polícia*, é possível visualizarmos a ampliação de sua funcionalidade para incluir uma função *complementar*:

> (i) de *serviço público*, no caso da mencionada legislação sobre Política Nacional do Meio Ambiente, que prevê que os órgãos de fiscalização e sanção deverão também prestar *serviço* pedagógico de educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive de educação da comunidade;
>
> (ii) de *regulação*, por indução, quando também em matéria de proteção ambiental se atribui aos órgãos de fiscalização e sanção a competência para expedir certificados de empresas ambientalmente adequadas àquelas que se comportarem de acordo com as normas de Direito Ambiental,[59] conferindo-lhes um benefício indireto (vantagem em face do mercado, mas não em face do Estado);[60]

59 A regulação por indução vem se apresentando em complemento ao por vezes insuficiente poder de polícia, tradicionalmente vinculado às regras de comando e controle. Nas palavras de Gustavo Binenbojm: "Ao compreender a lógica desses incentivos e abrir mão de normas de comando e controle, a regulação por indução favorece a adesão voluntária dos agentes econômicos e reduz custos regulatórios. [...] No campo da regulação ambiental, as certificações ambientais e a criação de mercados de crédito de carbono, por exemplo, constituem incentivos econômicos importantes para empresas investirem em práticas e tecnologias ambientalmente limpas." (BINENBOJM, Idem, p. 167).

60 Não se deve confundir esta função complementar de regulação por indução, na qual o particular pretende receber um benefício indireto (a qualificação de sua marca como ambientalmente adequada poderá lhe trazer vantagens em face do mercado), com a função complementar que ainda será tratada de fomento, em que o particular conduz seu comportamento para a obtenção de um benefício direto (bonificações e pontuações automáticas em avaliações regulatórias futuras em face do Estado). Sobre o tema, valemo-nos mais uma vez da lição de Gustavo Binenbojm: "Vale registrar que a regulação por indução não se confunde com o fomento público, econômico ou social. Este também age por meio de indução a comportamentos, mas o faz por meio da concessão de benefícios diretos aos particulares que preencherem os requisitos legais para a sua percepção. Tais benefícios podem se constituir mediante atos positivos (empréstimos a juros baixos, subvenções oficiais, participações societárias em empresas estratéticas) ou negativos (imunidades, isenções, não incidências, renúncias e diferimentos fiscais), com o objetivo de estimular ou facilitar algumas atividades que os particulares já poderiam per se desempenhar." (BINENBOJM, Idem, p. 168).

> (iii) e de *fomento*, como na hipótese prevista na Constituição Federal de que, nas propriedades em que forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo, além da expropriação-sanção do bem e de outras sanções previstas em lei, os imóveis serão destinados à reforma agrária e aos programas de habitação popular, em comando de nítido fomento social.[61]

Prosseguindo para os institutos administrativos que têm como função *principal* o *fomento*, é possível identificarmos o elastecimento de sua funcionalidade para inserir uma função *complementar*:

> (i) de *serviço público*, no caso por exemplo de *project finance* estruturado por banco de fomento estatal[62] com cláusula de *step-in-right*,[63] em que a função principal de *fomento* econômico é complementada pela possibilidade excepcional de assunção temporária do controle da concessionária pela instituição financeira como forma de garantir a continuidade da prestação do *serviço público*;

61 Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

62 Quanto à estruturação de project finance por banco de fomento estatal, Gustavo Binenbojm constata que a "BNDES PATICIPAÇÕES S/A (BNDESPAR) tem se notabilizado como fonte institucional de estruturação financeira de projetos regulatórios importantes para o desenvolvimento econômico e social no Brasil, com protagonismo mais evidente na construção de soluções financeiras para o financiamento de setores produtivos relevantes e de infraestrutura no país, que ocorre, muitas vezes, mediante aquisição de ações das sociedades empresárias para assegurar a integridade da engenharia financeira (project finance) do projeto" (BINENBOJM, Idem, p. 170).

63 Egon Bockamann Moreira assim explica o step-in-right: "Outro detalhe que surge com força no project finance é o step-in-right: o direito de ingresso do financiador na direção da SPE, caso haja descumprimento desta na execução importe na sua fragilidade financeira (e o elevado risco de inadimplemento). A rigor, trata-se de garantia dos financiadores, a ser implementada pela instituição financeira líder, que assumirá por prazo certo o poder de controle, suprimirá os desvios e promoverá a instação de novo dirigente na SPE. O objetivo principal há de ser a preservação do projeto concessionário, por isso que se exige a supervisão por parte do poder concedente" (MOREIRA, 2010, p. 6).

(ii) de *polícia*, quando bolsas de pesquisa são concedidas pelo CNPq e pela Capes, após edital de chamamento público, sem embargo da posterior submissão da pesquisa aos controles técnico e financeiro das autoridades competentes;

(iii) e de *regulação*, na hipótese em que uma política pública, na área ambiental, "prevê a concessão de financiamento público a juros baixos a empresas que façam investimentos na área de geração de energia eólica, mas sua atuação no setor fica desde logo sujeita à satisfação de *standards* tecnológicos e ambientais estabelecidos na regulação específica".[64]

Por fim, quanto aos institutos administrativos que têm como função *principal* a *regulação*, é possível percebermos a extensão de sua funcionalidade para inserir uma função *complementar*:

(i) de *serviço público*, no caso por exemplo da ANVISA, que embora tenha como atividade principal a regulação do setor de vigilância sanitária, vem prestando relevante serviço de orientação e educação da população quanto à prevenção, tratamento e vacinação do COVID-19;[65]

(ii) de *polícia*,[66] quando a regulação de comportamentos por incentivos pode não ser suficiente ao atingimento do resultado alme-

64 O exemplo é dado por Gustavo Binenbojm, que ressalta se cuidar de "uma atuação conjugada do poder de polícia com o fomento público, conforme objetivos perseguidos pelo Estado." (BINENBOJM, Idem, p. 168).

65 Para acesso ao Dicionário da pandemia e a esclarecimentos detalhados sobre as vacinas em desenvolvimento, acessar: https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/paf/coronavirus. Acesso em: 18 dez. 2020.

66 Quanto à imbricação da regulação com o poder de polícia e a regulação por incentivos, Aline Alícia Klein e Floriano de Azevedo Marques Neto assim expõem: "Quanto à vertente conceitual, regulação e poder de polícia não se confundem na medida em que a regulação configura-se em um instrumento mais abrangente que o poder de polícia. Aceitando-se ainda a noção de poder de polícia, pode-se afirmar que a regulação a contempla. Seria o poder de polícia, nessa linha, apenas uma das expressões da regulação, a qual contempla outras modalidades de ação. A regulação por incentivos, cujo crescimento como técnica na prática regulatória é digno de nota, desafia a noção de poder de polícia e demonstra como a regulação é tanto mais abrangente quanto complexa na comparação com o poder de polícia" (KLEIN; MARQUES NETO, Idem. RB–26.2).

> jado. Seria o caso de lei que, visando reduzir problemas de saúde da população ligados ao sódio, opta não por proibir diretamente o consumidor de utilizar sal, mas sim por determinar que em restaurantes e bares não se forneça saleiro aos clientes, sob pena de multa (*regulação por indução* sobre os consumidores complementada por *poder de polícia* sobre os estabelecimentos);[67]
>
> (iii) e de *fomento*, nas hipóteses em que o normativo de uma agência reguladora estabelece, além de metodologia de avaliação da qualidade da atividade regulada, um sistema de acreditação em que o *player* que adotar boas práticas de gestão receberá bonificações e pontuações automáticas em avaliações futuras do regulador, conferindo-lhe um benefício direto (vantagem em face do Estado). [68]

Perpassadas todas as possíveis conjunções entre as espécies de funções administrativas existentes, é possível afirmar que o Direito Administrativo contemporâneo é marcado pelo signo da *complementaridade* de suas funções. Desse modo, devem o legislador e o aplicador do Direito, quando da conformação e interpretação de institutos jurídicos destinados à efetivação de direitos e garantias *plurais* previstos na Constituição, ter em mente um Direito Administrativo de instrumentos *multiformes*, com funções admi-

67 Leonardo Coelho Ribeiro noticia a publicação de lei do estado do Espírito Santo neste sentido (RIBEIRO, Idem, p. 52). O tema da regulação de comportamentos pode ser aprofundado em Thaler e Sunstein (2009).

68 A título demonstrativo, veja-se o Programa de Acreditação de Operadoras divulgado pela ANS, por meio da RN 452/20. "Trata-se de uma certificação de boas práticas para gestão organizacional e gestão em saúde, cujo objetivo é a qualificação dos serviços prestados pelas operadoras de planos de saúde, propiciando uma melhor experiência para o beneficiário". [...] "O novo Programa de Acreditação de Operadoras traz como novidade alguns incentivos regulatórios, como bonificação no Índice de Desempenho da Saúde Suplementar - IDSS, correspondente ao nível de acreditação atingido, e redução pelas operadoras das garantias financeiras (redução da margem de solvência até 2022 e redução dos fatores de capital regulatório a partir de janeiro de 2023). Além disso, as operadoras certificadas no Programa de Boas Práticas de Atenção Primária à Saúde receberão pontuação automática nos itens correspondentes." Disponível em: http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/qualidade-da-saude/5447-ans-divulga-novo-programa-de-acreditacao-de-operadores. Acesso em: 18 dez. 2020.

nistrativas por vezes *conjugadas*, e não um Direito Administrativo *uniforme*, somente com funções administrativas *isoladas*.

Entretanto, em uma breve análise crítica, se por um lado a utilização de funções administrativas *complementares* permite a ampliação de institutos jurídicos para contemplar direitos e garantias não atendidos pela função administrativa *principal*, evitando o apequenamento das potencialidades desses institutos, por outro lado a inclusão indiscriminada de funções administrativas *complementares* em todo e qualquer instituto administrativo pode ensejar *desvio de finalidade* e *efeitos colaterais negativos*.

Com efeito, a título demonstrativo, pense-se na função *regulatória*[69] ou *extraeconômica*[70] das licitações e contratações púbicas, na qual, nas palavras de Victor Aguiar de Carvalho, "a Administração acaba por combinar em algumas normas licitatórias duas distintas funções: a primeira, relativa à ordinária participação como adquirente ou contratante de bens, serviços ou obras; e a segunda, concernente à intervenção em mercados de seu interesse para tutelar determinadas finalidades públicas e valores constitucionalmente consagrados".[71] Como já vem advertindo a doutrina, embora o emprego das licitações e contratações públicas para a consecução de finalidades econômicas ou sociais satélites seja louvável, porquanto emancipadora do uso inteligente do poder de compra da Administração, tal desiderato não pode ser buscado ao sabor das emoções; ao contrário, a pretensão deve ser precedida de avaliação e fundamentação adequadas, por meio da ponderação dos valores constitucionais em jogo,[72] uma vez

69 A expressão foi originalmente cunhada por Marcos Juruena Villela Souto, que defendia a utilização das licitações e contratações púbicas para a "criação, promoção, preservação ou recriação do mercado como cenário adequado à livre concorrência" (SOUTO, 2005, p. 86).

70 Alexandre Santos de Aragão opta pela ideia de função extraeconômica das licitações e contratações púbicas (ARAGÃO, 2012, p. 324–328).

71 CARVALHO, 2017.

72 No que concerne à ponderação de normas constitucionais como critério de legitimação do emprego das licitações para o alcance de outras finalidades públicas, aponta Alexandre Santos de Aragão: "As funções extraeconômicas das licitações, especialmente aquelas consubstanciadas na criação de benefícios ou preferências para certos grupos sociais, deverão sempre encontrar respaldo no sistema constitucional e deverão resistir à análise da sua compatibilidade com os princípios da proporcionalidade e isonomia. [...] Há, assim, que haver uma ponderação razoável entre os objetivos econômicos e extraeconômicos das licitações, mantendo-se preponderância daqueles, que deve permanecer sendo o objetivo primordial

que "a implementação de outros valores constitucionais por meio da licitação não pode torná-la ineficiente e desvirtuada do seu objetivo".[73]

Nesse sentido, retornando do exemplo das licitações e contratações públicas para o tema maior das *funções administrativas*, é imprescindível que a tentativa de inserção de funções administrativas *complementares* em institutos jurídicos seja objeto de prévia análise de impacto e de motivação formal, tanto pelo legislador, quanto pelo aplicador do Direito, de sorte a que sejam expostas criticamente as *externalidades positivas* e *negativas*, *econômicas* e *sociais*,[74][75] da medida intentada, a fim de afastar criações ou aplicações que, sob a boa intenção de salvaguardar direitos, possam vir a resultar no desvio de rota dessas funções enquanto ferramentas para ações estratégicas justas do Poder Público, cujas possibilidades e limites devem sempre estar em harmonia com a Constituição Federal.

SÍNTESE CONCLUSIVA

O clássico tema das *funções administrativas* merece um novo enfoque diante do Direito Administrativo contemporâneo.

(apesar de não necessariamente o único) das licitações" (ARAGÃO, Idem, p. 326–327).

73 As palavras são de Flávio Amaral Garcia e Leonardo Coelho Ribeiro, que assim complementam: "Em outras palavras, a pretexto dessa nova função regulatória, não se pode partir de uma equivocada premissa de que a licitação é a solução de todos os males." (GARCIA; RIBEIRO, 2012).

74 Quanto aos deveres de prévia análise de impacto e de motivação sobre a função regulatória das licitações e contratações públicas, mas que é plenamente extensível à utilização de funções administrativas complementares em geral, assim ressalta Rafael Véras de Freitas em artigo de opinião: "Daí a razão pela qual tais restrições, embora possam servir a tutelar valores relevantes, alheios às contratações públicas, não prescindem da devida motivação e de uma análise dos seus impactos, seja ao interno da contratação pública, seja para além das nossas fronteiras. Do contrário, essa regulação, ao invés de corrigir uma falha de mercado, criará uma falha de governo (ou Falha Regulatória). Valendo-me de uma expressão de Cass Sustein, um badalado autor de regulação da atualidade, um "paradoxo da função regulatória das licitações" (FREITAS, 2018).

75 Com o advento da Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019), é factível se pensar nos deveres de prévia análise de impacto e de motivação como corolários da vedação ao abuso do poder regulatório (art. 4º) e do dever de análise de impacto regulatório (art. 5º), quando da edição e alteração de atos normativos que tratem de funções administrativas de natureza econômica.

Entendem-se como *funções administrativas* as *funções-atividade* típicas do Poder Executivo — e atípicas do Legislativo e Judiciário — de instrumentalizar a persecução das *funções-tarefa* previstas em lei e na Constituição Federal, por meio das atividades de *serviços públicos*, de *polícia*, de *fomento* e de *regulação*.

São características marcantes das *funções administrativas* no Direito Administrativo moderno sua *centralidade* e sua *complementaridade.*

A *centralidade* das *funções administrativas* reside no ganho de protagonismo do aspecto *funcional* da disciplina sobre o aspecto *orgânico*, com o reconhecimento de que a Administração Pública, como estrutura orgânica, não é um fim em si mesmo; ao contrário, seu viés arquitetônico somente prova sua razão de ser enquanto meio para o exercício da *função administrativa*, esta sim atividade finalística do Poder Público.

Já a *complementaridade* das funções administrativas exsurge da percepção de que para a efetivação de direitos e garantias, por natureza *plurais*, previstos na Constituição Federal, o Estado se vale por vezes de institutos jurídicos nos quais mais de uma função administrativa é utilizada. Assim, a fim de evitar o amesquinhamento das potencialidades desses institutos, devem o legislador e o jurista, quando da sua conformação e interpretação, compreender que as funções administrativas podem ser formatadas de maneira *multiforme* e *conjugada*, não se restringindo a modelos *uniformes* e *isolados*. Nada obstante, isso não quer dizer que exista um salvo-conduto para a inclusão indiscriminada de funções administrativas *complementares* em todo e qualquer instituto administrativo. Em verdade, a ponderação dos valores constitucionais em jogo deve nortear a modelagem das funções no Direito Administrativo atual, devendo tanto o legislador quanto o aplicador do Direito aquilatarem, por meio de prévia análise de impacto e de motivação formal, as *externalidades positivas* e *negativas*, *econômicas* e *sociais*, do emprego de funções administrativas *complementares*, a fim de impedir criações ou aplicações que, apesar de bem intencionadas, possam vir a resultar no desvirtuamento das funções enquanto ferramentas para ações programadas de real valor público. Em uma ideia: a Constituição Federal deve ser a fita métrica das funções administrativas em nosso Direito Administrativo contemporâneo.

REFERÊNCIAS

AGUSTÍN GORDILLO. **Tratado de Derecho Administrativo**. 4. ed. Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1997. t. 1.

ALLEGRETTI, Umberto. **Amministrazione pubblica e costituzione**. Padova: CEDAM, 1996.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teorias Pluralistas das Fontes do Direito: Lex Mercatoria, Ordenamentos Setoriais, Subsistemas, Microssistemas Jurídicos e Redes Normativas. *In*: SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo:** estudos em homenagem a Francisco Mauro Dias. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação:** transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função:** novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007.

CARVALHO, Victor Aguiar de. A função regulatória da licitação como instrumento de promoção da concorrência e de outras finalidades públicas. *In:* **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 16, n. 186, ago. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 30. ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA DA PUC/SP. **Tomo Direito Administrativo e Constitucional**, Edição 1, abr. 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/14/edicao-1/conceito-de-direito-administrativo. Acesso em: 3 maio 2020.

ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado:** contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1999.

FREITAS, Rafael Véras de. A função regulatória das licitações em projetos de infraestrutura: quanto custa? **Direito do Estado**, n. 386, 8 mar. 2018. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Rafael-Veras/a-funcao-regulatoria-das-licitacoes-em-projetos-de-infraestrutura-quanto-custa. Acesso em: 23 dez. 2020.

GARCIA, Flávio Amaral. A Mutabilidade nos Contratos de Concessão no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 260, jan. 2012. Disponível em: http://hdl.handle.net/10316/90629. Acesso em: 16 dez. 2020.

HAURIOU, Maurice. **Précis Élémentaire de Droit Administratif**. Imprenta: Paris, Recueil Sirey, 1938.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

KLEIN, Aline Alícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Tratado de Direito Administrativo:** Funções Administrativas do Estado. Coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro. V. 4, 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019 [livro eletrônico].

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emannuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. atualizada até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015, São Paulo: Malheiros, 2016.

MIRANDA, Jorge. Funções do Estado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 189, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Direito Administrativo no século XXI**. Belo Horizonte: Forum, 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno:** legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann. Concessões de serviços públicos e *project finance*. **ReDAE**, n. 23, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público:** inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral). São Paulo: Malheiros, 2010.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. **O Direito Administrativo como "Caixa de Ferramentas":** uma nova abordagem da ação pública. São Paulo: Malheiros, 2017.

RIVERO, Jean. ***Droit administratif***. 13. ed. Imprenta: Paris, Dalloz, 1990.

SORRENTINO, Giancarlo. ***Diritti e partecipazione nell'amministrazione di risultato***. Napoli: Editoriale Scientifica, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

THALER, R. H.; SUNSTEIN, C. R. ***Nudge*:** improving decisions about health, wealth, and happiness. Rev. and expandeded ed. New York: Penguin Books, 2009.

A ATUAÇÃO DO GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA SOBRE OS LIMITES DA LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO NA FASE INICIAL DA PANDEMIA DA COVID-19

Hortência Araujo Faria Bonfim[76]
Jaqueline Araújo Cardoso Reis[77]
Bárbara Moraes Mendes da Silva[78]

INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisou as medidas adotadas pelo Governo do estado da Bahia, no que tange à restrição de locomoção dos indivíduos em território baiano na fase inicial da pandemia provocada pelo coronavírus. Aqui, faz-se importante salientar que o objetivo da pesquisa não é de cunho partidário; buscou-se, apenas, apresentar possíveis respostas às

76 Advogada, Bel. em Direito pela UNIRB, Especialista em Direito do Consumidor pela Faculdade IBRA.

77 Advogada, Bel. em Direito pela UNIRB, MAB em Licitações e Contratos pela FAEL; Especialista em Prática previdenciária pela Especcial Jus/Verbo Jurídico; Especialista em Direito Público pela LEGALE; pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela LEGALE; e pós-graduanda em Resolução de Conflitos e Processo Civil pela Unifacs.

78 Advogada, Bel. em Direito pela UNIRB, Especialista em Direitos Humanos e a Diversidade Socioeconômica pela Faculdade IBRA; pós-graduanda em Direito Público pela LEGALE.

inquietações relacionadas à legalidade da supressão dos direitos constitucionais fundamentais dos cidadãos.

Nesse cenário, é imperioso recordar a evolução dos direitos e deveres fundamentais no decorrer das constituições brasileiras, observando que as ideias e contextos de cada período permitiram que essas previsões constitucionais fossem agregadas e ampliadas de maneira a proteger os cidadãos, especialmente como as conhecemos atualmente.

Noutro giro, ocorre que em determinados momentos da história surgem situações que causam grande abalo na comunidade mundial, como é caso de uma pandemia. Eis que então nos deparamos com circunstâncias que vão de encontro com as previsões constitucionais, como é o caso das medidas adotadas pelos governos federal, estadual e municipal para combater a Covid-19.

Além disso, insta salientar que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é de extrema relevância na relativização de qualquer direito fundamental, tendo em vista que a Administração Pública deve sempre zelar pelo bem comum, considerando os direitos e garantias individuais que estão previstos na Constituição.

Logo, para a construção da referida pesquisa, abordou-se o método de pesquisa hermenêutico, em função do estudo ter partido de referencial bibliográfico. Por conseguinte, como bem assegura Severo (2000), pode-se dizer que a pesquisa se caracteriza por ser um agrupamento de procedimentos que seguem um sistema, que é pautado em um raciocínio lógico que possibilite a apresentação de soluções para a problemática, por meio da aplicação dos métodos científicos.

Nesse contexto, é o modo mais eficiente na seleção de argumentos que são de grande importância à construção de um trabalho científico. Por se tratar de uma pesquisa bibliográfica e, dessa forma, ter o intuito de discutir e interpretar o tema apresentado, esse estudo fará uso de diversos doutrinadores que tratam sobre o direito de locomoção em tempos de pandemia. Portanto, o presente trabalho objetiva demonstrar a relativização da liberdade de locomoção, analisar a importância do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no exercício da Administração Pública e analisar as medidas restritivas de locomoção adotadas pelo Governo do estado da Bahia que visaram impedir a propagação da Covid-19.

1. O CONTEXTO HISTÓRICO DO DIREITO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO

A locomoção é uma das formas mais antigas que o homem utiliza para garantir sua sobrevivência, sendo por meio dela criadas as sociedades e cidades, etc. Também foi, e ainda é, uma forma de reação às atitudes arbitrárias de governos absolutistas e ditatoriais. Ocorre que, por mais importante que seja sua existência, é preciso verificar que o direito de locomoção não pode ser considerado absoluto quando existe uma ameaça. Nesse contexto, a pandemia da Covid-19, que assola o mundo, trouxe a discussão do limite ao direito de locomoção. No que tange à previsão desse direito, a Constituição Brasileira traz em seus artigos inúmeros direitos fundamentais, dentre eles o direito à liberdade de locomoção (art. 5º, XV)[79].

Para que hoje qualquer pessoa, não somente no Brasil, mas em outros países ao redor do mundo, possa usufruir de tal direito, lutas foram travadas e conquistas tiveram de ser alcançadas para que o mundo caminhasse livre. Assim, durante a monarquia do Rei inglês João sem Terra, de 6 de abril de 1199 até 19 de outubro de 1216, foi assinado um dos documentos mais importantes do ocidente, A Carta Magna da Inglaterra, datada de junho de 1215, sendo o primeiro documento de restrição ao poder dos monarcas que se tem conhecimento na história, e que também trouxe inúmeros direitos que são utilizados até hoje, mesmo quando são alterados de forma a se adequarem às mudanças sociais. Na referida Carta Magna havia a forma inicial do que hoje se conhece como liberdade de locomoção:

> Os mercadores terão plena liberdade para sair e entrar na Inglaterra, e para nela residir e a percorrer tanto por terra como por mar, comparando e vendendo quaisquer coisas, de acordo com os costumes antigos e consagrados, e sem terem de pagar tributos injustos, exceto em tempo de guerra ou quando pertencerem a alguma

79 "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XV — e livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;"

> nação em guerra contra nós. E, se no começo da guerra, houver mercadores no nosso país, eles ficarão presos, embora sem dano para os seus corpos e os seus bens, até ser conhecida por nós ou pelas nossas autoridades judiciais, como são tratados os nossos mercadores na nação em guerra conosco; e, se os nossos não correrem perigo, também os outros não correrão perigo.
>
> Daqui para diante será lícito a qualquer pessoa sair do reino e a ele voltar, em paz e segurança, por terra e por mar, sem prejuízo do dever de fidelidade para conosco; excetuam-se as situações de tempo de guerra, em que tal direito poderá ser restringido, por um curto período, para o bem geral do reino, e ainda prisioneiros e criminosos, à face da lei do país, e pessoas de países em guerra conosco e mercadores, sendo estes tratados conforme acima prescrevemos.

Outro grande documento que garante o direito à locomoção é a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), assinada em 10 de dezembro de 1948, que assegura e aplica direitos e deveres a todos os seres humanos, sem distinção de qualquer forma, sendo uma fonte para ações governamentais e a criação de leis dentro dos países signatários. O documento, em seu artigo 13, assegura não somente a locomoção interna dentro do seu país de origem, mas também o direito de sair ou regressar a este.

Os eventos supracitados foram de grande influência para que documentos futuros fossem criados e viessem a assegurar direitos fundamentais sem restrição de qualquer natureza, a fim de garantir uma sociedade mais democrática e humana. No Brasil, a Constituição de 1824, em seu art. 178, trouxe o marco inicial da implementação dos primeiros sinais do direito de locomoção no nosso ordenamento jurídico, mesmo que de forma substancial.

Na terceira, a de 1934, e na quarta, de 1937, as Constituições Brasileiras trouxeram de forma mais aberta esse direito; todavia, este só durou até 1942, quando Getúlio Vargas decretou estado de guerra no país. A Constituição de 1946 tratou o assunto de forma mais ampla, garantindo esse direito até para os estrangeiros que estivessem circulando no país, dentro dos limites da própria lei, nos termos do art. 142: "Em tempo de paz, qualquer pessoa poderá com os seus bens entrar no território nacional, nele permanecer ou dele sair, respeitados os preceitos da lei".

Enquanto perdurou o regime militar no país, de 1º de abril de 1964 até 15 de março de 1985, o direito de locomoção sofreu várias restrições, principalmente com o Ato Institucional Número Cinco (AI-5) de 1968, que passou a proibir manifestações, suspender direitos políticos, vetar o *habeas corpus* para crimes políticos e instalou a censura militar, dentre outras questões em desfavor dos direitos fundamentais e dos direitos humanos.

Após o fim dessa época desumana na história do Brasil, a Constituição de 1988, em seu art. 5º, inciso XV, como já citado, trouxe à tona o direito de locomoção de forma mais ampla, garantido-o como um direito fundamental. Tal direito é classificado como de primeira dimensão, é visto como uma obrigação de não intervir do Estado, visando à autonomia intrínseca dos indivíduos e evitando abusos de poder. Mas nem sempre os direitos fundamentais foram absolutos, já que existiram momentos em que, mesmo no Estado Democrático, para se assegurar os próprios direitos fundamentais, estes acabaram por ser suprimidos. São exemplos dessa supressão o estado de defesa e o estado de sítio, respectivamente expressos nos artigos 136 e 137 da CF/88.

A liberdade de locomoção é fundamental para que indivíduos se desloquem no território nacional, porém, não se trata de um direito absoluto. É preciso que seja observado o princípio da ponderação, para que as restrições necessárias sejam tomadas dentro das determinações previstas na CF/88, de modo a delimitar qualquer ação por parte do Poder Público; a fim de que, assim, a relativização desses direitos não ocorra de forma a menosprezar a própria existência do indivíduo enquanto cidadão detentor de direitos e garantias fundamentais inerentes a sua condição humana, nos termos da lei, como preceitua o texto constitucional.

2. A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO

Os princípios são considerados como os orientadores indispensáveis da ação do Poder Público e podem ser identificados na CF/88, seja de forma implícita ou explícita. Além disso, existem outros dispositivos legais que abordam esses fundamentos, e, seguindo esta linha, é relevante expor os ensinamentos de Alexandrino (2017, p. 226):

> Em muitos casos, eles são meras reproduções ou desdobramentos de princípios constitucionais expressos; em outros, são decorrências lógicas das disposições constitucionais concernentes à atuação dos órgãos, entidades e agentes administrativos.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado — também conhecido como princípio da finalidade pública — é implícito, visto que não existe menção sobre ele na Constituição. Porém, tendo em vista que o Estado é democrático e o sistema de governo é representativo, entende-se que todos os atos praticados pelo Poder Público visam o interesse público, e a sua compreensão resulta da análise da Carta Magna. Mesmo que não haja um dispositivo legal que verse, diretamente, sobre o princípio em comento, ele pode ser observado no art. 5º, incisos XXIV e XXV da CF/88, os quais tratam acerca dos institutos da desapropriação e da requisição, que são cumprimentos efetivos da supremacia do interesse público sobre o privado. É importante mencionar que existem outras prerrogativas, como podem ser vistos alguns exemplos nos ensinamentos de Carvalho (2019, p. 62–63):

- A Administração Pública pode revogar seus próprios atos, quando inoportunos ou inconvenientes — o que se denomina autotutela —, se garantidos os direitos adquiridos, ensejando, todavia, a alteração de relações jurídicas já constituídas.
- A autoexecutoriedade e a coercibilidade, assim como a presunção de legitimidade dos atos administrativos.
- Poder de Polícia do Estado [...], justificando a prerrogativa de limitar os direitos e garantias individuais na busca do interesse da coletividade.

Como a Administração Pública visa o interesse público, ela tem o poder de designar particulares por meio de atos unilaterais, como ensina Mello (2014, p. 99–100):

> Tais atos são imperativos como quaisquer atos do Estado. Demais disso, trazem consigo a decorrente exigibilidade, traduzida na previsão legal de sanções ou providências indiretas que induzam o administrado a acatá-los. Bastas vezes ensejam, ainda, que a própria

> Administração possa, por si mesma, executar a pretensão traduzida no ato, sem necessidade de recorrer previamente às vias judiciais para obtê-la. É a chamada autoexecutoriedade dos atos administrativos. Esta, contudo, não ocorre sempre, mas apenas nas seguintes duas hipóteses: a) quando a lei expressamente preveja tal comportamento; b) quando a providência for urgente ao ponto de demandá-la de imediato, por não haver outra via de igual eficácia e existir sério risco de perecimento do interesse público se não for adotada.

Nesse sentido, é importante frisar que "o interesse público prevalente é extraído da ordem jurídica em cada caso concreto" (MEIRELLES, 2016, p. 113), por isso os autores deparam-se com dificuldades para conceituá-lo. Logo, o Estado, ao se deparar com conflitos entre o interesse público e o interesse particular, deve priorizar aquele, para isso exista a necessidade de avaliação da relativização para que não ocorram desrespeitos aos direitos e garantias.

Esse entendimento possui respaldo na legislação federal. Dessa forma, fica claro que a Administração Pública sempre deve estar vinculada à procura e efetivação do interesse público, caso isso não ocorra, a conduta estatal sofrerá Desvio de Finalidade, o que o Direito não resguarda. Tendo em vista que não existe direito absoluto, a supremacia do interesse público tem limites, uma vez que "está adstrito aos princípios constitucionais que determinam a forma e os limites de sua atuação, como o princípio do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da proporcionalidade, dentre outros." (ALEXANDRINO, 2017, p. 227).

O princípio da proporcionalidade é de extrema importância no exercício da Administração Pública no que diz respeito à busca do equilíbrio entre os meios e os fins que são necessários para alcançar o efetivo exercício do bem comum almejado para a sociedade. Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes, ao explicar o seu voto no julgamento do "*Caso Ellwanger*", afirmou que: "[...] *o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos"* (HC 82.424, j. 17.09.03).

Assim, é importante observar que, ao atravessar momentos da história mundial e brasileira, a supremacia do interesse público sobre o privado foi

reconsiderada para resguardar o bem-estar coletivo, o que permite a reflexão no que tange ao contexto da pandemia da Covid-19, na qual a relativização dos direitos apresenta-se como uma balança para a promoção de medidas de combate, como por meio da supressão do próprio direito de locomoção.

3. A PANDEMIA E AS MEDIDAS RESTRITIVAS DE LOCOMOÇÃO ADOTADAS PELO GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA

Os primeiros relatos de surgimento do coronavírus (2019-nCoV) se deram na cidade chinesa de Wuhan, no final de dezembro de 2019, sendo a Organização Mundial da Saúde (OMS) comunicada sobre o fato de várias pessoas apresentarem uma espécie de infecção respiratória, do tipo pneumonia, primeiro naquela localidade e posteriormente na região circunvizinha. Desse modo, assim como a explosão de casos se deu em vários países do mundo, o Brasil também foi atingido pela pandemia com um consequente alastramento e crescimento dos casos em vários estados numa rápida velocidade.

Consoante as informações divulgadas pela Secretaria de Comunicação do Estado da Bahia, com o surgimento dos primeiros casos suspeitos e confirmados, o Governo passou a adotar medidas com o intuito de frear a disseminação do vírus no território baiano, iniciando a elaboração e publicação de leis e decretos, como, por exemplo, o Decreto nº 19.528, de 17 de março de 2020, que passou a instituir no âmbito do poder executivo estadual o trabalho remoto para servidores acima de 60 anos, gestantes, pessoas com algum tipo de doença respiratória ou crônica e que utilizassem medicamentos imunossupressores, consoante apresentação de relatório médico.

Nesse contexto também foi publicado no mesmo dia o primeiro decreto estabelecendo medidas restritivas nas cidades de Salvador, Feira de Santana, Porto Seguro e Prado, locais em que já se contabilizavam os primeiros casos confirmados do vírus. O Decreto nº 19.529/20 abordou a suspensão de atividades de vários gêneros, explicitados a seguir:

> **Art. 1º** — Este Decreto dispõe sobre medidas temporárias a serem adotadas, no âmbito do Estado da Bahia, para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus. [...]

> **Art. 7º** — Em função dos casos confirmados de coronavírus nos Municípios de Salvador, Feira de Santana, Porto Seguro e Prado, ficam suspensos, pelo período de 30 (trinta) dias: Redação de acordo com o decreto 19.532 de 17 de março de 2020 Redação original:
>
> **I** — os eventos e atividades com a presença de público superior a 50 (cinquenta) pessoas, ainda que previamente autorizados, que envolvem aglomeração de pessoas, tais como: eventos desportivos, religiosos, shows, feiras, circos, eventos científicos, passeatas e afins, bem como aulas em academias de dança e ginástica;
>
> **II** — as atividades letivas, nas unidades de ensino, públicas e particulares, a serem compensadas nos dias reservados para os recessos futuros;
>
> **III** — a abertura e funcionamento de zoológicos, museus, teatros e afins. Parágrafo único — Os jogos de campeonatos de futebol, profissionais e não profissionais, deverão ocorrer sem a participação de público ou torcida. [...]
>
> **Art. 11** — As entidades da Administração Pública Estadual responsáveis pela administração de porto organizado deverão suspender as operações de atracação de cruzeiros e outras embarcações de passageiros de grande porte, nos termos dos incisos VIII e X do § 1º do art. 17 da Lei Federal nº 12.815, de 05 de junho de 2013.
>
> **Art. 12** — Ficam suspensas as viagens de servidores estaduais a serviço do Governo do Estado da Bahia para o exterior ou o deslocamento no território nacional para áreas de evidências de infecção comunitária sustentável.
>
> **Art. 13** — As reuniões e atendimentos presenciais poderão, sempre que possível, ser substituídos por meio de comunicação eletrônica ou remota. [...]

Assim, notam-se as primeiras medidas de suspensão momentânea ao direito de reuniões, realização de eventos, o funcionamento de academias, estabelecimentos escolares da rede pública e privada etc., nas cidades mencionadas pelo decreto supracitado, já que as demais regiões do

país demonstraram um perigoso alerta ao governo baiano. Porém, com o avanço do vírus no estado, essas medidas restritivas foram estendidas para todo o território baiano, já que a propagação da doença trouxe a necessidade de declaração da situação de emergência na Bahia. Conforme o Decreto nº 19.549/20, que estabeleceu, *in verbis*:

> **Art. 1º** — Fica declarada Situação de Emergência em todo o território baiano, em virtude do desastre classificado e codificado como Doença Infecciosa Viral — COBRADE 1.5.1.1.0, conforme Instrução Normativa do Ministério da Integração Nacional nº 02, de 20 de dezembro de 2016, para fins de prevenção e enfrentamento à COVID-19. [...]
>
> **Art. 4º** — Fica estendido a todos os Municípios do Estado da Bahia o disposto no art. 7º do Decreto nº 19.529, de 16 de março de 2020.
>
> **Art. 5º** — Ficam suspensas, pelo período de 10 (dez) dias, a partir da primeira hora do dia 20 de março de 2020, a circulação e a saída, e, a partir da nona hora do dia 20 de março de 2020, a chegada:
>
> **I** — de qualquer transporte coletivo intermunicipal, público e privado, rodoviário e hidroviário, nas modalidades regular, fretamento, complementar, alternativo e de vans, nos Municípios de Salvador, Feira de Santana, Porto Seguro, Prado, Lauro de Freitas, Simões Filho, Vera Cruz e Itaparica;
>
> **II** — de ônibus interestaduais, no território do Estado da Bahia.
>
> **§ 1º** — Fica excepcionada a circulação de transportes rodoviários e hidroviários, públicos ou particulares, para deslocamento de trabalhadores, residentes nas Regiões Metropolitanas de Salvador e Feira de Santana ou em locais próximos aos Municípios de Porto Seguro e Prado, desde que conduzidos para o exercício de atividade profissional. [...]
>
> **Art. 6º** — Ficam suspensos, a partir de 23 de março de 2020, os atendimentos presenciais do Serviço de Atendimento ao Cidadão - SAC nos Municípios de Salvador, Feira de Santana, Porto Seguro, Prado, Lauro de Freitas e Simões Filho.

> **Art. 7º** — A Polícia Militar da Bahia - PMBA e a AGERBA realizarão a fiscalização do quanto disposto no art. 5º deste Decreto, com eventual apoio das Guardas Municipais.
>
> **Parágrafo único** — O descumprimento de suspensão prevista no art. 5º deste Decreto importará na apreensão imediata do veículo de transporte, público ou particular, sem prejuízo do ajuizamento de ações penais e cíveis, bem como da aplicação de sanções administrativas. [...]
>
> **Art. 10** — Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação e produzirá efeitos enquanto perdurar o estado de emergência em saúde causado pelo coronavírus, previsto na Lei Federal nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020.

Logo, outros decretos trouxeram a ampliação da determinação de suspensão da circulação, saída e chegada de qualquer transporte coletivo intermunicipal, público e privado, rodoviário e hidroviário, das modalidades regular, fretamento, complementar, alternativo e de vans, nas cidades com casos confirmados do vírus no intervalo de 15 dias, conforme o Decreto nº 19.550, de 19 de março de 2020, que destaca:

> **Art. 1º** — Ficam suspensas, pelo período de 10 (dez) dias, a partir da primeira hora do dia 21 de março de 2020, a circulação e a saída, e, a partir da nona hora do dia 21 de março de 2020, a chegada de qualquer transporte coletivo intermunicipal, público e privado, rodoviário e hidroviário, nas modalidades regular, fretamento, complementar, alternativo e de vans, nos Municípios de Ilhéus, Itabuna e Itacaré.
>
> **§ 1º** — Fica excepcionada a circulação de transportes rodoviários e hidroviários, públicos ou particulares, para deslocamento de trabalhadores, residentes em locais próximos aos Municípios de Ilhéus, Itabuna e Itacaré, desde que conduzidos para o exercício de atividade profissional. [...]
>
> **Art. 3º** — A Polícia Militar da Bahia — PMBA e a AGERBA realizarão a fiscalização do quanto disposto no art. 1º deste Decreto, com eventual apoio das Guardas Municipais.

> **Parágrafo único** — O descumprimento de suspensão prevista no art. 1º deste Decreto importará na apreensão imediata do veículo de transporte, público ou particular, sem prejuízo do ajuizamento de ações penais e cíveis, bem como da aplicação de sanções administrativas. [...]

Nesse sentido, o governo do estado editou diversos decretos no ano de 2020. Todos trouxeram restrição da circulação dos transportes em diversos municípios baianos com casos de coronavírus, até que o Decreto nº 19.586, de 27 de março de 2020, estabeleceu:

> **Art. 1º** — Fica ratificada a declaração de Situação de Emergência em todo o território baiano, em virtude do desastre classificado e codificado como Doença Infecciosa Viral — COBRADE 1.5.1.1.0, conforme Instrução Normativa do Ministério da Integração Nacional nº 02, de 20 de dezembro de 2016, para fins de prevenção e enfrentamento à COVID-19. [...].
>
> **Art. 9º** — Ficam suspensos, em todo território do Estado da Bahia, pelo período de 30 (trinta) dias, contados a partir de 17 de março de 2020:
>
> **I** — os eventos e atividades com a presença de público superior a 50 (cinquenta) pessoas, ainda que previamente autorizados, que envolvem aglomeração de pessoas, tais como: eventos desportivos, religiosos, shows, feiras, circos, eventos científicos, passeatas e afins, bem como aulas em academias de dança e ginástica;
>
> **II** — as atividades letivas, nas unidades de ensino, públicas e particulares, a serem compensadas nos dias reservados para os recessos futuros;
>
> **III** — a abertura e funcionamento de zoológicos, museus, teatros e afins. Parágrafo único — Os jogos de campeonatos de futebol, profissionais e não profissionais, também estão suspensos. [...]
>
> **Art. 11** — Ficam suspensas, até o dia 05 de abril de 2020, a circulação, a saída e a chegada de qualquer transporte coletivo intermunicipal, público e privado, rodoviário e hidroviário, nas modalida-

> des regular, fretamento, complementar, alternativo e de vans, nos Municípios constantes do Anexo Único deste Decreto.
>
> **§ 1º** — Fica excepcionada a circulação de transportes rodoviários e hidroviários, públicos ou particulares, para deslocamento de trabalhadores, residentes nas Regiões Metropolitanas de Salvador e Feira de Santana ou em locais próximos aos Municípios constantes do Anexo Único deste Decreto, desde que conduzidos para o exercício de atividade profissional. [...]
>
> **Art. 12** — Ficam suspensas, até o dia 05 de abril de 2020, a circulação, a saída e a chegada de ônibus interestaduais, no território do Estado da Bahia. [...]

Por sua vez, o Decreto nº 19.669, de 30 de abril de 2020, trouxe a prorrogação das medidas delineadas no Decreto nº 19.586/20. Logo, a tomada de medidas por parte do governo estadual demonstrou a preocupação do estado em relação ao combate do coronavírus, com o objetivo de reduzir a propagação do vírus nos municípios baianos. Outra medida que impactou no direito de locomoção dos cidadãos baianos foi a determinação do toque de recolher, inicialmente no interior do estado, por meio do Decreto nº 19.688, de 11 de maio de 2020.

O governo estadual continuou ampliando a restrição da locomoção noturna no município de Jequié, conforme o Decreto nº 19.691, de 13 de maio de 2020. Posteriormente, o Decreto nº 19.750/20 acrescentou mais cidades do interior baiano ao Decreto nº 19.736/20:

> **Art. 1º** — Os arts. 1º e 2º do Decreto nº 19.736, de 02 junho de 2020, passam a vigorar com as seguintes redações: "Art. 1º — Fica determinada a restrição de locomoção noturna, vedados a qualquer indivíduo a permanência e o trânsito em vias, equipamentos, locais e praças públicas, das 18h às 05h, até 15 de junho de 2020, nos Municípios de Alcobaça, Belmonte, Caravelas, Eunápolis, Guaratinga, Ibirapuã, Itabela, Itamaraju, Itanhém, Itapebi, Lajedão, Medeiros Neto, Mucuri, Nova Viçosa, Porto Seguro, Prado, Santa Cruz Cabrália, Teixeira de Freitas e Vereda, em conformidade com as condições estabelecidas no respectivo Decreto Municipal. ..... (NR)

> "**Art. 2º** — Fica autorizado, fora do horário estipulado no art. 1º deste Decreto, somente o funcionamento dos serviços essenciais, em especial as atividades relacionadas ao enfrentamento da pandemia, o transporte e o serviço de entrega de medicamentos e demais insumos necessários para manutenção das atividades de saúde, as obras em hospitais e a construção de unidades de saúde, nos Municípios de Alcobaça, Belmonte, Caravelas, Eunápolis, Guaratinga, Ibirapuã, Itabela, Itamaraju, Itanhém, Itapebi, Lajedão, Medeiros Neto, Mucuri, Nova Viçosa, Porto Seguro, Prado, Santa Cruz Cabrália, Teixeira de Freitas e Vereda, até 15 de junho de 2020.
>
> **§ 1º** — Para fins do disposto no *caput* deste artigo, consideramse essenciais as atividades de mercados, serviços de delivery, farmácias, unidades de saúde, serviços de segurança privada, serviços funerários, postos de combustíveis, indústrias, bancos, lotéricas e estabelecimentos voltados à alimentação e cuidado a animais." (NR) [...]

Em conjunto com a Assembleia Legislativa da Bahia o governo do estado estabeleceu a antecipação dos feriados de São João, 24 de junho, e Independência da Bahia, 2 de julho, para os dias 25 e 26 de maio. Tal medida foi adotada na capital e interior com o intuito de reduzir a propagação do vírus e abrandar a circulação da população, permitindo apenas o funcionamento dos serviços essenciais. Houve também a permissão de que cada governo municipal antecipasse seus feriados, caso entende-se necessário, diante da conveniência de limitação da circulação de pessoas.

Dentre outras medidas promovidas pelo governo estadual, destacam-se as campanhas de conscientização para que a população não realizasse aglomerações, viagens ou festas nos feriados e nos períodos festivos — como final de ano e carnaval, festas tradicionais no estado que não foram realizadas por conta da pandemia. Logo, é importante perceber que as ações do governo estadual aliadas às do âmbito municipal promoveram um retardo no avanço da pandemia no território baiano, evitando a superlotação e consequente uma crise no sistema público de saúde.

Como mencionado ao longo da pesquisa, a livre locomoção do cidadão não é um direito absoluto, especialmente no contexto mundial de pandemia: tal direito, diante da maior crise de saúde da história da humanidade, necessitou sofrer restrições, com o aval, inclusive, do Supre-

mo Tribunal Federal em diversas decisões em sede de ADI (ADIs 6341 e 6343) e ADO 56, nas quais reconheceu-se a autonomia dos governos municipais e estaduais em editarem medidas sanitárias a fim de conter o avanço do vírus.

O cenário demonstrou a relativização do direito à liberdade de locomoção no território baiano, mas é evidente que as decisões foram tomadas mediante a proporcionalidade frente aos direitos e garantias fundamentais, especialmente por serem direitos adquiridos e que não devem ser suprimidos de maneira arbitrária; entretanto, o contexto de uma pandemia apresenta outra realidade na qual o bem da vida deve ser preservado.

CONCLUSÕES

O presente estudo abordou os principais aspectos sobre as medidas restritivas do direito de ir e vir adotadas pelo Governo da Bahia no combate ao coronavírus. A adoção de tais medidas foram publicadas por meio de decretos e leis estaduais no intuito de frear a disseminação da Covid-19 no estado.

A locomoção é um direito garantido em inúmeras constituições ao redor do mundo e também nas constituições brasileiras ao longo de sua história — principalmente a CF/88 —, além de documentos de importância mundial, como a DUDH. Em todos estes documentos consta o registro de um avanço da ideia do direito de locomoção, até adquirir-se a concepção atual, uma garantia de liberdade e demonstração da individualidade do cidadão enquanto indivíduo integrante da sociedade.

Porém, para que a Administração Pública exerça o seu papel de proteger o direito da coletividade, é preciso respeitar, primeiro, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Dessa forma, as medidas tomadas pelo governo estadual tiveram como premissa o objetivo de conter o avanço do vírus.

Nesse sentido, é perceptível que as medidas adotadas pelo governo baiano não extrapolaram os limites constitucionais ao direito de locomoção dos indivíduos, tendo-se em vista que o intuito do Poder Público sempre foi o zelo pelo bem maior, a vida de todos os cidadãos. Portanto, os decretos implementando ações, com base em orientações fornecidas pela OMS, foram adequados pois tinham o objetivo de conter a disse-

minação da doença por meio da restrição momentânea da liberdade de locomoção.

É evidente que as medidas restritivas ao direito de locomoção não foram eternizadas, pois as pesquisas científicas avançaram na produção da vacina. Logo, foi necessário que a sociedade se conscientizasse da necessidade do isolamento social para que a pandemia não se alastrasse mais. Assim, quando países se deparam com questões de cunho comum, como uma pandemia ou guerra, o pensamento e ações de visão coletiva se sobressaem ao individual a fim de garantir a supremacia e a aplicabilidade desses direitos de forma adequada à realidade em questão, para que o coletivo não seja lesado.

REFERÊNCIAS

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

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Paris, dez. 1948. UNIC/Rio/005, jan. 2009. (DPI/876). Disponível em: https://nacoesunidas.org/pt-br/91601-declaracao--universal-dos-direitos-humanos. Acesso em: 11 jun. 2020.

BAHIA. **Decreto nº 19.528, de 16 de março de 2020**. Institui, no âmbito do Poder Executivo Estadual, o trabalho remoto, na forma que indica, e dá outras providências**.** Salvador, BA, mar 2020. Disponível em: https://www.sefaz.ba.gov.br/ scripts/cartadeservicos/pdf/decretono19528.pdf. Acesso em: 4 jun. 2021.

BAHIA. **Decreto nº 19.529, de 16 de março de 2020**. Regulamenta, no Estado da Bahia, as medidas temporárias para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Salvador, BA, mar 2020. Disponível em: http://www.pm.ba.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12925:normas-crise-do-coronavirus-covid-19&catid=2:publico&Itemid=306. Acesso em: 4 jun. 2021.

BAHIA. **Decreto nº 19.549, de 18 de março de 2020**. Declara Situação de Emergência em todo o território baiano, afetado por Doença Infecciosa Viral - COBRADE 1.5.1.1.0, conforme a Instrução Normativa do Ministério da Integração Nacional nº 02, de 20 de dezembro de 2016, para fins de prevenção e enfrentamento à COVID-19, e dá outras providências. Salvador, BA, mar 2020. Disponível em: http://www.pm.ba.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12925:normas-crise-do-coronavirus-covid-19&catid=2:publico&Itemid=306. Acesso em: 4 jun. 2021.

BAHIA. **Decreto nº 19.550, de 19 de março de 2020**. Dispõe sobre as medidas temporárias complementares para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, e dá outras providências. Salvador, BA, mar 2020. Disponível em: http://www.casacivil.ba.gov.br/arquivos/File/dec-19550de20032020.pdf. Acesso em: 4 jun. 2021.

BAHIA. **Decreto nº 19.586, de 27 de março de 2020**. Ratifica declaração de Situação de Emergência em todo o território baiano, para fins de prevenção e enfrentamento à COVID-19, e regulamenta, no Estado da Bahia, as medidas temporárias para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Salvador, BA, mar 2020. Disponível em: https://portal.uneb.br/prograd/wp-content/uploads/sites/63/2020/06/Decreto_Estadual_19.586___Ratifica_a_situacao_de_emergencia_COVID_19.pdf. Acesso em: 4 jun. 2021.

BAHIA. **Decreto nº 19.750, de 09 de junho de 2020**. Altera o Decreto nº 19.736, de 02 junho de 2020, na forma que indica e dá outras providências. Salvador, BA, mar 2020. Disponível em: http://www.casacivil.ba.gov.br/arquivos/File/DECN19750DE09JUNHO2020.pdf. Acesso em: 4 jun. 2021.

BRASIL. **Artigo 13: Direito à liberdade de movimento**. Brasil, BR, nov. 2018. Disponível em: https://nacoesunidas.org/pt-br/81748-artigo-13-direito-liberdade-de-movimento. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 18 DE SETEMBRO DE 1946)**. Rio de Janeiro,

RJ, 18 de setembro de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.

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

BRASIL. **Habeas Corpus nº 82.424.** Relator Gilmar Mendes. **Disponível em:** https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs. Acesso em: 9 jun. 2021.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

MAGNA CARTA (Magna Charta Libertatum). 1215. **Universidade de São Paulo — USP. BIBLIOTECA Virtual DE DIREITOS HUMANOS**. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html. Acesso em: 09 jun. 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15 de setembro de 2015. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SEVERO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 21. ed. ver. e ampl. São Paulo: Cortez Editora, 2000.

POLÍTICAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS ALINHADAS AO SISTEMA DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Camila Oliveira da Boa Morte[80]

INTRODUÇÃO

Atualmente, é imprescindível pensar no desenvolvimento sustentável da sociedade, buscando a atuação e implementação de ações que visem o cumprimento fidedigno da sustentabilidade. Nesse sentido, o Estado, enquanto promotor de diversas políticas públicas e atuante na conjuntura de grandes aquisições de insumos e serviços, torna-se ator importante da agenda da sustentabilidade brasileira, principalmente levando em considerações que as contratações públicas movimentam uma parcela da economia Brasileira e influenciam na relação entre o consumo, as práticas empresariais e o papel do poder público no incentivo às práticas sustentáveis.

Portanto, a licitação pública é o instrumento de aquisição governamental que busca, dentro dos princípios legais, a alternativa mais vantajosa e que antenda aos anseios da Administração Pública, que, como dito anteriormente, movimenta grande parcela do setor empresarial e dos grandes mercados, de modo que as práticas impostas pelo regramento das licitações podem alterar o ponto de vista do posicionamento empresarial

80 Gestora Pública, MBA em Gestão e Políticas Públicas Municipais, especialista em contabilidade pública e docente do ensino superior.

quanto ao desenvolvimento sustentável. Diante disso, fica evidente a importância das licitações para o alcance de políticas públicas sustentáveis na sociedade brasileira.

Contudo, os instrumentos jurídicos que norteiam as contratações públicas demonstram atenção quanto às questões sustentáveis, principalmente quando citados enquanto regramentos específicos. A lei 8.666/1993, por exemplo, traz em sua redação a promoção do desenvolvimento sustentável no âmbito das licitações, e a Lei 14.133/2021 traz o desenvolvimento sustentável enquanto princípio a ser seguido na aplicação da referida Lei de Licitações.

Diante do exposto, atrelar as contratações públicas ao desenvolvimento sustentável é colocar o Poder Público como responsável pela implementação de políticas públicas sustentáveis, promotor e executor de tais políticas, incentivando em grande escala outros atores ao consumo consciente — como empresas e cidadãos —, fazendo com que o desenvolvimento sustentável se torne uma prática mais acentuada na sociedade.

Portanto, o presente artigo propõe uma análise sobre a implementação de políticas públicas sustentáveis no âmbito das contratações públicas brasileiras, através dos instrumentos jurídicos de contratação atuais, a exemplo da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos) e a Lei 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos).

1. POLÍTICAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS E COMPRAS PÚBLICAS

Gomes e Teixeira (2018) deixam claro que um dos desafios mais urgentes da humanidade é a busca de medida justa e adequada que possibilite o avanço do desenvolvimento humano sem colocar em risco a qualidade do meio ambiente; ou seja, fica claro que o maior desafio da humanidade é a busca pelo desenvolvimento sustentável em diversas esferas. Logo, pensar em políticas públicas sustentáveis é concordar com a afirmação de que o Estado deve buscar o desenvolvimento sustentável da sociedade por meio de práticas que se tornem cada vez mais realistas. Logo, no âmbito das compras públicas, existem as licitações, que constituem o principal mecanismo de aquisição do governo e pode ser utilizado como ferramenta para o alcance da sustentabilidade.

A licitação é o caminho para a Administração pública adquirir produtos, insumos e serviços, sendo que para isso é necessário que a Administração siga regramentos específicos previstos e vinculados em Lei, que dispõe inclusive de princípios legais, previstos na lei 8.666/1993 e mais recentemente previstos na Lei 14.133/2021 (que substituirá a atual Lei de licitações e contratos (8.666/1993), após decorrido o prazo de 2 (dois) anos). Ambos instrumentos jurídicos norteadores das compras públicas prezam pelo alcance do desenvolvimento sustentável mediante as contratações públicas, como se pode inferir no disposto do artigo 3º da Lei 8.666/1993:

> Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (BRASIL, 1993).

O mesmo ocorre no disposto do aritgo 5º da Lei 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações):

> Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). (BRASIL, 2021).

Portanto, pensar na promoção do desenvolvimento sustentável alinhada às licitações públicas é entender o Estado enquanto promotor da

sustentabilidade, tendo em vista que o fomento econômico lançado no mundo empresarial, devido às licitações, bem como o quantitivo de contratações realizadas com as licitações públicas, podem possibilitar uma prática sustentável mais acentuada, se considerada de forma abrangente a adoção de compras e o consumo sustentável nas repartições públicas. Desse modo, ocorreria uma adequação das empresas ao fornecimento sustentável em grandes escalas, com influências no mundo empresarial e na sociedade como um todo. Para Silva (2020, p. 4):

> Nesse escopo, pode-se afirmar que a sustentabilidade nas contratações públicas busca satisfazer as necessidades do ente promotor da contratação, com isonomia e visando a proposta mais vantajosa ao interesse público e alcançar um equilíbrio entre os pilares da sustentabilidade, gerando, de forma direta ou indireta, benefícios à coletividade e minimizando impactos ao meio ambiente.
>
> Ainda que a sustentabilidade tenha alicerce constitucional, sendo princípio aplicável em diversas searas, a partir de 2010 os gestores públicos devem conferir prioridade a políticas públicas que visem garantir o atendimento às necessidades e bem-estar das presentes gerações, sem impedir a aferição desses mesmos benefícios às gerações futuras.

Portanto, diante deste contexto — do Estado enquanto idealizador e promotor de políticas públicas sustentáveis —, temos a compra pública, que poderá ser considerada um dos principais mecanismos de promoção do desenvolvimento sustentável pelo Poder Público, tendo em vista que se deve utilizar a licitação "não apenas para adquirir bens e serviços a um menor custo, mas para servir de instrumento para o atendimento de outras finalidades públicas definidas no ordenamento jurídico constitucional" (GARCIA; RIBEIRO, 2012, p.234). Nesse sentido, a licitação pública não é apenas uma ferramenta de aquisição do poder público, mas, de forma ampliada, é um instrumento de garantia de práticas benéficas para a sociedade, como por exemplo a garantia do desenvolvimento sustentável.

Considerando o alto custo para se obter produtos e serviços sustentáveis, é importante ressaltar que este é um dos grandes desafios que concerne ao poder público nas aquisições de insumos e serviços de forma

sustentável. Para Moura (2013), existem alguns obstáculos que precisam ser reconhecidos no universo das compras públicas sustentáveis, como a percepção dos maiores custos, as restrições à competitividade e as ofertas insuficientes nos processos licitatórios, além da falta de conhecimento do licitante sobre o meio ambiente. No entanto, Garcia e Ribeiro (2012) explicam que as licitações sustentáveis admitem que o Estado arque com um custo maior na aquisição de bens e serviços, porém, utilizando seu poder de compra para retornar ao mercado e implementar outros valores constitucionalmente previstos, a exemplo do desenvolvimento sustentável.

Conforme exposto, o gestor precisa encontrar o equilíbrio entre a economia e a aquisição sustentável. No entanto, para Garcia e Ribeiro (2012), buscar produtos sustentáveis e logicamente mais caros não quer dizer que o gestor está se descuidando da questão econômica da licitação, pois, com esta prática, ele está observando a economicidade atrelada a outros valores. O poder de compra da Administração pública fomenta o mercado de produtos sustentáveis, na busca por menores preços, conforme explicam Garcia e Ribeiro (2012, p. 235):

> Um exemplo permite compreender melhor a questão. O Estado pode, valendo-se de seu poder de compra e, considerando a existência de uma política pública de fomento à preservação ambiental e ao desenvolvimento sustentável, comprar papel reciclado em vez de papel branco para as repartições públicas, ainda que aquele seja comparativamente mais caro que este.Isso não exonera a administração de buscar — atendidos os princípios da competitividade e da isonomia — a obtenção do papel reciclado pelos menores preços possíveis. Assim, o que se tem é o Estado empregando o seu poder de compra de modo a promover valores que são caros à sociedade, como a preservação de um meio ambiente saudável para as gerações atuais e futuras (pacto intergeracional).

Além do fomento do mercado sustentável ocasionado pelo poder de compra do Poder Público, vale ressaltar que, embora os custos financeiros para as compras sustentáveis sejam elevados, ele é compensatório, tendo em vista que as práticas sustentáveis trazem mais economia de consumo para as repartições públicas, pois os preços menores trazem a possibilida-

de de produtos sem qualidade e prejudiciais inclusive ao meio ambiente, conforme ressaltam Lopes e Oliveira (2012, p. 6):

> Se os consumidores estiverem somente interessados em pagar o menor preço possível, a competição global entre empresas poderia conduzir a uma espiral descendente com condições cada vez piores de proteção da saúde, danos ambientais e qualidade do produto. De outro modo, se consumidores demandam produtos de alta qualidade e alto desempenho, produzidos sob circunstâncias justas e com impactos ambientais menores, a competição global será afetada positivamente, pois os fornecedores competirão com base na sustentabilidade, em oposição ao sistema tradicional, baseado em menor preço.

Logo, nesse aspecto, voltamos para o conceito de que as contratações públicas não são instrumentos momentâneos para serem pensados apenas no ato da aquisição, mas sim como ferramenta importante para reduzir os impactos ambientais, sendo benéficas e vantajosas tanto para a Administração Pública quando para o desenvolvimento sustentável da sociedade em geral.

Contudo, fica evidente que as contratações públicas sustentáveis devem ser encaradas como instrumento de implementação de políticas públicas sustentáveis e também como uma prática recorrente no mundo das compras públicas, principalmente considerando que os instrumentos jurídicos que norteiam as contratações do poder público ditam, por regra, o desenvolvimento sustentável como princípio para as aquisições governamentais.

1.1. COMPRAS SUSTENTÁVEIS E OS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DAS LICITAÇÕES

Os atuais instrumentos norteadores das contratações públicas dispõem sobre a adoção de medidas que busquem o desenvolvimento sustentável no âmbito das compras públicas e a preservação do meio ambiente. Nesse aspecto, podemos perceber tal regramento no art. 3º da Lei 8.666/1993, alterado pela Lei 12.349/2010, que traz a promoção do desenvolvimento

sustentável mediante a utilização deste instrumento jurídico — além do regime jurídico da Lei 8.666/1993.

A ideia de sustentabilidade surge de forma mais acentuada , no mundo das contratações públicas, no Regime Diferenciado de Contratação (Lei 12.462/2011), no qual o desenvolvimento sustentável aparece como princípio a ser seguido pelas licitações conduzidas pelo Regime Diferenciado de Contratações — RDC, conforme dispõe o artigo 3º da lei. Ainda no âmbito do RDC, a ideia de sustentabilidade se apresenta como um dos critérios para o estabelecimento de remuneração variável vinculada ao desempenho da empresa contratada, conforme dispõe o artigo 10º da lei 12.462/2011.

A Lei 14.133/2021 surge deixando em evidência que um dos objetivos do processo licitatório é incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável. Para Silva (2020):

> Ao transformar a finalidade da contratação pública da promoção do desenvolvimento nacional sustentável em um princípio o legislador elevou a sustentabilidade à categoria de "norma jurídica de caráter geral e elevada carga valorativa", apresentando, portanto, caráter vinculante, cogente ou obrigatório e consubstanciando-se na "mais elevada expressão do consenso social sobre os valores básicos a serem assegurados no Estado Democrático de Direito".
>
> Em outros termos, pode-se afirmar que houve uma evolução legislativa da aplicação do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações públicas, passando apenas de objetivo atrelado à vantajosidade da proposta e vinculado ao intervencionismo estatal de promoção de políticas públicas para também uma categoria principiológica, que apresenta contornos próprios aplicando-o em suas dimensões econômica, social e ambiental e criando autonomia normativa aplicável de forma ampla. (SILVA, 2020, p.7).

O advento da Lei 14.133/2021 trouxe a revogação dos artigos 1º até o 47-a da Lei 12.462/2011, a qual trata do Regime Diferenciado de Contratações; no entanto, deixou clara a ideia de sustentabilidade da mesma forma que era disposta no RDC, a exemplo do artigo 5º da Lei 14.133/2021, que trata o desenvolvimento sustentável como princípio a ser seguido pelas licitações regidas pela referida Lei, bem como, surge como objetivo

do procedimento licitatório o incentivo ao desenvolvimento sustentável. Conforme ocorre no RDC também ocorre na Lei 14.133/2021, conhecida como a "nova lei de licitações", no que tange ao incentivo do desenvolvimento sustentável na contratação de obras, fornecimentos e serviços, incluídos os serviços de engenharia, mediante a remuneração variável:

> Art. 144. Na contratação de obras, fornecimentos e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no edital de licitação e no contrato.
>
> § 1º O pagamento poderá ser ajustado em base percentual sobre o valor economizado em determinada despesa, quando o objeto do contrato visar à implantação de processo de racionalização, hipótese em que as despesas correrão à conta dos mesmos créditos orçamentários, na forma de regulamentação específica.
>
> § 2º A utilização de remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela Administração para a contratação. (BRASIL, 2021).

Além da promoção do desenvolvimentos sustentável, a Lei 14.133/2021 dispõe sobre regramentos específicos para a proteção ao meio ambiente, vinculados às compras públicas, a exemplo do que está demonstrado no regramento do artigo 45, que trata sobre normas específicas que as licitações de obras e serviços de engenharia deverão respeitar:

> Art. 45. As licitações de obras e serviços de engenharia devem respeitar, especialmente, as normas relativas a:
>
> I — disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;
>
> II — mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;
>
> III — utilização de produtos, de equipamentos e de serviços que, comprovadamente, favoreçam a redução do consumo de energia e de recursos naturais;

> IV — avaliação de impacto de vizinhança, na forma da legislação urbanística;
>
> V — proteção do patrimônio histórico, cultural, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas;
>
> VI — acessibilidade para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

A legislação, por sua vez, enfatiza a necessidade de as obras e serviços de engenharia licitados pela referida lei seguirem padrões e normas que atendam a proteção ao meio ambiente, utilizando-se de mecanismos que possibilitem o adequado consumo de energia e recursos naturais, bem como o correto descarte de resíduos utilizados nos serviços e obras.

Ainda no cenário de obras e serviços de engenharia, no contexto das contratações públicas, podemos inferir que a Lei 8.666/1993 trazia como regramento para elaboração dos projetos básicos e executivos de obras a consideração do impacto ambiental que determinada obra poderia ocasionar; ou seja, o estudo precisa dispor sobre esses impactos e observar o que incide neles para, a partir desse estudo, buscar realizar a obra ou serviço de forma não prejudicial ao meio ambiente.

No âmbito da nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), tratando-se da fase interna da licitação, mais precisamente na elaboração do estudo técnico preliminar para determinado serviço, deverá constar a descrição dos possíveis impactos ambientais e medidas mitigadoras, bem como os requisitos para seguir o baixo consumo de energia e a logística reversa para o desfazimento e a reciclagem de bens, quando for aplicado, conforme regra disposta no §1º do artigo 18 da Lei 14.133/2021.

Ainda no contexto da nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), tratando-se do incentivo ao desenvolvimento sustentável, é importante ressaltar que, conforme o artigo 26, a Administração poderá reservar margem de preferência para bens manufaturados e bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis. Contudo, embora exista essa possibilidade é possível perceber que se trata de uma faculdade que ainda será regida através de regulamento específico.

No contexto da proteção ao meio ambiente a legislação dispõe como regra o licenciamento ambiental, podendo estar previsto no instrumento convocatório:

> § 5º O edital poderá prever a responsabilidade do contratado pela:
>
> I — obtenção do licenciamento ambiental;
>
> II — realização da desapropriação autorizada pelo poder público.
>
> § 6º Os licenciamentos ambientais de obras e serviços de engenharia licitados e contratados nos termos desta Lei terão prioridade de tramitação nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama) e deverão ser orientados pelos princípios da celeridade, da cooperação, da economicidade e da eficiência. (BRASIL, 2021).

Mesmo com ferramentas e instrumentos jurídicos disponíveis, ainda faltam conhecimento e informação para que a Administração pública Brasileira adote de forma abrangente práticas que possibilitem o desenvolvimento sustentável. Silva ressalta que:

> Dados do ano de 2019 apontam que, no âmbito da Administração Pública Federal, apenas 0,18% das contratações de bens e serviços se pautaram em critérios de sustentabilidade.
>
> Essa expressiva baixa adesão pode ser explicada pela concepção de que as contratações sustentáveis são complexas e elevam os custos para a Administração.
>
> Aponta-se também a falta de conhecimento e de informação sobre políticas ambientais e sociais bem como de critérios de sustentabilidade para incluí-los nas contratações, sendo que muitos desses critérios podem restringir a competitividade e se não houver fundamentação técnica pode vir a ser questionada por órgãos de controle (SILVA, 2020, p. 5).

Diante do exposto, entende-se que a Administração Pública brasileira dispõe de instrumentos que regram a promoção do desenvolvimento sustentável. Todavia, há uma necessidade evidente de regramentos especí-

ficos e imposições mais claras, a fim de que sejam adotadas, como rotina, práticas sustentáveis nas repartições públicas mediante os instrumentos de contratações públicas que impactem, de forma gradual, a sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento deste artigo possibilitou uma análise acentuada da promoção do desenvolvimento sustentável e da proteção ao meio ambiente no âmbito das contratações públicas, trazendo o regramento jurídico como premissa para a atuação dessas ações no contexto das compras públicas.

Desse modo, foi possível perceber que existem ferramentas jurídicas que pensam na proteção do meio ambiente quando falamos em contratação pública mediante às licitações, bem como na promoção do desenvolvimento sustentável, sobretudo quando falamos sobre a Nova Lei de Licitação, fato que deixa expresso o alcance do desenvolvimento sustentável como objetivo do processo licitatório. No entanto, vale evidenciar que, para influenciar o comportamento da sociedade em grande escala — tendo as licitações como ferramenta do Estado na promoção do desenvolvimento sustentável — é necessário trazer à tona especificidades e exigências para o cumprimento efetivo do alcance à sustentabilidade.

Diante da análise foi possível observar que a Administração Pública e o Estado possuem instrumentos jurídicos que possibilitam a promoção do desenvolvimento sustentável e os colocam como atores principais na busca pela sustentabilidade, tendo em vista que a máquina pública incentiva o mercado de serviços, produtos e demais aquisições mediante às licitações. Logo, tal fato demonstra que a promoção do desenvolvimento sustentável mediante a licitação é um dos instrumentos mais eficazes para o alcance de práticas sustentáveis para a sociedade como um todo.

Contudo, é importante ressaltar que, para a efetivação de forma ampliada da sustentabilidade, se faz necessário, além de um regramento vinculado à lei de licitações, a existência de regramentos específicos, a exemplo do racionamento de aquisições de produtos adquiridos pela Administração Pública, que possam ser prejudiciais ao meio ambiente, bem como a utilização de produtos sustentáveis, tanto para os serviços quanto para os produtos. Essas medidas, implementadas por regulamento nas

repartições, auxiliam no consumo consciente e na economicidade para Administração Pública, além de incentivar as práticas sustentáveis na sociedade, principalmente considerando que as compras públicas equivalem a grande parte da economia brasileira, com grandes números de empresas participantes. Dito isso, conclui-se que a prática sustentável no âmbito das licitações deve ser pensada como uma das principais ferramentas de alcance do desenvolvimento sustentável no Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n.º 12.462, de 04 de agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para assuntos jurídicos, Brasília, DF, 04 Ago. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm. Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 14.133, de 1° de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos. Presidência da República, Secretaria Geral, Subchefia para assuntos jurídicos, Brasília, DF, 01 Abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 22 set. 2021.

GARCIA, Amaral Flávio; RIBEIRO, Coelho Leonardo. Licitações Públicas Sustentáveis. **Revista de Direito Administrativo FGV,** Rio de Janeiro, v. 260, p. 231-254, maio/ago. 2012. Disponível em: https/://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8836/7629. Acesso em: 22 set. 2021.

GOMES, Magno Federic; FERREIRA, Leandro José. Políticas Públicas e os objetivos do desenvolvimento sustentável. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 9, n. 2, p. 155-178, ago./dez. 2018. Disponível em: https://45.227.6.12/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/667/560. Acesso em: 22 set. 2021.

LOPES, Nascimento Marcos; OLIVEIRA, Verena Couto Ferraz de. **Compras Públicas Sustentáveis**. *In:* V CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA — 4, 5 e 6 de junho de 2012. Brasília (DF), 2012.

MOURA, Magalhães Maria Adriana de. **As compras Públicas Sustentáveis e a sua Evolução no Brasil**. Boletim Regional Urbano, n. 7, p. 23-33, jan./jun. 2012. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5584/1/BRU_n07_compras.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

SILVA, Rodrigues Caroline da. A sustentabilidade na Nova Lei de Licitações como princípio e objetivo: um breve estudo a partir da sua base histórica. **Observatório da Nova Lei de Licitação.** Disponível em: http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/08/05/a-sustentabilidade-na-nova-lei-de-licitacoes-como-principio-e-objetivo-um-breve-estudo-a-partir-de-sua-base-historica/. Acesso em: 23 set. 2021.

REVISÃO DE LOGÍSTICA HOSPITALAR: FLUXO DE PACIENTES NO REGIME DE ATENDIMENTO AMBULATORIAL

Fernanda Losso Bacellar[81]

INTRODUÇÃO

Os serviços de saúde são planejados para atender a determinado número de pacientes, sendo que a avaliação da qualidade dos serviços de saúde é uma preocupação antiga (MOCCELIN, 2005). Em meados dos anos setenta, O Brasil teve seu perfil demográfico alterado de predominantemente rural e numeroso para uma sociedade urbana com uma nova estrutura familiar. Junto a essas mudanças sociais, o Movimento pela Reforma Sanitária ocorrido no país nas décadas de 70 e 80 culminaram com o reconhecimento da saúde pela Constituição Brasileira de 1988. Assim, a Carta Magna de 88 garante que o acesso à saúde é direito de todos os cidadãos e dever do Estado. Desse modo, deram-se os primeiros passos para a criação do Sistema Único de Saúde, conhecido como SUS (PAIM *et al.*, 2011).

Entretanto, a criação de um amplo programa de saúde que, teoricamente, garante o acesso de todos, não significa certeza de que esse setor vá funcionar adequadamente. Tendo em vista que o perfil da população bra-

81 Graduada em Engenharia de Produção, Mestranda em Engenharia de Produção pela Universidade Estadual de Maringá (UEM).

sileira ainda está mudando com o aumento da população idosa e a diminuição da população jovem, essa mudança na distribuição etária acarretará em oportunidades e desafios, principalmente ao setor de saúde (NASRI, 2008).

Desta maneira, o atendimento e o fluxo de pacientes é caracterizado por atenção ao cidadão, economia de escala e solvência dos problemas coletivos e individuais de saúde. Na visão de Badri e Hollingsworth (1993), Blake e Carter (1996) e Chein (2009), o controle do fluxo de pacientes é importante para operações dentro do regime ambulatorial. Entende-se por atendimento ambulatorial a assistência prestada aos pacientes que não estejam confinados ao leito hospitalar, com episódios de tratamento que não excedam vinte e quatro horas de duração, independente de incluir um pernoite em leitos ou cuidados de recuperação (BARR; BREINDEL, 2011).

Apesar dessa importância, autores como Villa, Barbieri e Lega (2009) reconhecem a existência de diversos problemas relacionados ao fluxo de pacientes em ambulatórios, tais como: longo tempo de espera, desperdícios de recursos, tempos de permanência estendidos, atrasos no atendimento, inadequação das condições clínicas e variabilidade da carga de trabalho.

À medida que o grau de complexidade em que as pessoas se encontram em ambientes hospitalares aumenta, maior será a necessidade de rapidez de resposta por parte do hospital. Desse modo, Barbieri e Machline (2017) apontam que a utilização da logística como gerenciamento integrado é uma condição necessária para que os hospitais consigam atingir a excelência operacional com baixo custo.

Nesse contexto, visando contribuir para o debate sobre a temática, o presente artigo tem por objetivo realizar um levantamento bibliométrico e realizar a análise sobre o fluxo de pacientes, com foco no atendimento ambulatorial.

O trabalho está organizado da seguinte forma: na seção 1 a revisão da literatura relacionada ao tema aqui abordado; na seção 2, os procedimentos metodológicos utilizados para a elaboração do estudo. Na seção 3 são observados os resultados do estudo que aborda a metodologia e, finalmente, seguem as conclusões do trabalho.

1 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

1.1 DEFINIÇÃO DE LOGÍSTICA

A logística tem como objetivo prover a disponibilidade de produtos e/ou serviços onde e quando estes forem necessários. Uma questão básica do gerenciamento logístico trata de como estruturar sistemas e configurações que sejam capazes de atender de forma econômica os mercados distantes das fontes de produção, oferecendo altos níveis de serviços em termos de disponibilidade e capacidade de atendimento em tempos cada vez menores (BALLOU, 1993).

Pode-se dizer que a logística comercial é diferente da logística nos serviços de saúde. Tal fato refere-se às condições diferentes por estas enfrentadas, ainda que ambas busquem otimizar custos, planejamento, qualidade, controle e organização. A diferença reside no fato de que, na logística dos serviços de saúde, é preciso levar em consideração características específicas que caracterizam sua complexibilidade, tais quais: envolvimento integral com o cliente, riscos de variações bruscas nos processos, variabilidade e complexibilidade de serviços prestados e demanda instável (MATHIAS; AZEVEDO; CAMPOS, 2015).

Desse modo, a gestão hospitalar é uma atividade complexa e diferenciada, porque abrange uma variedade de recursos e processos. De acordo com Drucker (1999), o gerenciamento no setor da saúde é mais complicado do que qualquer outra organização, devido à especificidade do ambiente hospitalar, principalmente no que diz respeito ao fluxo de pacientes no ambiente ambulatorial, que direciona a atenção sobre a gestão de serviços.

Nesse contexto, a qualidade dos serviços prestados por um hospital ou qualquer outra organização de saúde se relaciona de modo intenso com a qualidade da logística, que dispõe de planejamento, implementação e controle dos mecanismos que coordenam o fluxo de pacientes e as atividades diagnósticas e de assistência nos hospitais.

1.2 CARACTERIZAÇÃO DA LOGÍSTICA HOSPITALAR

Hospitais são estabelecimentos de saúde destinados à prestação de serviço, em regime ambulatorial e de internação. São sistemas de grande

complexidade, cuja gestão deve estar voltada tanto à assistência à saúde quanto ao negócio, otimizando o uso de recursos financeiros a fim de oferecer atendimento de qualidade (PORTER; TEISBERG, 2007).

A logística hospitalar apresenta-se como um conjunto de operações relevantes tanto para os pacientes quanto para o hospital, que deve apoiar a gestão do relacionamento com o cliente e o fluxo que se cria após a entrega do serviço. Gomes e Reis (2000) explicam que os hospitais têm duas alternativas para melhorar as expectativas de seus usuários: melhorar a capacidade disponível ou aumentar a produtividade do sistema existente. Bittar (2001) alega que, para se priorizar a qualidade com otimização de custos, é essencial utilizar elementos que norteiam a tomada de decisão gerencial.

A gestão da logística hospitalar em serviços deve ser baseada no conhecimento das características dos processos de atendimento hospitalar e sua interação com os recursos, sendo que os processos ambulatoriais são definidos e determinados pelo fluxo de pacientes.

1.3 FLUXO DE PACIENTES

O fluxo de pacientes hospitalares corresponde ao modo como essas pessoas são atendidas e encaminhadas, desde o momento em que dão entrada.

A gestão da logística hospitalar em serviço do fluxo do paciente tornou-se estratégia para as instituições de saúde. Existe a incerteza em relação ao tempo que é necessário para fornecer o serviço ao paciente e sobre a hora de chegada deste para atendimento. Diante desse cenário, cabe à logística hospitalar a coordenação da alocação adequada ao longo do fluxo de pacientes (VISSER; BEECH, 2005).

Nesse sentido, o fluxo de pacientes define os processos ambulatoriais. É esse fluxo que desencadeia um processo que vai da admissão até a liberação do paciente após o atendimento. Segundo Côte (2000), todo fluxo de pacientes compartilha quatro características comuns: uma entrada, uma saída, um caminho de ligação entre a entrada e saída e a natureza aleatória dos serviços de saúde. Entre a entrada e a saída há um conjunto de condições, atividades, serviços ou locais que o paciente pode encontrar, exigindo uma variedade de recursos de saúde (médicos, enfermeiros,

equipamentos). Já a sua aleatoriedade se resume às variações na logística e ao tempo despendido em cada etapa do fluxo.

Desse modo, a gestão da logística hospitalar aborda estratégias para a diminuição de gargalos no fluxo de pacientes, a fim de assegurar que estes recebam o cuidado certo, no lugar certo e na hora certa, promovendo maiores níveis de segurança e satisfação.

2. METODOLOGIA

A pesquisa bibliográfica, conforme Marconi e Lakatos (2003), além de colocar o pesquisador em contato com tudo o que foi escrito sobre determinado assunto — chamado de estado da arte — propicia o exame de um tema sob novo enfoque ou abordagem, permitindo que se chegue a conclusões inovadoras, que é o objetivo da construção do modelo.

Para identificação dos principais autores e artigos, bem como os países com maior desenvolvimento do tema, é importante realizar uma Revisão Bibliográfica Sistemática (RBS). Segundo Conforto *et al.* (2011), uma RBS é constituída de 3 fases: (i) entrada, (ii) processamento e (iii) saída. Na fase de entrada são definidos o problema a ser respondido e os objetivos da pesquisa — ambos alocados na seção 1 —, as fontes primárias, as *strings* de busca, os critérios de inclusão e de qualificação, os métodos e ferramentas. Também é definido, nessa fase, o cronograma de pesquisa (CONFORTO *et al.*, 2011). A primeira coleta e seleção de trabalhos para a RBS deste artigo foi realizada em maio de 2021 e utilizou-se *strings* de busca, na língua inglesa, utilizadas nas bases de dados da pesquisa.

Esta pesquisa parte da seguinte problemática: Análise da logística hospitalar adotada no fluxo de pacientes no atendimento ambulatorial?

Em busca da resposta a tal questão, esta pesquisa tem como objetivo principal conduzir uma análise, baseada na teoria fundamentada em dados, da convergência teórica que fundamenta o fluxo de pacientes, com foco no atendimento ambulatorial. Para a consecução do objetivo geral, pretende-se, especificamente: a) realizar uma revisão bibliográfica sistemática para compreender o estado da arte da logística hospitalar; b) estabelecer a convergência das bases teóricas do fluxo de pacientes; c) validar a convergência das bases teóricas contrapondo os resultados. Para atingir

os objetivos apresentados, este estudo segue uma estrutura baseada na especificação do objetivo geral.

A busca sobre o tema logística hospitalar do fluxo de pacientes no regime de atendimento ambulatorial teve como parâmetros para a delimitação temática as seguintes palavras-chave: logística hospitalar; fluxo de pacientes; logística de saúde.

O levantamento dos artigos foi realizado nas bases de dados *Web of Science* e *Scopus*, através da confecção de *string* e submissão às máquinas de busca. *String*: "TITLE-ABS-KEY ("*Hospital Logistics*") OR TITLE-ABS-KEY ("*Patient flow logistics")*; AND TITLE-ABS-KEY (*"Healthcare")*, procedeu-se o cruzamento das principais palavras-chave relacionadas aos temas investigados. Foi realizada a busca de forma intencional nos termos mais específicos com vistas a ter uma melhor análise dos estudos produzidos. Na primeira revisão com caráter exploratório, todos os artigos foram selecionados após leitura do título e do resumo; foram excluídos artigos que não tratavam sobre o tema e duplicações de artigos. Assim, foram incluídos os estudos específicos na área da Logística Hospitalar com ênfase na delimitação temática do fluxo de pacientes no atendimento ambulatorial. Os arquivos foram exportados em formato *bibtex*; procedeu-se o cruzamento das bases de dados; as principais palavras-chave relacionadas ao tema investigado resultaram em 162 artigos selecionados, e, após eliminação dos duplicados, restaram 141 artigos para análise. Desse modo, foi realizada a busca de forma intencional nos termos mais específicos com vistas a ter uma melhor análise dos estudos produzidos.

Na primeira revisão com caráter exploratório, como critérios de inclusão foram selecionados artigos escritos em inglês, após leitura do título/resumo e palavras-chave, e também com o filtro 'todos os anos' (disponíveis na base de dados até o ano de 2021). Foram excluídos artigos que não tratavam sobre o tema e duplicações, e como qualificação: número de citações e foco específico na logística hospitalar do fluxo de pacientes no regime de atendimento ambulatorial.

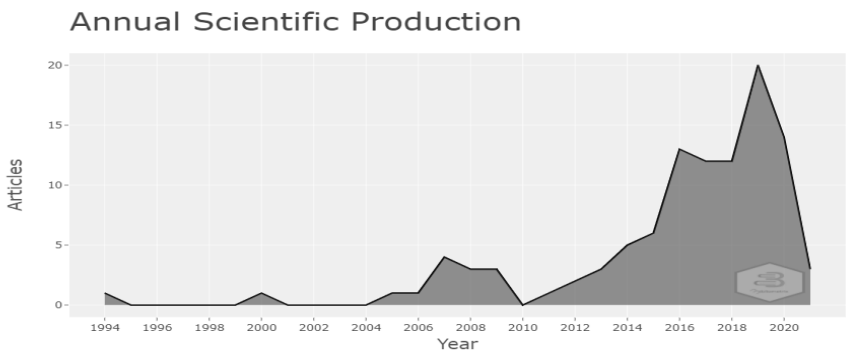
A condução da revisão sistemática ocorreu no período de 13 a 24 de maio de 2021, em ambas as bases de dados eletrônicas, *Scopus* e *Web of Science*, por meio do Portal de Periódicos da Capes.

3. RESULTADO

Para compreender as pesquisas realizadas dentro da relação da temática logística hospitalar do fluxo de pacientes, procedeu-se a um levantamento bibliométrico nas bases *Scopus* e *Web of Science* (WoS) considerando o período de publicação de 1994 a 2021. A base WoS resultou em um maior número de artigos encontrados — um total de 106 artigos —, enquanto a base *Scopus* retornou um total de 56 documentos. Foram eliminados 21 artigos duplicados, restando 141 artigos nas bases pesquisadas, com média de anos de publicação de 5,2; média de citação por documento de 6,7; e média de citações por ano de 0,9 por documento. Os resultados se dão sobre seis prismas: distribuição dos artigos por ano de publicação; país de origem do estudo; periódicos mais relevantes; palavras-chave mais relevantes; artigos mais citados e *three-fields plot*.

Em relação à produção científica anual, a Figura 1 demonstra a distribuição dos artigos encontrados.

Figura 1 — Distribuição das publicações por ano da produção científica sobre logística hospitalar do fluxo de pacientes

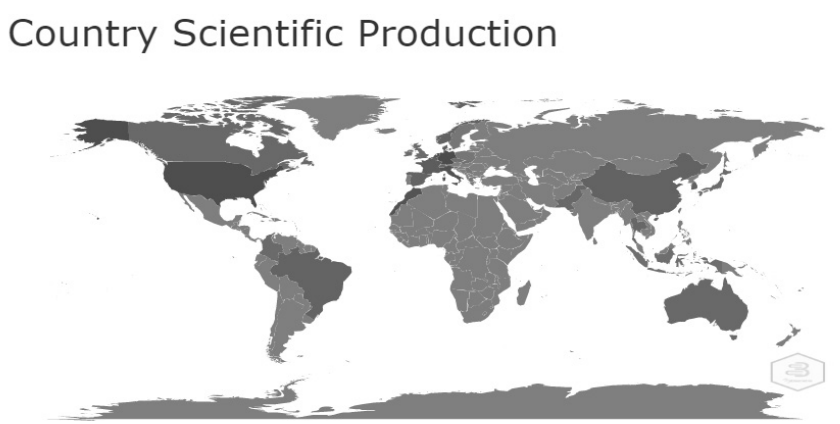


Fonte: Autor (2021).

A linha de tendência ilustrada na Figura 1 indica uma disposição de crescimento de publicações nesta área de pesquisa com ápice em 2019; já em 2020 houve uma diminuição quantitativa dos estudos sobre logística hospitalar do fluxo de pacientes, sendo que tal movimento pode ser creditado à pandemia mundial da COVID-19.

Em relação aos países de origem dos estudos, a produção científica sobre logística hospitalar do fluxo de pacientes se mostrou com origem em diversos países. A Figura 2 mostra o mapa de produção científica por país, com destaque em azul para os países que tiveram algum artigo selecionado neste estudo.

Figura 2 — Produção científica por país sobre logística hospitalar do fluxo de pacientes



Fonte: Autor (2021).

Em relação aos países com maior número de citações, a Holanda figura em primeiro lugar com 215 citações, seguida dos seguintes países, em ordem de colocação: Alemanha, com 147 citações; Estados Unidos, com 144 citações; Canadá, com 66 citações; e Itália, com 63 citações seguida pela Dinamarca, Bélgica, Espanha, Reino Unido e Marrocos. Assim como a origem por país da produção científica sobre sobre logística hospitalar do fluxo de pacientes se mostrou bastante diversa, os periódicos mais relevantes, *IFAC PapersOnLine* publicou 3 artigos, e o *Plos One* publicou 3 artigos, seguidos por outros quatro periódicos que tiveram dois artigos publicados cada: *LOGISTIQUA — International Colloquium on Logistics and Supply Chain Management, Anaesthesist, IEEE Access, International Journal of Emergency Management*.

Em relação às palavras-chaves mais relevantes, estas mostraram-se bastante diversas, assim como nos itens analisados anteriormente, conforme ilustra a Figura 3, uma *wordcloud* do conjunto de artigos pesquisados.

Figura 3 — Wordcloud da produção científica sobre logística hospitalar do fluxo de pacientes

Fonte: Autor (2021).

As principais palavras-chave citadas no conjunto de artigos pesquisado foram: *hospital logistics* com 41 citações, *logistics* com 16, *healthcare* com 11, *hospital* com 11 e *patient satisfaction* com 6. Os autores mais produtivos no grupo de artigos analisados publicaram artigos no período. São eles com 7 artigos: Boutahari, S.; Frichi, Y.; e os outros autores com 5 artigos: Jeon, S.; Lee, J.

Em relação aos artigos mais relevantes, a Tabela 1 apresenta os 10 artigos mais citados.

Tabela 1 — Artigos mais citados sobre logística hospitalar do fluxo de pacientes

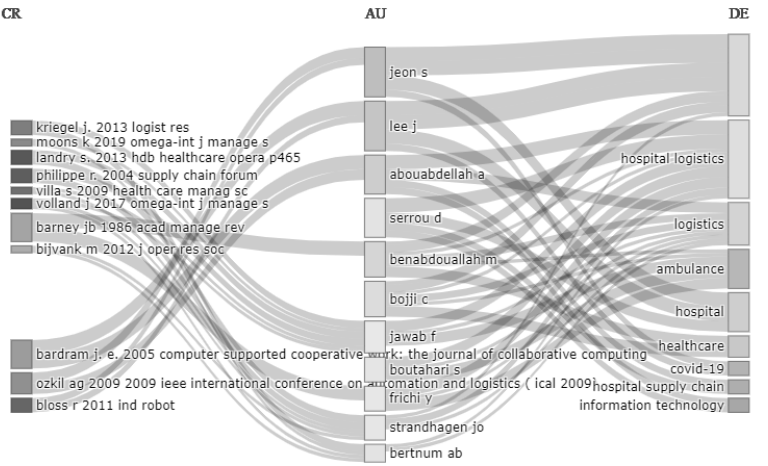
N°	Título	Ano	Citação
1	MANAGING THE OVERFLOW OF INTENSIVE CARE PATIENTS	2008	72
2	IMPROVING ACTIVITIES AND DECREASING COSTS OF LOGISTICS IN HOSPITALS A COMPARISON OF US AND FRENCH HOSPITALS	2001	70
3	DECREASING HOSPITAL MORTALITY BETWEEN 1994 AND 1998 IN PATIENTS WITH ACUTE MYOCARDIAL INFARCTION TREATED WITH PRIMARY ANGIOPLASTY BUT NOT IN PATIENTS	2000	69

N°	Título	Ano	Citação
4	SCHEDULING LOGISTIC ACTIVITIES TO IMPROVE HOSPITAL SUPPLY SYSTEMS	2007	61
5	RESTRUCTURING PATIENT FLOW LOGISTICS AROUND PATIENT CARE NEEDS IMPLICATIONS AND PRACTICALITIES FROM THREE CRITICAL CASES	2009	56
6	IMPACT OF RECURRENT CHANGES IN THE WORK ENVIRONMENT ON NURSES PSYCHOLOGICAL WELLBEING AND SICKNESS ABSENCE	2006	46
7	SERVICE ROBOTS FOR HOSPITALS A CASE STUDY OF TRANSPORTATION TASKS IN A HOSPITAL	2009	35
8	HEALTH OPERATIONS MANAGEMENT PATIENT FLOW LOGISTICS IN HEALTH CARE	2005	35
9	THE ROLE OF IMAGING IN ACUTE AORTIC SYNDROMES	2013	33
10	COMPARISON OF DIAGNOSTIC ACCURACIES OF RAPID SEROLOGICAL TESTS AND ELISA TO MOLECULAR DIAGNOSTICS IN PATIENTS WITH SUSPECTED CORONAVIRUS DISEASE 2019	2020	25

Fonte: Autor (2021).

Ao comparar os autores mais produtivos com os artigos mais relevantes, apenas os autores Lee, J.; Frichi, Y., se enquadram em ambas as situações. Um último resultado indica a relação entre os periódicos mais relevantes, os autores mais produtivos e as principais palavras-chave, denominado *three-fields plot*, conforme Figura 4.

Figura 4 — Three-fields plot: periódicos mais relevantes, autores mais produtivos e principais palavras-chave da produção científica sobre logística hospitalar do fluxo de pacientes



Fonte: Autor (2021).

A Figura 4 indica um alinhamento não obtido nos demais resultados obtidos da pesquisa, tendo em vista que os periódicos de origem (lado esquerdo da Figura 4) tratam de ciências da *logística hospitalar do fluxo de pacientes* e as palavras-chave (lado direito da Figura 4) *hospital logistics, logistics, ambulance, hospital, helthcare.* Dessa forma, com base neste conjunto de autores (centro da Figura 4), pode-se aprofundar os estudos relativos à logística hospitalar do fluxo de pacientes.

Os artigos selecionados foram inseridos no *software* RStudio para a realização da análise de conteúdo. Após uma leitura mais detalhada, códigos foram criados para identificar partes do texto que auxiliaram na resposta das questões de pesquisa; ou seja, baseados na logística hospitalar do fluxo de pacientes. Para se mapear os facilitadores as análises foram realizadas em todos os artigos selecionados.

3.1 ATIVIDADES LOGÍSTICAS HOSPITALARES

As atividades logísticas podem ser divididas em três grupos de acordo com seu objetivo no apoio ao fluxo de pacientes. O primeiro grupo, composto pelas atividades de controle de acesso, gestão da chegada de pacientes e gestão de filas de espera, tem como objetivo reduzir o tempo em que o paciente deve esperar até que o serviço seja entregue. O segundo grupo está ligado à gestão da capacidade de serviços, da qual fazem parte as atividades de planejamento da capacidade de serviços, de gestão da demanda e de controle e alocação de recursos, cujo objetivo é gerenciar, programar e alocar recursos e serviços de modo a atender a demanda de pacientes.

Por fim, o terceiro e último grupo, composto pelas atividades de controle de assistência pós-consulta e faturamento, tem como objetivo oferecer orientação e assistência aos pacientes no pós-consulta e processar as informações referentes ao atendimento e uso de recursos.

CONCLUSÃO

Finalizada a etapa da análise na sequência, são realizadas as comparações e identificação, visando identificar os resultados comparáveis aos estudos, tendo em vista tratarem do mesmo tema e da mesma área de conhecimento.

Para atingir o objetivo, foi realizada uma revisão bibliográfica. Primeiramente, houve um levantamento nas bases de dados eletrônicas *Scopus* e *Web of Science*, por meio do Portal de Periódicos da Capes, através das *strings* do tema logística hospitalar do fluxo de pacientes por meio das atividades ligadas à gestão do tempo de espera, capacidade de serviço e pós-atendimento. Tal estudo teve como objetivo a análise do fluxo de pacientes, com foco no atendimento ambulatorial, visando uma maior coerência entre a temática e seu contexto.

O estudo contribui para o entendimento sobre logística hospitalar do fluxo de pacientes, com foco no atendimento ambulatorial, com base em uma revisão bibliográfica. O estudo tem como limitações seus resultados serem restritos à amostra escolhida. Chegado ao fim do estudo, não obstante reconhecer as suas (de)limitações, apontam-se algumas possibilidades de novos e complementares estudos que permitiriam ampliar o

conhecimento da temática estudada: i) realização de levantamento bibliométrico de uma amostra maior de artigos da temática; e ii) realização de um estudo da evolução da abordagem sobre logística hospitalar do fluxo de pacientes.

REFERÊNCIAS

BADRI, M. A.; HOLLINGSWORTH, J. A simulation model for scheduling in the emergency room. **International Journal of Operations Management**, v. 13, n. 3, p. 13–24, 1993.

BALLOU, R. H. **Logística empresarial**. São Paulo: Atlas, 1993.

BARBIERI, J. C.; MACHLINE, C. **Logística hospitalar:** teoria e prática. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARBOSA, D. H. **Desenvolvimento de um modelo de referência para a aplicação da tecnologia RFID da logística de ambulatório de ensino**. 2013. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção) — Escola de Engenharia de São Carlos, Universidade de São Paulo, São Carlos, 2013.

BARR, K.W.; BREINDEL, C. L. Ambulatory Care. *In:* WOLPER, L. F. (ed.). **Health care administrations**: managing organized delivery system. 5rd ed. Sudbury: Jones and Bartlett Publishers, 2011.

BITTAR, O. J. N. V. Gestão de processos e certificação para a qualidade em saúde. **Revista da Associação Médica Brasileira**, São Paulo, v. 46, p. 70–76, jan./mar. 2001.

BLAKE, J. T.; CARTER, M. W. R. An analysis of emergency room wait time issues via computer simulation. **INFOR**, n. 34, p. 263–273, 1996.

CARETA, C. B. **Medição de desempenho das atividades logísticas:** estudo de casos múltiplos em hospitais de ensino universitários. 2013. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção) — Escola de Engenharia de São Carlos, Universidade de São Paulo, São Carlos, 2013.

CHEIN *et al.* Implementation of and RFID — based management system for operation room. *In:* **PROCEEDINGS OF THE EIGHTH INTERNATIONAL CONFERENCE ON MACHINE LEARNING AND CYBERNETICS**, [*S.I.:s.n*], 2009, Baoding.

CONFORTO, E. C.; AMARAL, D. C.; SILVA, S. L. Roteiro para revisão bibliográfica sistemática: aplicação no desenvolvimento de produtos e gerenciamento de projetos. *In:*

CONGRESSO BRASILEIRO DE GESTÃO DE DESENVOLVIMENTO DE PRODUTO — CBGDP. Porto Alegre (RS), Brasil: 2011.

CÔTÉ, M. J. Understanding Patient Flow. **Decision Line**, v. 31, p. 8–10, 2000.

DRUCKER, P. F. **Administrando em tempos de grandes mudanças**. São Paulo: Pioneira, 1999.

FLEURY, P. F.; WANKE, P.; FIGUEIREDO, K. F. **Logística empresarial**: a perspectiva brasileira. Coleção COPPEAD de Administração — Centro de estudos logísticos. São Paulo: Atlas, 2000.

GOMES, M. J. V. M.; REIS, A. M. M. **Ciências farmacêuticas**: uma abordagem em farmácia hospitalar. São Paulo: Atheneu Ed., 2000.

MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MATHIAS, R. V.; AZEVEDO, B. M. de.; CAMPOS, F. L. S. Logística nos serviços da saúde: conceitos, definições e desafios. *In:* ENCONTRO NACIONAL DE ENGENHARIA DE PRODUÇÃO, 35., 2015, Fortaleza, CE. **Anais…** Fortaleza, CE: Abepro, 2015.

MOCCELIN, F. **Uma proposta de melhoria sob a visão logística integrada**: uma abordagem de pesquisa-ação num ambulatório hospitalar público. 2005. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção) — Escola de Engenharia de São Carlos, Universidade de São Paulo, São Carlos, 2005.

NASRI, F. O envelhecimento populacional no Brasil: Demografia e epidemiologia do envelhecimento. **Hospital Israelita Albert Einstein**, v. 6, supl. 1, p. S4–S6, 2008.

PAIM, J.; TRAVESSOS, C.; ALMEIDA, C.; BAHIA, L.; MACINKO, J. The Brazilian health system: History, advances, and challenges. **The Lancet**, v. 377, n. 9779, p. 1778–1797, 2011.

SILVA, M. Governança pública e mídias sociais: uma revisão sistemática da literatura. *In:* ASENSI, Felipe (org.). **Produção de conhecimento**: visões e perspectivas. Volume 1. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2021. Disponível em: http://www.caedjus.com/livros#cmpa

VILLA, S.; BARBIERI, M.; LEGA, F. Restructuring patient flow logistics around patient care needs: Implications and practicalities from three critical cases. **Health Care Management Science**, v. 12, n. 2, p. 155–165, 2009.

VISSER, J.; BEECH, R. Chain logistics: analysis of care chains. In: Visser, J. and Beech, R. Health Operations Management: **Patient Flow Logistics in Helth Care.** Ruthedge, Taylor and Francis Group, London, 2005.

DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NAS LICITAÇÕES

Eduardo Ferraz Kotsifas[82]
Nilson Tadeu Reis Campos Silva[83]

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa versa sobre a questão da inefetividade do princípio constitucional da eficiência na realização de licitações no Brasil, com o objetivo de analisar os pontos positivos e negativos a partir do exame detalhado desse princípio, sendo justificada pela promulgação da Lei nº 14.133/2021, que implantou um novo modelo de procedimento licitatório, como contributo à análise jurídica e política.

Para tanto, adotou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica e documental para se investigar, no que diz respeito à adição de princípios subordinantes da Administração Pública, os possíveis efeitos da validação do princípio da eficiência para a gestão administrativa e para a consecução do interesse público sem prejuízo dos direitos e garantias fundamentais dos administrados.

---

82 Pós-graduando em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá (UEM); Bacharel em Direito (UEM, 2019); advogado.

83 Pós-doutor em Ciências Histórico-Jurídicas (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa); Doutor em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos (Instituição Toledo de Ensino); Professor Associado da UEM; Professor Visitante do Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

O Estado brasileiro é uma república federativa formada pela união de 26 estados federados, 5.568 municípios e do Distrito Federal, tendo cada ente federado autonomia para estruturar suas regras segundo as competências estabelecidas na Constituição Federal, o que, de um lado, lhes garante autolegislação, auto-organização, autogoverno e autoadministração; porém, de outro lado, dificulta sobremaneira não só a codificação do direito administrativo, mas, também, a eficiência na área das licitações, uma vez que a Constituição de 1988 atribuiu à União competência privativa para legislar sobre as normas gerais de licitação em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas e indiretas (art. 22, inciso XXVII, BRASIL, 1988).

A inserção do princípio da eficiência no texto constitucional em 1998 implicou na adoção do modelo de administração gerencial, que tem como paradigma o resultado da função administrativa — em detrimento de processos e ritos.

O Estado brasileiro é uma máquina gigante movida por uma miríade de agentes que atuam em desiguais condições socioeconômicas sob a regência da legislação nacional, complexidade que suscita diversas discussões e controvérsias acerca de problemas em procedimentos licitatórios, cuja ocorrência é possível tanto por ineficiência estatal quanto pela má-fé de agentes.

Uma contextualização inicial é necessária para se chegar ao objetivo principal do presente trabalho, que é o exame detalhado do princípio da eficiência no processo licitatório, diferenciando-o da eficácia e da efetividade, para debater-se a importância da eficiência no processo licitatório e analisar exemplos positivos que devem ser utilizados para que se reflita sobre o que pode ser aprimorado.

O aperfeiçoamento dos procedimentos licitatórios deveria ser facilitado pela quantidade de cursos jurídicos existentes no Brasil, superior à soma dos cursos jurídicos existentes no mundo: em 2018 o país contava com 1.502 cursos, enquanto a soma total de faculdades de direito no mundo chega a 1.100 cursos.

Como a academia é um excelente espaço de aprendizado e de troca de conhecimento técnico, dever-se-ia aproveitar mais tanto o corpo docente quanto o discente para a propositura de legislações levando em consideração o princípio da eficiência, objetivando que a Administração Pública

cumpra sua primeira finalidade, que é a defesa e a busca pelo interesse público.

1. DOS PRINCÍPIOS

Princípios jurídicos podem ser conceituados como mandados de exteriorização dos valores que consagram como diretivas de matiz deôntico, suscetíveis a gradações de intensidade e de aplicabilidade segundo as possibilidades fáticas e jurídicas (JUSTEN FILHO, 2015, p. 123), sendo inconfundíveis com diretrizes que estampam modelos de gestão não necessariamente vinculativos, posto que suscetíveis a mudanças, em especial as provocadas por avanços tecnológicos e as causadas por situações excepcionais.

A administração do Estado brasileiro é subordinada a vários princípios vetores de suas funções, em especial aos inscritos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional número 9, de 1998: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Esses princípios formam um acrônimo que curiosamente remete à expectativa da assepsia de vícios que possam afetar o modo de agir republicano, daí esse bloco principiológico ser imposto como exigência de equidade, segurança jurídica e de justiça, por conferir, na dicção do relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.661, ministro Celso de Mello, "substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado." (BRASIL, 2002).

Tais princípios, aliados ao da subsidiariedade, constante do artigo 173 da Constituição brasileira e que restringe a exploração direta de atividade econômica pelo Estado (BRASIL, 1988), norteiam as administrações públicas direta e indireta de todos os entes federados, o que autoriza a parafrasear a definição de ato administrativo cunhada por Stassinopoulous (1954, p. 69) para se afirmar que aqueles princípios são a fonte e o limite da atuação da Administração Pública.

Tendo em vista a não codificação do direito administrativo no Brasil, os princípios recebem um papel extremamente fundamental nesta matéria. Conforme explica Mazza (2016, p. 98) "Por isso, as funções siste-

matizadora e unificadora de leis, em outros ramos desempenhadas por códigos, no Direito Administrativo cabem aos princípios.".

Embora parte da doutrina não considere os princípios gerais como fonte do Direito Administrativo, relevante parte da doutrina pensa diferente, tendo em vista a importância dos princípios durante a construção da matéria, conforme versa Pietro (2018, p. 105):

> Foi muito grande, na formação do Direito Administrativo, a importância dos princípios gerais de direito entre as fontes do Direito Administrativo, especialmente pelo fato de tratar-se de ramo não codificado e também devido à flexibilidade e mutabilidade das leis.

O Direito Administrativo Brasileiro tem dois supraprincípios dos quais derivam todos os demais: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público.

Em se tratando da supremacia do interesse público sobre o privado, tem-se que os interesses da coletividade são mais importantes do que os interesses individuais, gerando uma imperatividade dos atos. De acordo com Pietro (2018), este princípio está presente não só quando a lei é elaborada, mas, também, quando é aplicada pela Administração (p. 133).

O princípio da indisponibilidade do interesse público estabelece que o interesse pertence à coletividade, portanto, não está à livre disposição do poder público e de seus agentes. Segundo Mazza (2016), os agentes públicos, quando estão no exercício da função, estão obrigados a atuar conforme a legislação, e não conforme sua vontade (p. 103).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o legislador positivou os princípios do direito administrativo no artigo 37, *caput* (BRASIL, 1988):

> 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 […]

Na década de 90 começaram movimentos de insatisfação popular contra a burocracia estatal, a corrupção e demais problemas do funcionalismo público. Nessa época surgiram muitos programas de televisão, tan-

to de humor quanto jornalísticos, fazendo duras críticas à Administração Pública.

Como tentativa de resposta para essas pressões populares, foi feita uma reforma administrativa por meio da Emenda Constitucional 19/1998 (BRASIL, 1998), que, entre outras coisas, positivou o princípio da eficiência no *caput* do artigo 37 da Constituição, que antes só contava com os outros quatro princípios.

O princípio da eficiência tem como base a busca por uma administração menos burocrática, mais organizada, mais econômica e por um melhor desempenho dos agentes públicos. Nesse sentido, Lenza (2013, p. 1.376) afirma que "A ordem do dia é a produtividade, e o Estado deve conseguir alcançar os resultados.".

No mesmo sentido, conforme conceitua Meirelles (2003, p. 102) o princípio da eficiência é:

> O que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. 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 referido princípio visa a adoção de um modelo gerencial típico da iniciativa privada, e como a Administração Pública não é uma empresa, conforme Pietro (2018) o princípio da eficiência deve ser analisado em conjunto aos demais princípios, devendo andar lado a lado; caso contrário, pode trazer malefícios à segurança jurídica e ao Estado de Direito (p. 152).

Para pacificar a dúvida sobre a aplicabilidade em conjunto dos princípios, Amaral (2002, p. 6) doutrina:

> Dizer-se que a Administração está autorizada a praticar atos ilegais, desde que isso contribua para aumentar sua eficiência, é no mínimo tão absurdo quanto dizer-se que uma empresa privada pode praticar atos ilícitos, desde que isso contribua para aumentar sua eficiência.

Portanto, o princípio da eficiência foi positivado para a maior produtividade, segurança e economia e a ser observado por todos os agentes da Administração Pública, dentro dos parâmetros da legalidade.

2. DO SURGIMENTO DAS LICITAÇÕES E SEU CONTEXTO NACIONAL

O Estado é uma forma organizacional do poder para governar um determinado povo, situado no espaço e no tempo. Com toda essa complexidade, o Estado precisa criar uma série de mecanismos para se regular e evitar problemas, desperdícios, má-fé, entre outros.

Como o desenvolvimento do estudo do Direito muitas vezes se dá por analogia, pode-se, analogamente, usar a Teoria do Sistema de Freios e Contrapesos criada por Montesquieu (1748) para diversas áreas da Administração Pública, pois nela o poder, sendo dividido, é controlado pelo próprio poder. Dentro dessas áreas controladas tem-se as licitações.

Os particulares têm ampla liberdade para adquirir produtos e serviços. Quando uma pessoa deseja comprar um produto ela pode fazer orçamento em vários lugares e escolher o que melhor lhe convém, porém, ela também tem a liberdade de escolher o lugar, independente de preço ou de qualidade do serviço.

Já Administração Pública não há essa liberdade, visto que tal arbítrio desrespeitaria os princípios da indisponibilidade do interesse público, da moralidade, da impessoalidade, entre outros. Para isso, conforme trata Mazza (2016), a Administração Pública é obrigada a fazer um processo que visa escolher a melhor proposta de maneira imparcial, dando as mesmas condições para todos que tenham o desejo de concorrer e que se habilitem para tanto (p. 485).

O inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal oferece o conceito de licitação:

> ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da

> lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1988).

Assim, licitação é o procedimento que a Administração Pública faz almejando a melhor proposta, tanto a que apresente melhores condições econômicas, quanto melhor qualidade, para celebrar determinado contrato relativo à obra, serviço, compra e alienação.

No mesmo sentido, preceitua Moraes (2005, p. 170) que "A licitação representa, portanto, a oportunidade de atendimento ao interesse público, pelos particulares, numa situação de igualdade".

No mesmo giro, Meirelles (2016, p. 306) doutrina que "Assim, a licitação é o antecedente necessário do contrato administrativo; o contrato é o consequente lógico da licitação".

A gênese das atuais licitações no Brasil é encontradiça no Império: a Lei de 29 de agosto de 1828 (BRASIL, 1828), que estabeleceu regras para a construção de obras públicas para a navegação de rios, abertura de canais, edificação de estradas, pontes, calçadas ou aquedutos. A referida lei já estabelecia procedimentos ainda existentes na legislação atual, como a publicidade e a possibilidade de impugnações:

> Art. 4º A planta, e orçamento da despeza da obra, se affixarão nos lugares publicos mais vizinhos della, por um a seis mezes; convidando-se os cidadãos a fazerem as observações, e reclamações, que convierem. (grafia original).

A Lei de 1828 estabelecia, também, a licitação:

> Art. 5º Approvado o plano de alguma das referida, obras, immediatamente será a sua construcção offerecida a emprezarios por via de editaes publicos; e havendo concurrentes, se dará a preferencia a quem offerecer maiores vantagens. (grafia original).

Até mesmo a subsidiariedade estatal foi prevista pela mencionada norma imperial e aqui transcrita na sua grafia original:

> Art. 15. No caso de não apparecerem emprezarios, com quem se contractem as referidas obras, serão estas feitas por conta dos rendimentos dos Conselhos, havendo-os, ou da Fazenda Publica; e para indemnização destas despezas, que se fizerem por conta da Fazenda Publica, se imporá o mesmo direito de uso, e de passagem, que deveria ter lugar, se a obra se contractasse.

Pelas circunstâncias políticas e pelo histórico brasileiro de contar com um Poder Executivo forte e centralizador, a maior parte das legislações sobre licitações no século XX, assim como de outras matérias, foi feita por meio de decretos-lei conforme evidencia Coelho Motta (2008, p. 6):

> Um comentário à margem dessa evolução legislativa registraria que o Poder Executivo foi o responsável pela edição das principais leis de licitação (Código de contabilidade, Decretos-leis 200/67 e 2.300/86), valendo-se da figura do Decreto-lei.

Observe-se que grande parte dessas legislações não tratava diretamente de licitações: dentro dos artigos alguns diziam respeito a temas ligados ao de licitações e contratos.

O Decreto 73.140/73 (BRASIL, 1973) regulamentou as licitações e contratos relativos às obras e serviços de engenharia, tendo vigência até a sua inteira revogação, em 1991.

Promulgada em 1993, a Lei nº 8.666/93 foi a grande norma a respeito de licitações até o ano de 2021, quando a Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) entrou em vigor.

Todavia, depois de quase três décadas como lei maior de um tema tão importante, foi necessária *vacatio legis d*e dois anos para sua total revogação. Nesse período a Administração Pública poderá escolher entre utilizar a lei antiga ou a nova.

Apesar de ter sido bem redigida, a ainda vigente Lei nº 8.666/93 contém inconstitucionalidades e lacunas, o que gera perniciosa morosidade, seja por, em geral, habilitar primeiro todos os concorrentes para depois julgar o preço, ou por abrir prazo de 5 dias para recurso sempre que necessário, dentre outros problemas.

Na ainda vigente Lei nº 8.666/93 existem seis modelos de licitação, cinco dos quais estão previstos no artigo 22 da nova lei: concorrência, tomada de preço, convite, concurso e leilão.

Em 2002 a Lei nº 10.520 instituiu a modalidade pregão, que foi regulamentada pelos Decretos 5.450/2005 e 10.024/2019 — inclusive na forma eletrônica —, e em 2011 a Lei nº 12.462/2011 instituiu o regime diferenciado de contratações, previsto inicialmente apenas para as obras de grande vulto da Copa do mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016, mas que ainda vige.

A Lei nº 14.133/2021 adotou os princípios que haviam sido estabelecidos na lei revogada, a eles acrescentando os do "planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável".

Quanto às modalidades, manteve-se o pregão, a concorrência, o concurso, o leilão, e introduziu-se a modalidade diálogo competitivo, estabelecendo-se que as modalidades convite e tomada de preços, bem como o Regime Diferenciado de Contratações, serão excluídas do ordenamento jurídico após decorrido o biênio da *vacatio legis*.

As principais inovações da Lei nº 14.133/2021 consistem em: a) inversão de fases como regra, primeiramente fazendo o julgamento objetivo da proposta e posteriormente a habilitação da documentação apenas do vencedor, reduzindo a morosidade; b) possibilidade de orçamento sigiloso, fazendo com que a empresa formule proposta realmente baseada no valor do mercado, e não apenas no valor que a administração está disposta a gastar; c) criação do portal nacional de licitações públicas com banco de preços, cadastro unificado, extratos de pagamentos e divulgação de editais; d) agente de contratação, que será um servidor público designado para ser o principal responsável pelo processo licitatório, podendo responder individualmente pelos atos que praticar; e) instituição da modalidade diálogo competitivo, em que a administração realiza diálogos com licitantes previamente selecionados com o intuito de desenvolver alternativas e propostas para atender às necessidades públicas.

Vê-se, pois, que a nova lei trouxe importantes modificações para o ordenamento jurídico, modernizando o processo licitatório.

3. DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO PROCESSO LICITATÓRIO

Eficiência é o modo de atuação do agente e o modo de estruturação da Administração para produzir os melhores resultados na prestação do serviço público, enquanto eficácia é a produção dos efeitos buscados com a menor onerosidade.

Chiavenato (1993, p. 238) explica que "O alcance dos objetivos visados não entra na esfera de competência da eficiência; é um assunto ligado à eficácia." Assim, a eficiência se torna o caminho correto para chegar à eficácia, enquanto esta tem um sentido ligado não aos meios, mas sim ao resultado esperado.

Dessarte, para que a norma seja eficaz é preciso, primeiro, que ela tenha sido elaborada (e seja aplicada) de modo eficiente, e, para que o resultado seja bom, que ela seja elaborada e aplicada também com eficácia.

Porém, esse resultado pode ser efêmero, transitório ou provisório, por lhe faltar efetividade — que é a obtenção da permanência positiva do adequado e pertinente resultado da aplicação dos princípios.

Sem elementos voltados para uma maior eficiência, como por exemplo a desburocratização de procedimentos e a capacitação de servidores, é muito difícil para a Administração Pública chegar à eficácia: é o conjunto de atividades eficazes que leva à efetividade da Administração Pública.

Metaforicamente, pode-se comparar os três termos que se complementam com a partida de determinado esporte: a eficiência seria como o estudo teórico, o treino e a devida aplicação técnica dos conceitos treinados e aprendido, enquanto a eficácia seria a vitória na partida advinda da correta aplicação dos conceitos, e a efetividade seria a vitória no campeonato, após vencer as partidas.

Sendo a licitação um procedimento em várias etapas, a eficiência é extremamente importante tendo em vista que a falha em qualquer uma das etapas pode comprometer todo o procedimento. Por isso, desde a fase interna, é crucial a cuidadosa elaboração do edital, uma vez que poderá ser impugnado por qualquer cidadão, forçando a comissão a se reunir novamente para sanar eventual vício e ratificar o edital, o que atrasa a abertura dos envelopes, comprometendo toda a celeridade da licitação. Isso ocorre porque o edital é o ato administrativo que estabelece o objeto, a modali-

dade de licitação, os prazos, as condições, as sanções, os projetos e todos os demais detalhes sobre o serviço ou compra, inclusive a contratação. Daí, qualquer erro constante no edital pode se tornar um erro na execução.

Já na fase externa da licitação, o princípio da eficiência continua igualmente importante, tendo em vista que é nessa fase que, pela primeira vez, as empresas interessadas em realizar determinado serviço terão contato com o ente ou órgão licitante. Por isso, é necessário um rigoroso controle para que não haja conluio entre as empresas.

Em licitações presenciais existem casos de empresas que, antes da abertura das propostas, oferecem dinheiro para que as concorrentes desistam. Essa prática vai contra o princípio da eficiência, visto que a licitação almeja justamente a concorrência para a melhor escolha, e a prática nociva visa eliminar a concorrência.

Tal conduta pode ser coibida utilizando-se de modalidades eletrônicas de licitações, pois nela cada usuário recebe uma chave e não consegue identificar os demais.

Mesmo após a assinatura do contrato, o princípio da eficiência continua sendo insubstituível, pois durante a execução a Administração Pública precisa estar atenta ao cumprimento de todas as cláusulas do contrato, em especial no que diz respeito ao prazo e à qualidade dos materiais empregados.

Já a eficácia e a efetividade dos procedimentos de licitações podem ser alcançadas com a capacitação dos servidores e com a ampla publicidade dos certames licitatórios, permissiva de controle e fiscalização por órgãos e entidades externos à Administração Pública, como o Ministério Público e as Organizações Não Governamentais. Essa conclusão pode ser exemplificada com os resultados positivos de três municípios com densidades populacionais diferentes segundo estimativa do IBGE de 2019: Apucarana, com 137 mil habitantes, sendo a décima-terceira cidade mais populosa do Estado do Paraná; Várzea Grande, segunda cidade do Estado do Mato Grosso, que em 2019 possuía 267 habitantes; e Maringá, terceira cidade do Estado do Paraná, com 430 mil habitantes (IBGE, 2019).

Segundo dados da Prefeitura de Apucarana, após mudanças administrativas para obter maior eficiência nas licitações, foi feito um rigoroso controle de qualidade com o envio de amostras de alimentos para nutricionistas e com a remessa de uniformes para laboratórios avaliarem os tecidos

dos mesmos, dentre outras: "as mudanças envolveram o remanejamento de funcionários, melhorias no sistema de informática, padronização de procedimentos e investimento em capacitação" (APUCARANA, 2017).

Esse exemplo demonstra que, além das normas legais detalhistas sobre licitações e contratos, quem realmente dá efetividade às licitações são os servidores. Portanto, o treinamento e a capacitação constantes são indispensáveis.

A transparência também é uma importante aliada da Administração Pública, pois, além de gerar maior segurança contra fraudes, também pode gerar economicidade por viabilizar maior participação da sociedade:

> Os processos de licitação acontecem de portas abertas e qualquer pessoa ou instituição pode participar. Desta forma, já acontece com o Observatório Social de Apucarana, que acompanha os processos licitatórios do Município (APUCARANA, 2017).

Desburocratização, capacitação funcional e transparência adotadas pela Prefeitura de Apucarana permitiram ao Município, entre janeiro de 2013 e outubro de 2017, economizar R$ 97 milhões de reais (APUCARANA, 2017).

Outro exemplo positivo é dado pelo Município de Várzea Grande, do Estado de Mato Grosso, onde, segundo dados da Prefeitura, no ano de 2018 a cidade economizou R$ 67 milhões de reais em licitações, graças a diversas modalidades adotadas:

> Oito modalidades foram utilizadas pelo Município em 2018 — pregão presencial, pregão eletrônico, tomada de preços, chamada pública, concorrência, dispensa, inexigibilidade e adesão carona — para a realização dos 250 processos. A maior parte deles foi concluída via pregão eletrônico (49,09% do total), seguido pela concorrência pública (27,24% do total). (LOPES, 2019).

O exemplo comprova que a licitação realizada de forma eletrônica tem inúmeras vantagens, como: a redução de custos tanto para o órgão licitante quanto para as empresas interessadas em participar da licitação; maior facilidade de divulgação e de transparência; aumento da concorrência, tendo em vista a desnecessidade de deslocamento dos interessados

em licitar, o que facilita a participação de diferentes empresas de diversos Municípios e, principalmente, evita ou diminui a chance de conluio e de pagamento de propina para que as demais empresas desistam.

A economicidade com o uso de pregão eletrônico é obtida mesmo em larga escala: segundo dados da Agência Brasil, apenas em 2013 o governo federal economizou R$ 9,1 bilhões de reais com o uso do pregão eletrônico (BRANCO, 2014).

Por isso, os exemplos demonstram não só a relevância do pregão eletrônico, mas também sinalizam a importância de se licitar eletronicamente, seja qual for a modalidade.

Atualmente, a Internet está presente na maioria da vida das pessoas, possibilitanto desde matrículas em escolas, cursos, comunicação entre familiares e amigos, e compras via aplicativos e plataformas. Por isso, beira ao absurdo que ainda existam licitações presenciais mesmo com todos os recursos tecnológicos desenvolvidos para maior comodidade e segurança e que, mesmo em Municípios com baixa densidade populacional e consequente limitada arrecadação de tributos, podem ser obtidos e utilizados.

Conforme citado, o uso do pregão eletrônico gera gigantesca economia para os entes que o utilizam. Isso precisa ser estendido para todas as modalidades licitatórias, todas necessariamente precisam ser feitas eletronicamente. Infelizmente, a nova lei, apesar de trazer importantes iniciativas com base na eficiência, ainda admite a forma presencial de licitações, utilizando apenas a palavra "preferencialmente" para versar sobre o meio eletrônico.

A Nova Lei de Licitações criou o Portal Nacional de Contratações Públicas, que conta com cadastro unificado de licitantes, banco de preços, editais, entre outros itens. A propositura é excelente, mas não basta para que se atinja a eficiência.

É necessário que, com os dados constantes no registro, se crie um sistema de pontuação para as empresas participantes, levando-se em consideração o desempenho em contratos já realizados com a Administração Pública. Ao buscar a proposta mais vantajosa, além de escolher o melhor preço, a Administração deve levar em consideração a posição da empresa no sistema de pontuação da eficiência.

Não menos importante é a necessidade de se fazer um seguro completo: o artigo 56 da Lei nº 8.666/93 prevê a possibilidade de exigência de

garantia desde que não exceda o valor de 5% do valor do contrato. Já a Lei nº 14.133/21 manteve o percentual de 5%, mas facultou à administração a possibilidade de majorar para 10%, justificando-se na complexidade técnica.

Não obstante a melhor das intenções em estabelecer o seguro, a porcentagem atual não é suficiente: segundo informações de relatório do TCU (2019), mais de 30% das obras financiadas com verba do governo federal estão paralisadas ou inacabadas.

Para que, mesmo com imprevistos, os contratos sejam cumpridos, é necessário que se aumente a percentagem da garantia, o que pode ser feito com a adoção da "performance bond" — à exemplo da legislação dos Estados Unidos da América, que contempla um tipo de seguro que garante o cumprimento completo de um contrato, o que faz com que, nas licitações norte-americanas, mesmo que ocorra algum imprevisto, 100% do contrato está garantido por uma seguradora.

Esse conceito pode ser adotado na legislação brasileira, pois, apesar de gerar um custo a mais, que obviamente será colocado no valor licitado, evitará que o Estado continue gerando esse volume monstruoso de obras paradas.

4. DO CONTROLE EXTERNO DAS LICITAÇÕES

Além do controle interno da Administração Pública, existem bons exemplos da sociedade civil para a melhoria do controle da gestão pública: os Observatórios Sociais e as Organizações Não Governamentais integradas por voluntários e voltadas à fiscalização da aplicação de recursos públicos e à transparência na sua gestão, além da diminuição de fraudes.

No Brasil, o Observatório Social de Maringá, no Estado do Paraná, foi o pioneiro e serviu de exemplo para a difusão desse serviço voluntário que, em 2019, já havia sido adotado por 142 municípios situados em 17 estados e que vem sendo propagado em todo território nacional pelo Observatório Social do Brasil (BRASIL, 2019).

Essa é uma excelente ideia que deve ser adotada por todos os entes federados: o Poder Público em especial, deve incentivar e apoiar a criação de Organizações Não Governamentais pela sociedade civil, mesmo porque

essa forma externa de controle de gastos públicos aumenta a eficiência, a eficácia e a efetividade da Administração Pública.

A fiscalização e o controle da gestão da Administração Pública também é feita pelos trinta e três Tribunais de Contas existentes no Brasil, órgãos técnicos e independentes que, em conjunto com os Tribunais Eleitorais, o Ministério Público e a Polícia Federal, têm a missão de auxiliar o Poder Legislativo dos entes federados na fiscalização das contas públicas.

Nesse sentido, pode-se citar a atuação do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, exemplificada por dois de seus numerosos acórdãos: no acórdão 3896/17 os conselheiros, ao tratarem do caso extremamente comum de Prefeitura cobrando valores altos e exigindo retirada pessoalmente de edital de licitações, solicitaram que o edital fosse disponibilizado em meio eletrônico digital (TCE-PR, 2017).

Já o acórdão 2605/18 enfatizou a importância do pregão eletrônico, aduzindo ser ele a forma mais adequada para a aquisição de bens e serviços comuns (TCE-PR, 2018).

Aqui, cabe salientar que, não obstante a excelente contribuição prestada pelos Tribunais de Contas aos Poderes Executivo e Legislativo Estaduais e Municipais, para adoção dos meios mais corretos a serem empregados nas licitações, esta não se insere nas suas competências delineadas nas Constituições Federal e Estaduais.

Ressalte-se que, à exceção dos Municípios de São Paulo e do Rio de Janeiro, que possuem Tribunal de Contas Municipal criados antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 (cujo artigo 31, § 4º veda a criação de tribunais, conselhos ou órgãos de contas municipais), os demais Municípios têm suas contas fiscalizadas pelos Tribunais de Contas Estaduais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa permitiu verificar que os princípios são as bases do direito administrativo, seja para a criação, seja para a interpretação, seja para a aplicação das normas, e que, não obstante a positivação do princípio da eficiência no *caput* do artigo 37, da Constituição Federal, as licitações, procedimentos administrativos utilizados para compras, obras, alienações e serviços, ainda padecem da quase absoluta falta de eficiência, causando

inúmeros casos de corrupção, demora na execução das obras e serviçoes e desperdício de dinheiro público.

Frente a esses problemas derivados da falta de eficiência, o trabalho analisou os fatores negativos e trouxe exemplos positivos, levando em consideração o princípio da eficiência, e propondo aperfeiçoamentos que concretizem a efetividade das licitações.

Foram analisados casos de Municípios que, com simples alterações burocráticas e funcionais, tais como maior capacitação profissional, maior transparência, controle de qualidade, uso de meios eletrônicos, entre outros, conseguiram economizar montantes gigantescos de dinheiro público.

Também foi demonstrada a importância do trabalho voluntário das Organizações Não Governamentais para auxiliar a gestão pública a ser mais eficiente, eficaz e efetiva, assim como as recomendações dos Tribunais de Contas.

Viu-se que, não raro, são endereçadas críticas às lacunas da legislação que se prestam como brechas negativas, o que decorre da falta de técnica e do excesso de política, e que pode e deve ser suprido por contribuições também do meio acadêmico, tanto para a propositura de legislações quanto para ajuda na análise de projetos de lei, tendo em vista a alta técnica e a disponibilidade de docentes e discentes para o compartilhamento de conhecimento.

Por derradeiro, o exame detalhado do princípio da eficiência no processo licitatório permitiu a proposta de itens que devem ser inseridos na legislação, em consideração ao princípio da eficiência: a obrigatoriedade do uso de meios eletrônicos, do uso do sistema de pontuação de empresas para que o objeto não seja apenas menor preço, mas também maior qualidade; e a previsão seguro garantia que cubra integralmente eventuais falhas ou desistência, entre outros.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do Amaral. **O Princípio da Eficiência no Direito Administrativo**. Disponível em: http://celc.com.br/pdf/comentarios/c2002/c70.pdf. Acesso em: 15 jul. 2019.

APUCARANA. **Licitações geram economia de R$ 97 milhões**. 2017. Disponível em http://www.apucarana.pr.gov.br/site/licitacoes-geram-economia-de-r-97-milhoes/. Acesso em: 30 set. 2019.

BRANCO, Marina. **Com pregão eletrônico, governo economizou R$9,1 BI em 2013**. Disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2014-02/com-pregao-eletronico-governo-economizou-r-91-bilhoes-em-2013. Acesso em: 24 set. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Emenda Constitucional 19/1998**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei de 29 de agosto de 1828**. Estabelece regras para a construcção das obras publicas, que tiverem por objecto a navegação de rios, abertura de canaes, edificação de estradas, pontes, calcadas ou aqueductos. *In:* Coleção de Leis do Império do Brasil — 1828, v. 1, p. 36, Rio de Janeiro, 1828.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1° de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Senado Federal, 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art.37, inc. XXI da Constituição Federal institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 1993.

BRASIL. Observatório social do Brasil (2019). **Mapa do sistema OSB**. Disponível em: http://osbrasil.org.br/mapa-do-sistema-osb/. Acesso em: 20 out. 2019.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. 4. ed. São Paulo: McGraw Hill, 1993.

COELHO MOTTA, Carlos Pinto. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. 11. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GUIA DO ESTUDANTE. São Paulo. Editora Abril, 2020. Disponível em: https://guiadoestudante.abril.com.br/universidades/brasil-tem-mais-cursos-de-direito-do-que-todos-os-outros-paises-do-mundo-juntos/. Acesso em: 3 jul. 2021.

IBGE. Disponível em: www.ibge.gov.br. Acesso em: 10 maio 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, Vitória. Licitações geram economia de R$ 67 milhões para Várzea Grande. **Olhar Direto**, 2019. Disponível em: https://www.olhardireto.com.br/noticias/exibir.asp?id=453565&noticia=licitacoes-geram-economia-de-r-67-milhoes-para-varzea-grande. Acesso em: 20 out. 2019.

MARINGÁ. Observatório Social de Maringá. **Reconhecimentos**, set. 2019. Disponível em: http://observatoriosocialmaringa.org.br/institucional/conquistas/. Acesso em: 14 out. 2019.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STASSINOPOULOS, Michel. **Traité des actes administratifs**. Athènes: Sirey, 1954.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ (TCE-PR). Acórdão 2605/2018 do Tribunal Pleno. **Decisão do Tribunal Pleno proferida em 19/09/2018** publicada no DETC nº 1916. Disponível em: http://www1.tce.pr.gov.br/reaúdo/acordao-

-2605-2018-do-tribunal-pleno/317849/rea/10. Acesso em: 19 nov. 2019.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ (TCE-PR). Acórdão 3896/2017 do Tribunal Pleno. **Decisão do Tribunal Pleno proferida em 31/08/2017** publicada no DETC nº 1673. Disponível em: https://www1.tce.pr.gov.br/reaúdo/acordao-3896-2017-do-tribunal-pleno/307038/rea/10. Acesso em: 25 nov. 2019.

ADVOCACIA DATIVA E O ESTADO DO ESPÍRITO SANTO: PARÂMETROS DE FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Paulo Vítor Prado Sampaio[84]

INTRODUÇÃO

Como nenhuma condição social emerge de um vazio jurídico, avulta pertinente a colocação do Superior Tribunal de Justiça ao proferir que *"*a remuneração relativa ao exercício da defensoria dativa é verdadeira consolidação da garantia constitucional de que todo o trabalho deve ser remunerado.*"*[85]

Seguindo a tendência preconizada pelo STJ, sobeja a sentença de que *"*o advogado dativo, por força da lei, da jurisprudência do STJ e da doutrina, tem o inalienável direito aos honorários, cuja essência corporifica-se no título judicial que não é senão a decisão que os arbitra.*"*[86]

---

84 Pós-graduado em Direito Empresarial pela Faculdade Legale. Ex-Residente Jurídico da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (PGE-ES). Especialista em Direito Público pela Damásio. Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). Advogado. Residente jurídico da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo. Lotado na Setorial de Execução e Precatórios (PEP). A justificativa da escolha deste tema deve-se ao fato de o pesquisador desempenhar atividades no Núcleo de FGTS e Dativo Cível.

85 Nesse sentido: STJ, RMS 8713/MS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 19/05/2003.

86 (Precedentes do STF - RE 222.373 e 221.486) 6. Recurso desprovido" (STJ, REsp 602.005/

Trazendo à liga, o presente artigo tem por objetivo realizar um estudo acerca da verba honorária oriunda da advocacia dativa, os fundamentos de sua existência, a sua evolução histórica, tudo isso com os olhos voltados para os parâmetros de sua fixação, especificamente os utilizados no estado do Espírito Santo. Visa, ainda, estudar como é feito o pagamento dos honorários de arbitramento aos defensores dativos, dada a sua vinculação com o ente a que estão subordinados.

Com esse propósito, executará uma exposição dos indicadores radicados dentro das normas legais e infralegais. Para tanto, estudar-se-á o Código de Processo Civil (CPC/15), o Decreto Estadual nº 2.821-r/2011, bem como a Lei 8.906/94, com o escopo de entender as regras que amparam a pretensão da verba honorária e suas alternâncias. Atrelado a isso, soma-se a análise da doutrina pátria e a jurisprudência de nossos tribunais, em especial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, com o fito de compreender a evolução do tratamento conferido aos honorários de arbitramento.

Por último, apresentar-se-á a aplicação de outros parâmetros de fixação dos honorários advocatícios afora do Estado do Espírito Santo e suas expressivas implicações.

1. FUNÇÃO SOCIAL DA ADVOCACIA DATIVA: *MÚNUS PÚBLICO* OU ADVOCACIA PRIVADA?

Este tópico irá abordar uma indagação bastante oportuna, cuja resposta será imprescindível para corroborar (ou sustentar) os parâmetros de remuneração a seguir delineados.

Consoante dita Felipe Dezorzi Borges ‘’o texto constitucional assentou o múnus público histórico a ser exercido pela Defensoria Pública, notadamente a assistência jurídica, dando azo ao dever do Estado em prestar orientação jurídica e a defesa daqueles cujos recursos são insuficientes para afastar obstáculos inerentes à proteção de direitos.”[87]

RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 23.03.2004, DJ 26.04.2004, p. 153 — sem destaques no original).

87 BORGES, Felipe Dezorzi. A legitimidade constitucional da defensoria pública. 2010. Monografia (Especialização) —Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2010.

O regramento constitucional, no que lhe concerne, não é hábil a superar o questionamento aqui posto, vez que o legislador constituinte não previu expressamente conteúdo dirigido especificamente à classe dativa, embora tenha de forma ''subentendida'' traçado perfil garantista.

Segundo a doutrina majoritária, tem-se o entendimento de que o advogado dativo é um agente privado que presta, ainda que temporariamente, sem vínculo formal, serviço público relevante. Nesse sentido, o defensor dativo é concebido como agente particular em colaboração ou agente público de fato.[88]

O entendimento da jurisprudência é no sentido de que ''o advogado dativo exerce múnus público e não está obrigado a aceitar o encargo, vez que lei nenhuma o obriga (CF, art. 5º, II), mas se aceita, nem por isso significa que não deve ser remunerado pelo seu trabalho.''[89]

Inclusive, o entendimento do Supremo Tribunal Federal[90] é nesse mesmo sentido, o advogado dativo nomeado pelo juízo para atuar em

88 Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho explica que "A doutrina se refere a um grupo de agentes que, mesmo sem ter uma investidura normal e regular, executam uma função pública em nome do Estado. São os denominados agentes de fato, nomenclatura empregada para distingui-los dos agentes de direito. O ponto marcante dos agentes de fato é que o desempenho da função pública deriva de situação excepcional, sem prévio enquadramento legal, mas suscetível de ocorrência no âmbito da Administração, dada a grande variedade de casos que se originam da dinâmica social" . (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 25. ed. rev. , ampl. e atualizada até a Lei n. 12.587, de 3. 1.2012. São Paulo: Atlas, 2012, p. 587)

89 DEFENSOR DATIVO. "MUNUS" PÚBLICO. OBRIGAÇÃO. PAGAMENTO. HONORÁRIOS. PODER PÚBLICO. APC nº 2002.01.1.093049-8, Rel. Des. Jair Soares, julgado em 17/05/2004.

90 No julgamento do Recurso Extraordinário n. 607.520, o Ministro Relator Dias Toffoli, ao decidir que compete à justiça Comum, e não à justiça do Trabalho, julgar ações de cobrança de honorários de advogados dativos, deixou assentado que "No caso presente, muito embora a recorrida não seja funcionária pública vinculada ao recorrente por uma relação de caráter estatutário, é inegável que a esse, ainda que indiretamente, presta serviços e, portanto, entre eles instaurou-se uma relação de caráter jurídico administrativa, em razão de sua atuação como defensora dativa em benefício de pessoas que não tinham condições de contratar advogados para a defesa de seus interesses em juízo, o que provavelmente decorreu da deficiência do próprio Estado em prestar á população carente adequado serviço de assistência judiciária gratuita" . (STF, RE 607520, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO Dje-118 DIVULG 20-06-2011 PUBLIC 21-06-2011.)

defesa das camadas mais pobres da população, e aqui não podem restar dúvidas, desempenha, ainda que temporariamente, múnus público de maior relevância, mantendo com o Estado vínculo de natureza jurídico-administrativa.

Aliás, esse vínculo mantido com o ente estatal não é de natureza estatutária ou mesmo celetista. Pode-se dizer isso pelo simples fato de o advogado dativo não integrar os quadros da Administração Pública.[91]

Nessa toada, reputa importante destacar que os advogados nomeados pelo juízo como defensores dativos, ao tratarem da defesa dos necessitados de atividade pública, exercem função pública na causa para a qual foram designados — situação em que ainda há prevalência do interesse público, isto é, do bem comum que se sobrepõe ao individual.

Decerto, a advocacia dativa esculpe um *múnus público* e, destarte, se revela distinta da advocacia dita "particular". Várias são as razões que patrocinam esse argumento, dentre eles, destaca-se o fato de que não raras vezes o defensor dativo nomeado fica impossibilitado de dialogar com a parte do processo, sequer ouvindo a realidade fática contada por este, o que aniquila, de vez em quando, a expectativa de uma defesa processual satisfatória.

2. PARÂMETROS DE FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Ultrapassada a discussão acerca da função social da advocacia dativa, serão analisados, a seguir, os parâmetros de fixação dos honorários advocatícios. Para estudo do tema, foram considerados os entendimentos adotados pelos Tribunais Superiores e Tribunal de Justiça do estado do Espírito Santo, assim como posicionamentos defendidos pela doutrina.

91 Hely Lopes Meirelles refere-se aos agentes particulares colaboradores como "agentes honoríficos , definindo-os como "cidadãos convocados, designados ou nomeados para prestar, transitoriamente, determinados serviços ao Estado, em razão de sua condição cívica, de sua honorabilidade ou de sua notória capacidade profissional, mas sem qualquer vínculo empregatício ou estatutário e, normalmente, sem remuneração". (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 75.)

2.1 DA EQUIDADE COMO PARÂMETRO PARA A FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Ante a definição no contexto jurídico-normativo pátrio, faz-se necessário conceituá-lo. Segundo o dicionário Michaelis, a palavra equidade pode ser definida como uma justiça natural; uma disposição para reconhecer imparcialmente o direito de cada um.

Marchando rumo à exposição doutrinária sobre o conceito de equidade, há que se ressaltar alguns posicionamentos. Alejandro Alvarez, em apanhado teórico, apresenta a equidade como uma das ferramentas criadas para solucionar o problema da distância entre o texto presente na legislação e a particularidade do caso concreto. [92]

Carlos Maximiliano, em grande contribuição doutrinária, assevera que ''não se recorre à equidade senão para atenuar o rigor de um texto e o interpretar de modo compatível com o progresso e a solidariedade humana; jamais será a mesma invocada para se agir, ou decidir, contra prescrição positiva clara e prevista.'' [93]

O critério que se apresenta servirá de base para que o magistrado fixe o encargo em patamar equivalente à contraprestação pelo serviço realizado. Indo além, o princípio da equidade norteia o intérprete nas situações ao qual o legislador não ofereça, de forma expressa, subsídios para o julgamento.

Nesse cenário, o julgador utiliza-se do princípio da equidade como parâmetro de retribuição pecuniária face a concretização de uma afamada premissa constitucional (art. 5º, LXXIV).[94] Aliás, segundo o CPC/15, o enquadramento da equidade não se restringe apenas aos honorários de arbitramento. O art. 85, § 8º é uma típica alusão do que foi sobredito acima, uma vez que permitiu a apreciação equitativa dos honorários de sucumbência, ainda que em casos pontuais.

---

92 ALVAREZ, Alejandro. Interpretação do Direito e Equidade. 1. ed. Rio Grande do Sul: Editora UFRGS. 2015.

93 MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2003. p. 142–143.

94 "Art. 5º. LXXIV — o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;"

O legislador processual, no entanto, graduou o uso da equidade como uma exceção, visto que o referido parâmetro ficou restrito a casos específicos, de comandos impostos na legislação, expressos no § 8º do art. 85. Nessa toada, o julgador fica subordinado a decidir os valores sucumbenciais dentro dos limites impostos pela lei, o que de certa forma ratifica o *art. 140, p.ú do CPC/15*.[95]

Até mesmo pela aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, é possível, por analogia, aplicar o método de apreciação equitativa do art. 85, §8º a causas em que o magistrado tenha de arbitrar honorários advocatícios.

Ademais, o atalho posto em prática pela jurisprudência é pelo apreço da equidade como parâmetro de fixação dos honorários advocatícios. Eis alguns julgados. O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo inferiu ''ser certo que a fixação dos honorários deva se dar de forma harmoniosa com o serviço prestado, em respeito aos princípios da isonomia e da equidade.''[96]

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) apreendeu quão importante é

> a intenção de se observarem esses critérios é a de que os honorários sejam assentados com razoabilidade, sem serem módicos a ponto de aviltarem a nobre função advocatícia, nem tampouco serem exorbitantes de modo a onerarem os cofres públicos e, consequentemente, a sociedade.[97]

Paralelo a isso, muito se questiona acerca do senso de justiça imbuído nas *decisões jurisdicionais por equidade*, sob o pretexto de que na ausência de um parâmetro objetivo a ser adotado, o magistrado estaria livre para julgar

95 Art. 140, CPC/15. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

96 (TJES, Classe: Apelação Criminal, 30099031731, Relator: CATHARINA MARIA NOVAES BARCELLOS, Órgão julgador: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Julgamento: 08/12/2010, Data da Publicação no Diário: 17/12/2010).

97 (REsp 1656322/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2019, DJe 04/11/2019).

da maneira que melhor lhe convier, até podendo arbitrar valores em patamar excessivo ou aviltante.

O que se pode adiantar, é que mesmo transcorrendo pontos de vistas antagônicos sobre a utilização do reportado parâmetro, pelo subjetivismo enraizado na exteriorização do arbitramento, a equidade se desponta como um princípio de direito, cimentado nos preceitos legais do Código Civil e do Código de Processo Civil, o que remete a uma condição de afeição e, especialmente, de legitimidade jurídica. Geralmente, isso é o que esteia o emprego da equidade enquanto parâmetro de fixação da verba honorária.

2.2 DO DECRETO ESTADUAL N.º 2.821-R/2011 COMO PARÂMETRO PARA O ARBITRAMENTO DOS HONORÁRIOS DE DEFENSOR DATIVO

O Decreto Estadual nº 2.821-r/2011, embora sendo um ato anterior ao diploma processual civil vigente, pode ser compreendido como uma forma de supressão dos critérios subjetivos quanto à fixação dos honorários da defensoria dativa.

Nesse sentido, o ato administrativo estadual exprimiu o objetivismo ao estandardizar a verba honorária devida à classe dativa. Antes de mais nada, assenta marcante elencar os aspectos que levaram à elaboração do referido Decreto Estadual, a saber: o respaldo jurisprudencial dos Tribunais Superiores acerca do tema, bem como a relevante quantia de recursos públicos despendidas para a consecução dessa atividade, tal qual a preferência do procedimento administrativo em detrimento do atulhado Poder Judiciário.

Trilhando esses preceitos, o ente estatal regimentou a forma de pagamento dos honorários atribuídos à defensoria dativa. De tal maneira, o Decreto Estadual nº 2.821-r/2011 pontilha, de antemão, que ''o advogado nomeado para atuar como Defensor Dativo assume um relevante múnus público, devendo observância às normas e princípios administrativos, em especial a preservação do erário para custeio das diversas necessidades coletivas mantidas e geridas pelo Estado''.

Sob a égide da conservação da coisa pública, o estado do Espírito Santo proclamou um novo parâmetro de fixação da verba honorária. De lá

para cá, o Decreto Estadual nº 2.821-r/2011 tem prestado de baliza para o julgador.

À luz da regra aludida, acham-se cotados os sequentes valores:

> Art. 2.º — Para efeito de aplicação do presente regulamento, a Secretaria da Fazenda Estadual fica autorizada a efetuar o pagamento dos honorários arbitrados judicialmente que não ultrapassem a quantia de:
>
> I — até R$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) para os procedimentos do Tribunal de Júri;
>
> II — até R$ 800,00 (oitocentos reais) para os demais procedimentos cíveis ou criminais, e
>
> III — até R$ 500,00 (quinhentos reais) para o procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e da Fazenda Pública.

De acordo com os valores preestabelecidos, fará jus ao valor máximo do Decreto o defensor dativo que tiver acompanhado todo o trâmite processual, inclusive em sede recursal. Frisa-se, os valores máximos estipulados no Decreto são para o acompanhamento de todo o processo, até o trânsito em julgado.

Conforme consulta[98] executada rente ao Portal da Transparência do estado do Espírito Santo, através da planilha de pagamentos protegidos pela Secretaria Estadual da Fazenda Pública (SEFAZ/ES), constatou-se que no acumulado de 2018 até março de 2020, a média valorativa por processo girou, no ano de 2018, em torno de R$ 402,99 (quatrocentos e dois reais e noventa e nove centavos).

Em 2019, a média foi de R$ 427,42 (quatrocentos e vinte e sete reais e quarenta e dois centavos), sendo, inclusive, a maior média do período analisado. Por último, no ano de 2020, em um acumulado até março,

98 O pesquisador utilizou-se de documentos no formato .pdf, cujo conteúdo tratava dos pagamentos de honorários de dativos nos anos de 2018, 2019 e até março de 2020. Nessas planilhas, constavam o nome do beneficiário, nº do CPF, nº do processo judicial, valores líquido e bruto, retenção de IRRF, comarca, nº e nome da vara e o mês de pagamento. Disponível em: https://transparencia.es.gov.br/Comum/AdvogadosDativos. Acesso em: 20 abr. 2020.

atingiu a média de R$ 408,41 (quatrocentos e oito reais e quarenta e um centavos).

Para efeito de esclarecimento, insta salientar, contudo, que tais valores são uma margem obtida dentre o todo envolvido nas planilhas. Em outras palavras, significa dizer que englobou tanto os processos cíveis quanto os criminais para se chegar a esses denominadores.

Ao se fazer uma correlação entre a média valorativa anual por processo e os ajustados pelo Decreto Estadual nº 2.821-r/2011, percebe-se uma forte tendência de enquadramento entre os valores arbitrados judicialmente e os pagos pela Secretaria da Fazenda Estadual, o que denota, portanto, ser o Decreto Estadual um parâmetro consolidado ou, no mínimo, acatado.

Por outro lado, o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo contesta, em partes, a afirmação dita acima. Conforme entendimento pacificado por esta E. Corte

> não há que se cogitar a aplicação Tabela organizada pela OAB, da Resolução nº 558 do CNJ ou do Decreto nº 2.821-r/2011, por traduzirem atos normativos que estabelecem, unilateralmente, os valores a serem pagos aos defensores, devendo o magistrado fixar a verba honorária consoante os critérios previstos no §2º do art. 85 do CPC/15.[99]

Diante disso, elege um incitamento louvável: *porque não validar o Decreto Estadual nº 2.821-R/2011 junto ao Poder Judiciário Estadual?*

Em direção a essa reflexão, prepondera interessante sublinhar a Resolução nº 558, de 22 de maio de 2007, do Conselho da Justiça Federal, cujo alcance de destaque se deve a chancela do Poder Judiciário Federal. Sobre o enunciado, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) através do Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino, assim expressou: ''O Conselho da Justiça Federal recentemente disciplinou a questão dos honorários devidos a advogados dativos em casos de assistência judiciária,

99 (TJES; Apl 0001073-46.2017.8.08.0023; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. José Paulo Calmon Nogueira da Gama; Julg. 11-09-2018; DJES 19-09-2018). (TJES, Classe: Apelação, 020180016212, Relator: DAIR JOSÉ BREGUNCE DE OLIVEIRA — Relator Substituto: VICTOR QUEIROZ SCHNEIDER, Órgão Julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 30/07/2019, Data da Publicação no Diário: 07/08/2019).

estabelecendo o cadastro, a nomeação de profissionais e o pagamento de honorários para os profissionais."[100]

Desse jeito, trata-se de ato normativo da Justiça Federal que regulamenta a contraprestação dos Defensores Dativos em todas as Varas Federais do país. A Resolução em comento, traz à evidência, também, de que a incumbência aceita pelo advogado dativo corresponde a um múnus público e não uma atividade ligada à advocacia privada.

À guisa de exemplo, em correspondência com a Resolução nº 558, de 22 de maio de 2007, um advogado que preste a uma atuação como Defensor Dativo na Justiça Federal, perceberá, por uma atuação em todo o processo, quando se tratar de ''ações de procedimentos ordinários'', a quantia máxima de R$ 507,17 (quinhentos e sete reais e dezessete centavos). Por outro lado, se empregada a Tabela do Decreto Estadual nº 2.821-r/2011, esse mesmo advogado auferirá dos cofres estaduais a quantia de até R$ 800,00 (oitocentos reais), dito em todo o processo.

Tal diferença de valores pressupõe que o Decreto Estadual nº 2.821-r/2011 reflete a razoabilidade e a similitude com o entendimento da Justiça Federal. Assim, o endurecimento do alegado Decreto adjunto ao Poder Judiciário Estadual soa como medida necessária e prudente, haja vista, principalmente, o fato da equivalência entre os valores assentados e os pagos pelo órgão competente. Além do que, se tem o cabal exemplo da próspera parceria implantada no seio da Justiça Federal.

2.3 DA APLICABILIDADE DA TABELA DA OAB. DO ART. 22, §§ 1.º E 2.º, DA LEI Nº 8.906/94 (ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL). ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL RECENTE.

Estabelece o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, em seu art. 22, § 1.º e 2.º, *in verbis*.

> Art. 22. [...]
>
> § 1.º. O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria

100 TEMA 984, Superior Tribunal de Justiça.

> Pública no local de prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado.
>
> § 2.º. Na falta de estipulação ou de acordo, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB.

De início, a tabela elaborada pela seccional local da Ordem é destinada à advocacia como um todo, ou seja, não há uma tabela específica para a remuneração de advogados dativos, cuja situação é totalmente peculiar — posto a função social cometida.

Seriamente, a OAB enquanto *entidade sui generis,* desvinculada da Administração Direta e Indireta da União, Estados e dos Municípios, não poderia, em tese, sobrepor ao estado do Espírito Santo uma tabela elaborada de forma unilateral, já que está em jogo a vinculação de receitas da própria Administração Pública Estadual.

Sobre o tema, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo tem se posicionado no sentido de que os parágrafos do artigo 22 da Lei nº 8.906/94 não podem ser examinados de forma isolada — ou seja, sem uma contextualização com os regramentos do Código de Processo Civil aplicáveis à espécie —, vez que as tabelas de honorários instituídas pelas seccionais da OAB possuem *caráter meramente orientador ou informativo*, não havendo a necessária vinculação do magistrado aos seus parâmetros.[101]

De igual sorte, posicionou-se o Colendo Superior Tribunal de Justiça sob a compreensão de que

> a Tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB tem, para fins de arbitramento de honorários advocatícios, *natureza orientadora*, não vinculando o julgador que poderá dela se utilizar como parâmetro, ou ainda, como mero indicativo inicial de valores

101 (TJES, Classe: Apelação Criminal, 30060205702, Relator: CATHARINA MARIA NOVAES BARCELLOS – Relator Substituto Designado: MARIANNE JUDICE DE MATTOS, Órgão Julgador: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Julgamento: 21/07/2010, Data da Publicação no Diário: 17/09/2010).

> usualmente percebidos pelos advogados, ajustáveis, no entanto à realidade fática sob exame.[102]

De acordo com o Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino,

> é inviável aplicar uma tabela instituída por entidade de classe aos serviços jurídicos prestados pelo advogado dativo, o qual é remunerado pelo Estado para assegurar o direito de acesso à Justiça a uma camada carente da população, que não possui condições de suportar a advocacia privada — e que, como destacou, "seria ordinariamente representada pela Defensoria Pública. [103]

Afinal, os valores praticados na Tabela podem ser considerados no máximo como parâmetro orientador, de forma alguma podendo ser qualificado como de aplicação compulsória pelo magistrado. Nota-se, então, o caráter balizador da Tabela da OAB/ES. Logo, não tem o condão de vincular o Poder Judiciário e, consequentemente, o Estado do Espírito Santo.

3. PARA ALÉM DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO: OUTROS PARÂMETROS DE FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Consoante o mostrado arriba, em se tratando do estado do Espírito Santo, o julgador pode se apoderar de três parâmetros no tocante ao arbitramento de honorários advocatícios atribuídos à defensoria dativa.

Ocorre que, em alguns estados, vem se ajustando novos parâmetros. Diferentemente do que vinha sucedendo, esse recente indicador é pautado por uma ingerência conjunta, não somente de órgãos estatais, mas de preceitos doutrinários, precedentes, direito comparado e direito consuetudinário.

Perpassando por esse ponto de vista, esforça-se clareza acerca de uma atitude inovadora e que, diga-se de passagem, vem sendo bastante acatada

102 (REsp, 767783/PE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 03/02/2010).

103 TEMA 984, Superior Tribunal de Justiça.

pelos entes estatais do nosso federalismo. Pois bem, trata-se de Termos de Cooperação Mútua, regulamentados através de resoluções conjuntas, os quais, dentre outros, são firmados sob a égide do princípio da reserva do possível.

Pode-se afirmar, com certa destreza, que o principal motivo que alicerçou o diálogo em questão está escorado na realidade de muitos estados brasileiros, que é o insuficiente quadro de defensores públicos. Isso, sem dúvidas, acarreta uma pertinente discussão para tentar resolver o problema que em muito aflige a regularidade da prestação jurisdicional.

Ancorado nisso, os Estados do Paraná e de Minas Gerais, por meio de uma atuação conjunta entre órgãos e/ou instituições diretamente interessados, firmaram um compromisso entre si, com o intuito de que fosse, de uma vez por todas, superada a controvérsia que a matéria suscite. E assim fora feito.

No Paraná, em 5 de setembro de 2019, foi publicada a Resolução Conjunta nº 05/2019, com base na qual a Procuradora-Geral do Estado, juntamente com o Secretário de Estado da Fazenda, no uso de suas atribuições legais, resolveu divulgar a Tabela de Honorários da Advocacia Dativa.

Diferentemente, ainda que o intuito fosse o mesmo, em sede do Estado de Minas Gerais, houve a participação mais ampla de interessados. Por meio da Resolução Conjunta nº 001, de 13 de março de 2013, foi reajustada a tabela específica de honorários devidos aos advogados dativos, nos termos da cláusula quarta do Termo de Cooperação Mútua a que se refere o Decreto Estadual nº 45.898, de 23/01/2012. Assumiram esse compromisso o Presidente do TJ/MG, o Advogado-Geral do Estado, o Secretário de Estado da Fazenda e o Presidente da OAB/MG.

Verdade seja dita, o Termo de Cooperação Interinstitucional encontra amparo nos princípios da boa-fé, da segurança jurídica e da confiança. Com isso, no que tange à fixação dos valores devidamente ajustados, significa, gradualmente, obediência à decisão do Tribunal, que a todos, juízes de primeira ou segunda instância, vinculam.

A essa altura, é possível ofertar algumas proposições conclusivas, consoante se passa a fazer no item seguinte.

CONCLUSÕES

Ante ao exposto, pode ser apresentada a seguinte síntese conclusiva: previamente, atestou-se que, doutrinária e jurisprudencialmente, a atividade assumida pelo advogado dativo representa um *múnus público*. Tal constatação, por si só, culminou por validar algumas terminações pertencentes ao emblema. Adiante, vieram o alvitre dos parâmetros de fixação dos honorários advocatícios. Sobre a equidade, observou-se que é um indicador fundamentado no subjetivismo do intérprete, ainda que a norma legal aponte alguns critérios a serem levados em consideração no momento do arbitramento. Em seguida, após tentar trazer uma noção conceitual de equidade, atentou-se para o Decreto Estadual nº 2.821-r/2011. Este parâmetro, por seu turno, carrega em seu regramento normativo haveres consentâneos com a usual prática surtida na esfera judicial, o que aventa, desde logo, para a justificável exigência de autenticação pelo Poder Judiciário Estadual.

Logo após, considerou-se que a Tabela da OAB, ainda que seja um parâmetro, não vem sendo tão acolhida quanto antes, por diversos Tribunais entenderem acerca da sua incapacidade de vincular juízes às suas referências, mormente pelo fato de que representa uma vontade unilateral e que, por isso, sua vocação estaria estritamente relacionada à advocacia privada.

Ficou demonstrado, após, em um paralelo afora do estado do Espírito Santo, que o Termo de Cooperação Interinstitucional se afigura como um parâmetro que coloca fim à controvérsia que há décadas vem atarefando o Poder Judiciário, uma vez que impede a fixação de valores dissonantes para casos idênticos e evita o arbitramento de verbas consideradas aviltantes ou excessivas. Além disso, ainda assente que o próprio causídico tenha conhecimento prévio acerca dos seus honorários e que o estado coordene melhor os pagamentos, segundo sua respectiva provisão orçamentária.

A tabela de honorários do advogado dativo, elaborada mediante acordo de mútua cooperação firmado pelos órgãos diretamente interessados, materializa o entendimento das Cortes Supremas do nosso país. Nessa perspectiva, segue a jurisprudência sedimentada do Superior Tribunal de Justiça: ‘’são, porém, vinculativas, quanto aos valores estabelecidos para os atos praticados por defensor dativo, as tabelas produzidas median-

te acordo entre o Poder Público, a Defensoria Pública e a seccional da OAB."[104]

Inclusive, no mesmo julgado, o STJ acrescentou importante raciocínio que, teoricamente, sanciona o plausível questionamento ora suscitado, qual seja, a premente necessidade de legalizar o Decreto Estadual nº 2.821-r/2011 rente ao Poder Judiciário. Eis o julgado:

dado o disposto no art. 105, parágrafo único, II, da Constituição da República, possui caráter vinculante a Tabela de Honorários da Justiça Federal, assim como tabelas similares instituídas, eventualmente, pelos órgãos competentes das Justiças dos Estados e do Distrito Federal, na forma dos arts. 96, I, e 125, § 1º, parte final, da Constituição da República.[105]

Isso posto, o estado do Espírito Santo deve seguir na trilha da evolução jurisprudencial, como uma forma de salvaguardar o interesse público e, sobretudo, o erário público, visto que ecoa antiquado não aprimorar as tendências contemporâneas.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Alejandro. **Interpretação do Direito e Equidade**. 1. ed. Rio Grande do Sul: UFRGS, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BECUE, Sabrina Maria Fadel. Advocacia Dativa: Natureza Jurídica dos Honorários Dativos e suas Repercussões Jurídicas. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, ano 4, n. 1, maio 2019. Disponível em: http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/

104 (REsp 1656322/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2019, DJe 04/11/2019).

105 (REsp 1656322/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2019, DJe 04/11/2019).

wp-content/uploads/2019/05/revista-esa-cap-07.pdf. Acesso em: 8 maio 2020.

BORGES, Felipe Dezorzi. **A legitimidade constitucional da defensoria pública.** 2010. Monografia (Especialização) — Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2010. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/291. Acesso em: 15 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil (CC). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 27 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil (CPC). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 23 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 3 abr. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. até a Lei n. 12.587, de 3.1.2012. São Paulo: Atlas, 2012.

DEFENSOR DATIVO. "MUNUS" PÚBLICO. OBRIGAÇÃO. PAGAMENTO. HONORÁRIOS. PODER PÚBLICO. APC nº 2002.01.1.093049-8, Rel. Des. Jair Soares, julgado em 17/05/2004.

LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, RMS 8713/MS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 19/05/2003.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1656322/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2019, DJe 04/11/2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 602.005/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 23.03.2004, DJ 26.04.2004 p. 153.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp, 767783/PE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 03/02/2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TEMA 984.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 607520, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2011, REPERCUSSÃO GERAL — MÉRITO Dje-118 DIVULG 20-06-2011 PUBLIC 21-06-2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Apl 0001073-46.2017.8.08.0023; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. José Paulo Calmon Nogueira da Gama; Julg. 11-09-2018; DJES 19-09-2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Classe: Apelação, 020180016212, Relator: DAIR JOSÉ BREGUNCE DE OLIVEIRA — Relator Substituto: VICTOR QUEIROZ SCHNEIDER, Órgão Julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 30/07/2019, Data da Publicação no Diário: 07/08/2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Classe: Apelação Criminal, 30060205702, Relator: CATHARINA MARIA NOVAES BARCELLOS — Relator Substituto Designado: MARIANNE JUDICE DE MATTOS, Órgão Julgador: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Julgamento: 21/07/2010, Data da Publicação no Diário: 17/09/2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Classe: Apelação Criminal, 30099031731, Relator: CATHARINA MARIA NOVAES BARCELLOS, Órgão julgador: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Julgamento: 08/12/2010, Data da Publicação no Diário: 17/12/2010.

PRIVATIZAÇÃO DA GESTÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ÁGUA E ESGOTO E A REGIONALIZAÇÃO

Benevenuto Santos[106]

INTRODUÇÃO

O acesso à água tratada e à instalações sanitárias adequadas fazem parte da base de toda infraestrutura de saneamento compatível com a sustentabilidade ambiental e os direitos humanos (SILVA; HELLER, 2016; MACEDO, 2018; BARBOSA; LIMA; BRUSCA, 2016). O acesso ao saneamento ainda é um grande problema em várias regiões do Brasil. Em 2020, 35 milhões de habitantes não tinham acesso à água tratada e mais de 100 milhões viviam em domicílios sem rede de esgoto (TRATABRASIL, 2021).

Com relação ao saneamento, 69% da população urbana é atendida com rede coletora de esgoto, mas somente 46,3% deste esgoto é tratado (SNIS, 2018). As cidades pequenas são as que mais sofrem: 33% não têm esgoto tratado, contra 73% de cobertura nas grandes cidades (SNIS, 2016). Somente nas áreas urbanas, o número de pessoas privadas do abastecimento de água é estimado em 12 milhões (ABCON, 2019). De acordo com o Sistema Nacional de Informação Sanitária (SNIS, 2018), a cada 100 litros de água que é captada e tratada, 38,5% são perdidos em razão de rompimentos, furtos ou outros danos na rede de distribuição.

Esse estado de coisas contribui para crises de saúde pública e gera grande desigualdade social. Além disso, o Brasil apresenta distorções regionais que tor-

106 Professor universitário da UniFOA e UNESA. Advogado. Mestre em Direito e Economia (UGF).

nam a realidade nacional muito mais desafiadora para atender integralmente a população (SNIS, 2016).

Os estudos na área revelam uma preocupação crescente em melhor compreender as causas e consequências dos problemas de eficiência na utilização de infraestruturas, recursos humanos e financeiros no setor de saneamento básico, a fim de impulsionar o desenvolvimento e a competitividade entre órgãos e empresas de saneamento. Os estudos mais recentes admitem que a baixa produtividade das empresas brasileiras de saneamento dificulta um melhor nível de cobertura e qualidade dos serviços prestados à população (MACEDO, 2018).

Tendo esse panorama como fundo, mudanças importantes foram feitas recentemente na estrutura regulatória de saneamento básico do Brasil, com a promulgação da Lei nº 14.026/2020, alterando-se importantes dispositivos que regulamentavam o setor, com o objetivo de "modernizar" a legislação e garantir condições "saudáveis" de competição entre as empresas, proporcionando maior segurança aos investidores privados, promovendo uma maior regionalização do serviço prestado (SION, 2020).

É importante destacar que, no Brasil, o saneamento básico abrange o ciclo de abastecimento de água potável e o ciclo do esgotamento sanitário, objeto deste artigo, bem como o manejo e a destinação adequada de resíduos e o gerenciamento das águas pluviais.

É importante analisar um modelo que possa conciliar investimento e universalização do esgotamento sanitário, dentro de uma tarifação justa, posto que os planos de privatização de bens públicos (ou da gestão do serviço) e de concessões de serviços públicos se justificam como ferramentas para eficiência na gestão.

Assim, esta pesquisa teve por base doutrina, jurisprudência dos Tribunais, legislações específicas para o tema, artigos científicos, revistas online, periódicos e sites relevantes para a temática. Trata-se de uma pesquisa exploratória descritiva, aliada à base teórica, de forma que seja abordado o máximo de informações atuais possíveis. O resultado que se pretende atingir por meio desta pesquisa concentra-se na relação do estudo da regionalização e privatização dos serviços de saneamento básico.

1 PREVISÃO CONSTITUCIONAL DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO E TITULARIDADE

A Constituição da Federação brasileira não dispõe expressamente acerca da esfera titular na prestação dos serviços de saneamento básico, em especial

na captação, tratamento e distribuição de água potável, e na coleta, tratamento e lançamento final do esgoto sanitário. Os serviços públicos de saneamento básico possuem expressa previsão constitucional de sua existência, conforme art.21, XIX, que trata das normas gerais para as atividades de habitação, saneamento e transporte urbano. O art. 23, IX da CF, engloba, por sua vez, ações e programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico. Em ambos, trata-se o tema sob a ótica normativa e de programas sociais e urbanos, sem, contudo, indicar a esfera governamental titular da oferta à população.

A discussão da oferta dos serviços de água potável e de tratamento de esgotos sanitários, cuja atuação, desde a década de 60, tem sido efetuada pelos Estados, DF e municípios, adota uma sistemática que aborda as regiões metropolitanas e os municípios interioranos. A repartição de competências na prestação dos serviços de saneamento, restritos ao fornecimento de água e coleta e tratamento de esgoto domésticos, decorre da interpretação dos artigos 25 (§ 3º) e 30, ambos da Constituição Federal. A interpretação da titularidade municipal decorre do art. 30, que atribui aos Municípios competência de "organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local". Outra visão, neste caso mais próxima da questão territorial e da disponibilidade do recurso hídrico, aparece no art. 25, § 3º, remetendo aos Estados a competência para o desempenho de funções públicas de interesse comum em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual (ALVES, 1998). Sendo as regiões citadas agrupamentos de municípios limítrofes, sua organização e planejamento para fins de serviços comuns cabe aos estados.

Esse sistema começou a ser delineado na década de 1970, à medida que o setor necessitava de maciços investimentos para ampliar a rede de infraestrutura de saneamento que o Brasil carecia tão intensamente (BNDES, 2008). Grandes investimentos foram feitos pelas empresas estatais que concentravam as operações, uma vez que a maioria dos municípios não possuía capacidade econômica e técnica para conduzir de forma independente as operações. Nesse sistema, a concentração e o monopólio público deram o tom para a competitividade do setor e, apesar de tentativas de aumentar a participação da iniciativa privada, ele permaneceu até pouco tempo um monopólio predominantemente público.

1.1 A NOVA REGULAÇÃO

Conforme Gomes e Coelho (2020), a regulação é um instrumento imprescindível para o fomento do alcance das metas de atendimento do saneamento. A situação do saneamento básico vinha claudicando, mesmo com as diretrizes estabelecidas pela Lei nº 11.445 de 2007 e sua regulamentação pelo Decreto nº 7.217/2010, tanto pelas questões políticas quanto pela ausência de investimento.

A Lei nº 11.445 de 2007, marco inicial, previu a universalização do abastecimento de água e do tratamento de esgoto doméstico no Brasil, a estabilidade econômica e ambiental do modelo, e estabeleceu as regras básicas para o setor, definindo as competências dos entes federados para os serviços e regulamentando a participação de empresas privadas (MADEIRA, 2010).

A nova regulação do setor de Saneamento no Brasil, reestruturada com a Lei 14.206/2020, traz todo um conjunto de novas normas que devem mudar o cenário existente no país. Essa lei visa a universalização do saneamento básico no país até 31 de dezembro de 2033. A meta é atingir 99% de cobertura para abastecimento de água potável e 90% para coleta e tratamento de esgoto. A previsão de investimento é de até R$ 700 bilhões e deve ser feito por todas as concessionárias, públicas e privadas, obrigadas a manter os investimentos atrelados à meta de desempenho para manter as concessões de saneamento. Isso obrigará as empresas a manter os níveis de investimentos exigidos.

Foram estendidas as atribuições da Agência Nacional de Águas (ANA) na regulação do setor. A agência ganhou novas atribuições, sendo responsável pelos padrões de referência de qualidade dos serviços de saneamento em nível nacional.

A Política Nacional de Saneamento iniciada pela Lei 11.445/2007 era descentralizada, ao contrário no novo marco, que centraliza as atividades na ANA, ampliando suas funções. A formulação dos 'padrões de referência', a serem seguidos pelos órgãos reguladores detidos pelos titulares dos serviços é da competência da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA). Essa autarquia em regime especial, classificada como agência reguladora, antes vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, agora vincula-se ao Ministério do Desenvolvimento Regional.

Os padrões de referência visam: estimular a cooperação entre os entes federativos com foco na padronização universal e tarifas baixas; promover a regionalização da prestação de serviços; e estabelecer critérios que limitem a duplicação de custos administrativos ou gerenciais a serem pagos pelo usuário final.

1.2 VISÃO REGIONALIZANTE DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO

Os modelos de gestão dos serviços de saneamento básico têm seguido o planejamento institucionalizado o antigo Plano Nacional de Saneamento Básico, denominado PLANASA, que prevaleceu como modelo regulatório coordenado pelo então Ministério de Interior (BRASIL, 1971), com as devidas adaptações providas pela Lei 6.528/1978.

As Companhias Estaduais de Saneamento Básico (CESBs), sociedades de economia mista constituídas para o gerenciamento dos contratos de concessão, tiveram um desenvolvimento significativo graças ao financiamento do PLANASA, com o aproveitamento de economias de escala, qualidade de sua governabilidade — em geral, melhor em comparação com os operadores municipais —, e sua capacidade de implementar subsídios cruzados entre municípios, bairros e estratos sociais. Mais de 3.000 municípios celebraram contratos de concessão — informais na maioria dos casos, e com prazo já expirado — com as CESBs, enquanto que quase todos os demais conservaram a gestão direta. Esse foi o modelo que predominou com forte incentivo do Governo Federal a partir de 1964 (JORGE, 2014).

Os anos 80 se caracterizaram por um retorno à municipalização e descentralização, o que se explica pela culminação dos grandes projetos e planos financeiros nacionais a favor das CESBs e pelo termino do PLANASA, formalmente fechado em 1992 (COSTA, 2011).

Essas empresas são responsáveis pelo atendimento a 70% da população brasileira (120 milhões de pessoas). As maiores empresas atendem a um terço da população: 70 milhões de pessoas. As principais são: Sabesp (Estado de São Paulo), Sanepar (Estado do Paraná), CEDAE (Estado do Rio de Janeiro) e COPASA (Estado de Minas Gerais). Existem cerca de 1.500 municípios que administram serviços de água e esgoto diretamente ou por meio de empresas municipais ou autarquias. Essas operadoras municipais atendem a quase 15% da população urbana brasileira (COSTA, 2011).

Devido aos altos custos, infraestrutura necessária e domínio das empresas estatais para o setor de serviços públicos de água no Brasil, os participantes não competem por consumidores individuais, mas buscam contratos que lhes garantam o controle sobre uma região geográfica.

Nesse sentido, a atualização do marco regulatório do saneamento (Lei 14.026/2020) estabelece em seu art. 3º, VI, uma definição jurídica com relação à prestação de serviços regionalizados, como modalidade de prestação integrada de um ou mais componentes dos serviços públicos de saneamento básico em determinada região cujo território abranja mais de um município, versando que ela poderá ser estruturada em três composições principais:

> a) região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião: unidade instituída pelos Estados mediante lei complementar, de acordo com o § 3º do art. 25 da Constituição Federal, composta de agrupamento de Municípios limítrofes e instituída nos termos da Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole);
>
> b) unidade regional de saneamento básico: unidade instituída pelos Estados mediante lei ordinária, constituída pelo agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, ou para dar viabilidade econômica e técnica aos Municípios menos favorecidos;
>
> c) bloco de referência: agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, estabelecido pela União nos termos do § 3º do art. 52 desta Lei e formalmente criado por meio de gestão associada voluntária dos titulares (BRASIL, 2020b).

O novo quadro prevê a possibilidade de exploração do saneamento por blocos, nos quais existiriam áreas de maior e menor interesse econômico licitadas conjuntamente. Para que municípios mais pobres ou mais isolados também tenham acesso aos serviços, será permitida a formação de consórcios públicos, já mencionados, e acordos de cooperação entre municípios vizinhos para a contratação de serviços de saneamento em determinada região.

O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842, impetrada pelo Estado do Rio de Janeiro, decidiu que, embora a competência sobre o serviço de saneamento básico seja municipal, sua função pública frequentemente ultrapassa o interesse local nos casos de instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, por se tornarem interesse comum, devendo ser geridos por um conselho integrado pelo estado e municípios envolvidos (STF, 2013).

1.3 A PRIVATIZAÇÃO DA GESTÃO DO SANEAMENTO BÁSICO

O último horizonte das "privatizações" dos serviços públicos envolve a área de saneamento básico. É evidente que a expressão jurídica pode conduzir ao erro, pois não se trata de alienação de um bem público, mas sim concessão. Contudo, a expressão é bastante ilustrativa para o entendimento da população em geral.

O aumento da participação dos agentes privados sempre foi apontado como uma das soluções possíveis para mudar este cenário, uma vez que os operadores privados teriam maior capacidade de atrair capitais para projetos de infraestruturas, o que implicaria um aumento da eficiência operativa (FERREIRA; GOMES; DANTAS, 2021). Essa tendência foi muito modesta até a edição da nova Lei de Saneamento em 2020, uma vez que o setor impunha uma série de incertezas aos potenciais investidores privados e o arcabouço legal era muito complexo, impondo diversos desafios para os novos participantes.

Entretanto, há sérias críticas ao modelo privatizador desta norma. A primeira crítica refere-se à competição na produção de bens que demandam elevados investimentos fixos e efeitos de escala: esta pode ser contraproducente e até inviável, como no caso do saneamento. É o que os economistas chamam de monopólios naturais, porque o alto volume de financiamento necessário para implementar os serviços e o longo período de reembolso exigem contratos exclusivos de 20 a 35 anos para fazer o investimento valer a pena.

Nos monopólios naturais, a competição ocorre no nível de entrada por meio de um processo de licitação para a prestação de serviços. Isso já era permitido no Brasil. As empresas concorrentes apresentarão propostas e será firmado um contrato de pelo menos 20 anos com a operadora vencedora, que decidirá o custo dos serviços. A agência reguladora estabelecerá limites sobre esse custo, mas mesmo com bons contratos iniciais ele estará sujeito a ser capturado por interesses econômicos. Os custos de reversão da privatização são muito altos (TNI, 2017).

Ressalta-se que esse modelo foi rejeitado em todo o mundo, onde 90% dos sistemas são administrados por autoridades públicas. Um estudo internacional mostrou que várias cidades que privatizaram seus serviços

de saneamento desistiram e os aceitaram de volta (TNI, 2017). As razões básicas listadas foram subinvestimento, disputas sobre custos operacionais, preços e aumentos de tarifas acentuados, dificuldade em monitorar operadores privados, falta de transparência financeira, dispensas e má qualidade geral do serviço. A privatização aumentou os preços globalmente (SATOKO; OLIVIER; STEINFORT, 2020).

Além disso, nada na literatura científica sugere que os operadores privados sejam melhores (SCRIPTORE; TONETO JUNIOR, 2012). Os últimos dados do Sistema Nacional de Informação sobre Saneamento (SNIS) mostram que, em média, as empresas privadas que operam no Brasil não apresentam índices menores de perdas na distribuição de água ou maior produtividade da força de trabalho. O último estudo sobre o investimento das empresas regionais de água e esgoto no Brasil mostra que a abertura ao setor privado não produziu diferenças substanciais na cobertura ou redução do déficit. Surpreendentemente, porém, sua lucratividade perdia apenas para o setor financeiro (bancos), acreditando que a opção de pagar dividendos aos acionistas restringiu o investimento na expansão da cobertura. Por isso, um dos riscos desse modelo é justamente o de comprometer a universalização (SARTI; ULTREMARE, 2018).

É o que também demonstra o estudo da *Transnational Institute*. O estudo da instituição demonstra, de forma geral, que as experiências de privatização deterioraram a qualidade dos serviços e houve aumento das tarifas. O estudo mostra, ainda, que aconteceram 235 casos de reestatização do saneamento entre os anos de 2000 e 2015 (TNI, 2017), e o motivo desta reversão são serviços inflacionados, serviços ineficientes e investimentos insuficientes. De acordo com Satoko Kishimoto:

> Em geral, observamos que as cidades estão voltando atrás porque constatam que as privatizações ou parcerias público-privadas (PPPs) acarretam tarifas muito altas, não cumprem promessas feitas inicialmente e operam com falta de transparência, entre uma série de problemas que vimos caso a caso (BBC, 2017).

Receia-se que esse modelo privatístico afete muito a população mais pobre, precarizando, postergando ou não realizando qualquer tipo de melhoria nos sistemas (GONÇALVES; SILVA, 2020).

A nova Lei não torna a privatização obrigatória, e nem poderia, mas origina e facilita uma série de restrições que, em última análise, a induzem. Quando o Governo Federal concede ajuda financeira a um estado/município endividado, condicionado à "privatização" dos serviços de saneamento, ele não impõe uma obrigação em si, mas cria uma forte compulsão. Afinal, se não houver acordo, o estado ou município continuará endividado e terá de arcar com os custos, por exemplo, retendo os salários dos funcionários públicos e interrompendo os serviços públicos, penalizando ainda mais a população (SAVEDRA, 2019).

Os contratos-programa são instrumentos de cooperação que permitem aos entes locais delegar serviços de saneamento a empresas do governo estadual sem licitações. A extinção desse instrumento obriga-os a realizar licitação aberta a todos os interessados na exploração de serviços de saneamento. Como resultado, uma cidade que se opõe ideologicamente à privatização, mas não pode realizar tais serviços diretamente, pode ser forçada a contratar ou, quando o fornecimento for regionalizado, a aceitar qualquer empresa privada que venha a ganhar a licitação. A Lei também penaliza cidades que discordem da privatização de concessionárias regionais (governo estadual), obrigando-as a reembolsar os investimentos não amortizados caso decidam rescindir o acordo.

A Lei também estipula que, em caso de transferência do controle de uma empresa do Estado ou de outorga de nova concessão, os novos operadores herdam a totalidade do contrato, mas não necessariamente as dívidas em aberto (investimentos a amortizar). Isso, além de ser um ônus adicional para o estado ou município, atrasa o reembolso ao provedor (público) anterior. Além disso, o processo de regionalização planejado envolverá a divisão dos contratos existentes, exigindo que as empresas se ajustem de acordo. Observe-se que o prazo originalmente previsto, no projeto de lei, para a transição, foi vetado pelo presidente Bolsonaro, uma vez que o objetivo é privatizar o mais rápido possível (BRASIL, 2020a).

Uma das críticas ao novo então projeto de lei diz respeito à possibilidade de aumento do preço cobrado ao consumidor, já que todo o investimento necessário para as metas de expansão seria financiado diretamente pela receita das tarifas. Se isso acontecer, afetará diretamente as condições de vida das famílias pobres.

Com a formação dos blocos prevista no novo quadro, as pequenas, médias e grandes cidades podem, juntamente com os estados, ter acesso ao mesmo tipo de serviços, devido a um poder de negociação agora regional. O novo marco tem a finalidade de colocar toda a população no mesmo patamar, a fim de corrigir as desigualdades e possibilitar o alcance da meta de universalização. Por outro lado, a preocupação dos grandes municípios está em suportar uma tarifa mais elevada em benefício dos municípios menores, subsidiando assim os seus serviços, ao mesmo tempo em que procuram explicar a situação aos seus cidadãos.

Para enfrentar esse dilema, os estados terão papel fundamental no estabelecimento de leis para a criação das "unidades regionais de saneamento básico", acrescentando regras claras para reajustes tarifários e considerando essa participação dos municípios maiores como um "subsídio cruzado", a fim de se atingir a meta de universalização no estado como um todo.

O problema é que o simples estabelecimento de metas não garante que elas serão cumpridas. Os contratos nessa área são morosos e sempre existem justificativas para o não cumprimento, principalmente quando existem meios e recursos para levar as disputas aos tribunais, o que não é problema para o setor privado. Contar com regras contratuais rígidas para garantir que os serviços sejam prestados às áreas pobres pressupõe que os governos estaduais tenham poder de barganha e que sejam fortes e comprometidos com a causa da cobertura universal. Não parece ser o caso de governadores que vendem empresas estatais em troca de algum alívio nas finanças do Estado, ou que mantêm relações duvidosas com empresas interessadas (TOMAZELLI, 2017), ou somente querem se livrar do prejuízo das companhias ao mesmo tempo em que fazem caixa com a venda, inclusive das rentáveis (LAGUNA, 2020). Esta lei tem viés de privatização, visando acelerar a venda de estatais (MARQUES; CANÇADO; SOUZA, 2021).

1.4 A PARTICIPAÇÃO DA UNIÃO NA ARTICULAÇÃO DAS CONCESSÕES EM SANEAMENTO BÁSICO

A Lei 13.334, de 13 de setembro de 2016, inaugurou um programa governamental de promoção e estímulo ao desenvolvimento da infraestrutura nacional. Na forma disposta no diploma legal, o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) destina-se à ampliação da interação entre o

Estado e a iniciativa privada, por meio da celebração de contratos e instrumentos de parceria, visando à execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização.

Pode-se destacar que o PPI tem por objetivo os empreendimentos públicos de infraestrutura de titularidade da União, os empreendimentos públicos de infraestrutura que, estimulados pela União, sejam de titularidade a dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, e projetos e programas previsto no Programa Nacional de Desestatização.

Em suma, o objetivo do PPI é promover o aumento dos investimentos em infraestrutura pública de serviços de titularidade do Estados, DF e municípios. Para o caso dos serviços públicos em questão, deve-se frisar que a delegação à iniciativa privada dar-se-á com exploração econômica, dentro de um modelo normativo controlado pelo estado ou município concedente. Nesses casos, é cabível a utilização de tarifas na remuneração destes serviços, que possuem potencial lucrativo. A União entra nesse modelo na qualidade de canalizadora de investimentos, via bancos públicos, estruturando projetos de "privatização", incluindo o sistema de tarifação.

O estímulo da União para que os demais entes federativos deleguem seus serviços à iniciativa privada foi latente e expresso, à medida em que o Decreto 9.036/2017 considerou como políticas públicas prioritárias aquelas relativas aos setores de infraestrutura dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a saber: saneamento básico, iluminação pública e distribuição de gás canalizado.

O PPI possibilita aos entes federativos, titulares das competências de prestação de serviços públicos de saneamento, a alternativa de um modelo de privatização da gestão. Neste contexto de atrair Estados, DF e municípios, a União oferece suporte técnico e financeiro. Para atingir essa finalidade, existirá um Fundo de Apoio à Estruturação de Parcerias (FAEP), a cargo do BNDES, cuja finalidade será a prestação onerosa, por meio de contrato, de serviços técnicos profissionais especializados para a estruturação de parcerias de investimentos e de medidas de desestatização.

CONCLUSÃO

Os argumentos trazidos nesta pesquisa servem para questionar a visão municipalista exclusiva na oferta dos serviços de saneamento básico, a fim

de que seja possível uma visão integrada regionalizada. Algumas questões podem ser percebidas para essa opção, na defesa de um modelo pautado fora da lógica municipalista.

Da extinção do modelo PLANASA para o atual cenário de estímulos à privatização, pouco se alterou no acesso aos serviços de saneamento básico quando se trata de esgotamento sanitário. A universalização do serviço parece-nos um cenário distante.

O serviço de saneamento básico possui peculiaridades e interfaces, devido à infraestrutura que pode transcender o território municipal — captação, adução de água bruta, tratamento, adução de água tratada e reservação de água —, sendo importante uma visão regional de sua integração. Esse aspecto é primordial para um modelo planejado na preservação da fonte hídrica, pois a captação e adução de água dependem de características hidrológicas da região e da forma como nelas se dão o uso e ocupação do solo. O planejamento regional na prestação dos serviços de saneamento proporciona a redução de desperdício de água, repercutindo nos gastos desnecessários com potabilidade da água.

Ainda não é possível estabelecer uma relação de benefício decorrentes dos programas de concessão de serviços de água e esgotos (privatização da gestão), em razão dos modelos concentrarem-se em locais restritos e da ausência de informações confiáveis quanto à universalização do esgotamento sanitário. Logo, o cenário de privatização deve ser analisado com base em resultados obtidos em experiências mundiais ou mesmo na lógica econômica do aumento de tarifação sobre os usuários. Conforme as informações coletadas, o raciocínio que envolve um modelo de privatização da gestão do saneamento básico está muito longe de solucionar os problemas brasileiros sem um grande sacrifício tarifário de população e usuários.

REFERÊNCIAS

ABCON (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS PRIVADAS). **Panorama da participação privada no saneamento 2021**. Disponível em: https://www.abconsindcon.com.br/wp-content/uploads/2021/07/PAN21-BAIXA-final.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

ALVES, A. C. **Saneamento básico:** concessões, permissões e convênios. Bauru: Edipro, 1998.

BARBOSA, A.; LIMA, S.; BRUSCA, I. Governance and eficiency in the brazilian water utilities: A dynamic analysis in the process of universal access. **Util. Policy**, n. 43, p. 82–96, 2016. Disponível em: https://www.semanticscholar.org/paper/Governance-and-efficiency-in-the-Brazilian-water-A-Barbosa-Lima/a3f4427c565b0c4a1a6e401ddd33410010341e5e. Acesso em: 10 set. 2021.

BNDES (BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO). **Apoio ao setor de saneamento**. 2008. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/2476/1/BS%2028%20Apoio%20ao%20Setor%20de%20Saneamento_P.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Mensagem nº 396, de 15 de juIho de 2020a**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Msg/VEP/VEP-396.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020b**. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.026-de-15-de-julho-de-2020-267035421. Acesso em: 20 ago. 2021.

COSTA, A. J. M. **Cinco Companhias Estaduais de Saneamento Básico (CESB) como modelo de gestão para a prestação de serviços de saneamento básico**. Disponível em: https://www.amecengenhariaeconsultoria.com.br/wp-content/uploads/2020/04/Cap.5ParteII27032011Textorevisado-1.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

FERREIRA, J. G.; GOMES, M. F. B.; DANTAS, A. W. M. **Desafios e controvérsias do novo marco legal do saneamento básico no Brasil**. *2021.* Disponível em: https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/32258. Acesso em: 22 ago. 2021.

GOMES, C. N.; COELHO, D. J. S. da C. S. Regulação no âmbito do Saneamento Básico e a necessidade do desenvolvimento da função

regulatória em decorrência do projeto de Lei nº 4.162/2019. **Revista Humanidades e Inovação**, v. 20, n. 7, p. 569–584, 2020.

JORGE, W. E. Política e planejamento territorial. *In:* PHILIPPI JR., A.; ROMÉRIO, M. A.; BRUNA, G. C. (orgs). **Curso de gestão ambiental**. 2. ed. Barueri: Manole, 2015.

LAGUNA, E. Dez das 27 estatais de água sao deficitarias; vao sobreviver com nova lei? **UoL**, 19 ago. 2020. Disponível em: https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/07/19/com-marco-do-saneamento-estatais-tem-de-se-reinventar-para-sobreviver.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

MACEDO, J. **Avaliação do setor de saneamento no Brasil, período 2004 a 2015:** Usando a análise da fronteira estocástica (SFA), análise envoltória de dados (DEA), Índice de *Malmquist*. 2018. Tese (Doutorado) — Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Brasil, 2018. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/55393. Acesso em: 15 set. 2021.

MADEIRA, F. R. O setor de saneamento básico no Brasil e as implicações do marco regulatório para a universalização do acesso. **Revista do BNDES**, 2010. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/4782. Acesso em: 20 set. 2021.

MARQUES, D. H. F.; CANÇADO, C. J.; SOUZA, P. de C. (2021). Reflexões sobre o novo marco regulatório do saneamento básico: possíveis impactos no planejamento de Minas Gerais. Texto para discussão. **Fundação João Pinheiro**, n. 15, Belo Horizonte: FJP, 2021. Disponível em: http://novosite.fjp.mg.gov.br/wp-content/uploads/2020/11/25.1.2021_TEXTO-PARA-DISCUSSAO-N.-15-1.pdf. Acesso em: 18 set. 2021.

OLIVEIRA, G.; SCAFUZA, P. **A economia do saneamento no Brasil.** São Paulo: Singular, 2009.

SARTI, F.; ULTREMARE, F. Padrão de investimento e a estratégia financeira das grandes empresas regionais do setor de Água e Esgoto (A&E) no Brasil. *In:* HELLER, L. (org.) **Saneamento como polí-**

tica pública: um olhar a partir dos desafios do SUS. Rio de Janeiro: Centro de Estudos Estratégicos, Fundado Oswaldo Cruz, 2018.

SATOKO, K.; OLIVIER. P.; STEINFORT, L. **Reclaiming public services:** how cities and citizens are turning back privatisation. 2017. Disponível em: https://www.tni.org/en/publication/reclaiming-public-services. Acesso em: 13 juI. 2021.

SAVEDRA, P. Exclusão do Rio do Regime de Recuperação Fiscal ameaça pagamento de servidores. **O Dia**, 20 set. 2019. Disponível em: https://odia.ig.com.br/colunas/servidor/2019/09/5682885-exclusao-do-rio-do-regime-de-recuperacao-fiscal-ameaca-pagamento-de-servidores.html. Acesso em: 13 set. 2021.

SCRIPTORE J. S.; TONETO JUNIOR, R. A estrutura de provisão dos serviços de saneamento básico no Brasil: uma análise comparativa do desempenho dos provedores públicos e privados. **Rev. Adm. Pública**, n. 46, p.1479–1504, 2012. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rap/a/Q5Npzkm4jCm3GfgSygBKfPr/abstract/?lang=pt. Acesso em: 21 set. 2021.

SILVA, P.N.; HELLER, L. O direito humano à água e ao esgotamento sanitário como instrumento para promoção da saúde de populações vulneráveis**. Ciência Saúde Coletiva,** n. 21, p. 1861–1870, 2016.

SION, A. O. Necessidade de investimentos em infraestrutura para universalização do saneamento básico no combate a pandemias: uma análise do enfrentamento à covid-19 à luz do Novo Marco Legal do Saneamento Básico. **Revista Ciências Jurídicas e Sociais — IURJ**, v. 1. n. 1, p. 111-141, 2020.

SNIS (SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÃO SANITÁRIA). **Diagnóstico dos serviço de água e esgotos — 2016**. Disponível em: http://www.snis.gov.br/diagnostico-anual-agua-e-esgotos/diagnostico-ae-2016. Acesso em: 22 ago. 2021.

SNIS (SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÃO SANITÁRIA). **Diagnóstico anual da gestão de serviço de água, saneamento e resíduo sólidos — 2018**. Disponível em: http://www.snis.gov.br/

downloads/diagnosticos/ae/2018/Diagnostico_AE2018.pdf. Acesso em 22 ago. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Adi 1.842. Rel. Luiz Fux. Publicado em 16/09/2013. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026. Acesso em: 25 ago. 2021.

TNI. **Remunicipalización***:* Cómo ciudades y ciudadanía están escribiendo el futuro de los servicios públicos Informe de prensa. 2017. Disponível em: https://www.tni.org/es/publicacion/remunicipalizacion-1. Acesso em: 22 ago. 2021.

TOMAZELLI, I. Em busca de alívio de R$ 62 bi, Rio entrega plano de recuperação fiscal. **O Estado de São PauIo**, 13 jun. 2017. Disponível em: https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,em-busca-de-r-62-bi-rio-entrega-plano-de-recuperacao-fiscal,70001838873. Acesso em: 22 ago. 2021.

TRATABRASIL. **Água**. 2020c. Disponível em: https://www.tratabrasil.org.br/saneamento/principais-estatisticas/no-brasil/agua. Acesso em: 20 set. 2021.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: PONDERAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO ANTE CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Camilla Silva dos Santos[107]
Glaucia Maria de Araújo Ribeiro[108]

INTRODUÇÃO

No desempenho de suas funções, a Administração Pública celebra contratos a fim de adquirir serviços e/ou bens. Assim sendo, contrato administrativo é todo e qualquer ajuste entre órgão e entes da Administração Pública e particulares, no qual há um acordo de vontades, a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas. A Constituição Federal vincula as contratações realizadas pela Administração ao processo licitatório, conforme o disposto em seu art. 37, XXI, ressalvadas as hipóteses de dispensa e inexigibilidade previstas em lei.

De modo geral, esses instrumentos têm como objetivo precípuo a satisfação do interesse público, e são regidos pela nova Lei n. º 14.133/2021 — que substitui a Lei n.º 8.666/1993 — e regulados, primordialmente, pelo regime jurídico de Direito Público e supletivamente pelos princípios da teoria geral dos contratos e disposições do Direito privado.

107 Graduanda em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA).

108 Doutora em Saúde Coletiva pela UERJ/RJ. Doutoranda em Direito pela UFMG/MG. Mestre em Direito Ambiental pela UEA/AM. Professora da UEA/AM.

Quanto à introdução da nova Lei n. º 14.133/2021, cumpre esclarecer que o legislador definiu que a nova Lei de Licitações, uma vez sancionada e publicada, terá vigência concomitante pelo período de dois anos com as leis que compõem o regime antigo. Quer dizer, a Lei n. º 8.666/1993, a Lei n. º 10.520/2002, e os dispositivos da Lei n. º 12.462/2001 serão revogados somente depois de 2 anos da publicação da Lei n. º 14.133/2021. Nesse ínterim, pode a Administração aplicar qualquer dos regimes, conforme sua preferência, desde que indicado no instrumento convocatório; sendo vedada a aplicação combinada dos regimes, nos termos do art. 193 da nova Lei de Licitações.

Independente do regime adotado, a natureza pública dos contratos administrativos coloca a Administração Pública em posição de superioridade em relação ao particular, ou seja, a própria natureza jurídica do contrato administrativo implica na utilização das cláusulas exorbitantes, que, por sua vez, são obrigatórias, visto que decorrem da legislação ou dos princípios que regem a atividade administrativa.

Esses atributos visam o perfeito atendimento do interesse público; contudo, no contexto pós-liberal, a Administração Pública tem expandido as formas contratualizadas de atuação. Nessas circunstâncias, o contrato administrativo assume papel essencial em um Direito Administrativo mais cooperativo sem perder suas bases constitucionais.

O presente artigo adotou o método dedutivo tanto na pesquisa quanto em sua redação final, baseando-se na construção doutrinária, jurisprudencial e normativa, tendo em vista que o objetivo central deste estudo é desenvolver um raciocínio lógico a partir de uma ideia geral e chegar a uma conclusão particular acerca da flexibilização da supremacia do interesse público com vistas a um maior equilíbrio, estabilidade e eficiência nas relações contratuais da Administração.

1 REVISÃO TEÓRICA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1.1 CONCEITO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Segundo Oliveira (2021, p. 896), a manifestação de vontade juridicamente relevante da Administração Pública pode ser materializada através

de seus agentes, nas seguintes modalidades: unilateral (atos administrativos); bilateral (contratos da Administração); e plurilateral (consórcios e convênios).

Nos contratos da Administração há manifestação recíproca de vontades entre dois entes, estabelecendo relação jurídica bilateral em que os respectivos interesses das partes formalizam uma vontade comum, autônoma e diferenciada das vontades individuais, e que, a ambas subordinando, passa a reger a relação.

Entretanto, nem todos os contratos da Administração Pública são contratos administrativos. E ainda que possua os elementos comuns do gênero dos contratos, a espécie do *contrato administrativo* se distingue uma vez que o *interesse* tem natureza pública, ou seja, tem finalidade indisponível, motivo pelo qual é submetido ao regime do Direito Administrativo. Nesse sentido, o art. 89 da Lei 14.133/2021 preconiza: "Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado".

Segundo Di Pietro (2020, p. 290) o termo *contratos da Administração* tem sentido amplo, englobando todos os contratos celebrados pela Administração Pública (independente do regime); já a expressão *contrato administrativo* vincula-se apenas aos "ajustes que a Administração, [...] celebra com pessoas públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público".

Sobre os contratos administrativos:

> É natural, aqui, a presença das cláusulas exorbitantes (art. 58 da Lei 8.666/1993 e art. 104 da nova Lei de Licitações) que conferem superioridade à Administração em detrimento do particular. Independentemente de previsão contratual, as cláusulas exorbitantes serão observadas nos contratos administrativos, pois a sua aplicação decorre diretamente da Lei (OLIVEIRA, 2021, p. 422–423).

Feitas tais considerações, existem dois aspectos básicos nos contratos administrativos, sendo eles: a verticalidade, isto é, um desequilíbrio em favor da Administração Pública; a aplicação do regime de direito público

em geral, aplicando-se, supletivamente, as normas de direito privado (art. 54 da Lei 8.666/1993 e art. 89 da Lei 14.133/2021).

Por outro lado, há os contratos privados da Administração, também denominados de contratos semipúblicos. Nesse caso, a Administração Pública e o particular encontram-se em situação de relativa igualdade, e seu vínculo é regido predominantemente pelo direito privado (OLIVEIRA, 2020). Contudo, ainda que privados, segundo Carvalho (2021), devem ser respeitadas as regras da licitação e o tempo de duração; a celebração destes depende de previsão orçamentária e estão sujeitos ao controle orçamentário e financeiro do Tribunal de Contas, uma vez que também possuem a finalidade de atender o interesse público.

É importante assinalar as particularidades de cada uma das espécies, haja vista que a presença do interesse público (finalidade indisponível) nas relações contratuais impõe limites assentados pela ordem jurídica à Administração Pública.

1.2 FONTES NORMATIVAS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

A Constituição Federal estabelece em seu art. 22 competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de contratação que devem ser observadas por todos os Entes Federados (OLIVEIRA, 2021).

Segundo Oliveira (2020), ainda que a Lei n. º 8.666/1993 e a nova Lei 14.133/2021 sejam os principais diplomas legais sobre licitações e contratos da Administração Pública, há ainda inúmeros dispositivos específicos que tratam de outras modalidades contratuais como a Lei n. º 8.987/1995, que rege a concessão e permissão de serviços públicos; a Lei n. º 11.079/2004, que regula as parcerias público-privadas; ou ainda a Lei n. º 12.462/2011.

Sobre a legislação que regulamenta as contratações da Administração Pública:

> [...] a União legisla especificamente, esgotando as hipóteses, quando regula as contratações da Administração no âmbito federal, e legisla genericamente, sem descer a regras específicas, para os Estados, Distrito Federal e Municípios, de modo a não lhes invadir a

> reserva de competência constitucional para que regulem as respectivas contratações. (MOREIRA NETO, 2020, p. 268).

Em resumo, a Lei n. º 14.133/2021 trata das contratações da administração pública, naquilo que lhe foi atribuído constitucionalmente, dispondo sobre cláusulas necessárias (art. 92), o regime jurídico próprio (art. 104); sua formalização (art. 91 e segs.); suas hipóteses de alteração (art. 124); a execução (art. 115 e segs.), sua inexecução e rescisão (art. 77 e segs.), não havendo óbice para que estados e municípios (observando as regras gerais) editem normas suplementares.

1.3 PECULIARIDADES DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

A doutrina brasileira entende que, além das características comuns ao ato administrativo — imperatividade, existência, validade, eficácia, exequibilidade e executoriedade —, os contratos administrativos trazem consigo as seguintes características:

- **Formalismo:** na lição de Carvalho Filho (2020, p. 369), além da vontade comum entre as partes, devem ser observados alguns requisitos como a exigência de licitação prévia (salvo hipóteses de dispensa de licitação); a forma escrita do contrato; bem como as cláusulas necessárias que devem constar no instrumento e o tempo de duração do contrato (arts. 92 e 105 da Lei 14.133/2021);
- **Bilateralidade:** todo contrato, seja público ou privado, é manifestação de vontade comum entre as partes, sendo por definição um ato jurídico bilateral. Aqui, a bilateralidade se refere às obrigações recíprocas estabelecidas para os contratantes. Nesse ponto, assim leciona Moreira Neto (2020, p. 263): "São, basicamente, obrigações de prestar, a que já se fez menção: de um lado, as da Administração — as de pagar, de garantir o uso de um bem ou a prestação de um serviço — e, de outro, as do administrado — as de dar e de fazer.";
- **Comutatividade:** para Moreira Neto (2020), por meio do contrato administrativo é assegurada a equivalência das prestações

recíprocas ajustadas. De acordo com o autor, essa característica se constitui no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, e a manutenção desse equilíbrio independe das flutuações econômico-financeiras ocorridas na execução do contrato administrativo, sejam elas decorrentes da vontade da Administração, por ação de terceiros ou por fatos extraordinários não imputáveis ao administrado contratado;

- **Desequilíbrio:** levando em consideração a presença de cláusulas exorbitantes — decorrentes do interesse público no contrato administrativo, elencadas no art. 104 da Lei 14.133/2021 —, garantem à Administração posição de superioridade em relação ao contratado;
- **Instabilidade:** tendo em vista que os contratos administrativos visam atender ao interesse público, a instabilidade do contrato administrativo decorre da prerrogativa da Administração Pública de alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares e/ou rescindir os contratos;
- **Pessoalidade:** em regra, o contrato administrativo é firmado com licitante que ofereceu as melhores condições à Administração, e, segundo Oliveira (2021, p. 902) "a escolha impessoal do contratado faz com que o contrato tenha que ser por ele executado, sob pena de burla aos princípios da impessoalidade e da moralidade".

1.4 DAS ESPÉCIES DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Segundo a doutrina pátria, dentro do que se entende por contrato administrativo, sujeitos ao direito público, basicamente compreende-se as seguintes espécies: o contrato de obra pública; o de serviços; o de fornecimento; o de locação; as contratações de eficiência e por escopo (introduzidos pela nova Lei 14.133/2021) e a concessão (e suas próprias modalidades):

- **Contrato de obra e serviços de engenharia e arquitetura:** o inciso XII, do art. 6° da Lei n. º 14.133/2021, define como obra toda atividade privativa das profissões de arquiteto e engenheiro

> que implicam na intervenção e alteração do espaço físico ou gera alteração substancial nas características do bem imóvel. A legislação também estabelece condições que devem ser observadas, como a necessidade de um projeto básico que motive sua realização, a extensão, o tempo de duração e a previsão dos gastos; ademais, exige-se aprovação da autoridade competente antes da licitação. Outra condição é o projeto executivo (art. 6º, XXVI), documento que estabelece os elementos necessários e suficientes à execução completa da obra.

De acordo com o art. 46 da Lei 14.133/2021, a execução indireta de obras públicas pode ser realizada sob quatro regimes diversos, a saber:

> **Empreitada por preço global:** o preço ajustado leva em consideração a obra como um todo. Tratando-se de empreitada, o contratado pode ofertar apenas seu trabalho, mas também pode fornecer os materiais;
>
> **Empreitada por preço unitário:** o preço leva em conta unidades determinadas da obra a ser realizada; e é remunerado por unidade de execução (como por metro ou quilômetro quadrado);
>
> **Tarefa:** a tarefa ocorre quando se contrata mão de obra para pequenos trabalhos por preço certo, e decorre de obra ou serviço de pequena monta, com a Administração podendo ou não fornecer o material. Segundo Di Pietro (2020), é utilizado para trabalhos de pequeno valor em que se justifica a dispensa de licitação bem como do termo de contrato; e a forma geralmente utilizada é a "ordem de execução de serviço";
>
> **Empreitada integral:** previsto no art. 6º, XXX, da nova Lei de Licitações, é um regime de maior complexidade, visto que a Administração contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações;
>
> **Contratação semi-integrada:** segundo a lição de Matheus Carvalho (2021), a contratação semi-integrada pode ser utilizada em casos de obras e serviços que possam ser realizados empregando diferentes métodos e tecnologias. O autor explica que nesta mo-

dalidade é possível alterar o projeto básico quando demonstrada a superioridade das inovações em relação aos custos, à qualidade, ao prazo de execução ou à facilidade de manutenção e apuração;

Contratação integrada: de acordo com Carvalho (2021), cabe ao mesmo contratado a elaboração dos projetos básico e executivo, a execução das obras e serviços de engenharia, bem como a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais atividades que apontam à entrega final do objeto. Considerando que o parceiro privado concentra a elaboração e o desenvolvimento de basicamente todas as operações necessárias para a entrega final do objeto, o edital *necessariamente* deve conter anteprojeto indicando os elementos técnicos que possibilitem a caracterização da obra ou serviço, a elaboração do projeto e análise isonômica (CARVALHO, 2021); a opção por esta modalidade deve ser justificada tanto sob o aspecto técnico quanto sob o aspecto econômico.

- **Contrato de serviços:** o art. 6º, XI, da Lei 14.133/2021, define contratos de serviço aqueles que visam a atividade destinada a obter determinada utilidade concreta de interesse para a Administração. Segundo Oliveira (2020), são conhecidos como contratos de prestação de serviços, com a obrigação de fazer; cabendo a Administração definir com clareza e exatidão o objeto e local de prestação dos serviços da futura contratação (art. 47 da Lei 14.133/2021).
- **Contrato de fornecimento (ou de compras):** na definição de Di Pietro (2020), é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública adquire bens necessários à execução de obras ou serviços. Por sua vez, Oliveira (2020) esclarece que as compras realizadas pelas Administração precisam seguir diretrizes especificas, e algumas das principais estão previstas no art. 15 da Lei 8.666 e no art. 40 da Lei n. º 14.133, que preserva a adoção do *princípio da padronização* e do registro de preços; ambas visam garantir determinado nível de uniformidade nas características técnicas dos bens adquiridos, além de economicidade e regularidade na aquisição dos bens.

- **Contrato de locação:** a legislação prevê que a Administração tome em locação bens privados, móveis ou imóveis de que necessite para suas atividades, justificado o interesse público específico, como requisito de validade do contrato. O legislador previu, no art. 51 do novo regime de Licitações, que ressalvada a hipótese da dispensa de licitação (art. 74), o contrato de locação de imóveis "deverá ser precedida de licitação e avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações e do prazo de amortização dos investimentos necessários".
- **Contrato de eficiência:** previsto no art. 6º, LIII, da Lei 14.133/2021, é aquele que tem por objeto a prestação de serviços, podendo incluir a realização de obras e fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia à parte contratante com a redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base no percentual da economia gerada.
- **Contratos por escopo:** conforme dispõe o art. 6º, XVII, da Lei 14.133/2021, também denominados de contratos de serviços não contínuos, esse tipo de contratação impõe ao contratado o dever de prestar um serviço específico em período predeterminado, podendo ser prorrogado quando o prazo para conclusão do objeto justifique sua extensão.
- **Concessão:** o art. 175 da Constituição Federal define que os serviços públicos podem ser prestados pelo Poder Público, na forma da lei, "diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos".

2 DA RELEITURA DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES

2.1 DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES E DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Na interpretação de Moreira Neto (2008), o direito administrativo tem em sua gênese influências do absolutismo e imperatividade do Estado; daí, decorre a assimetria entre a Administração Pública e os entes civis. A partir dessa assimetria, justificam-se as prerrogativas que garantem ao ente estatal uma posição de superioridade em certas relações jurídicas.

No que diz respeito aos contratos administrativos, a Administração Pública detém algumas prerrogativas, visto que esses contratos visam alcançar um fim de interesse da coletividade (CARVALHO FILHO, 2020).

As prerrogativas da Administração previstas em lei são denominadas de cláusulas exorbitantes pois superam normas e características de contratos em geral, dando à Administração vantagem excessiva em relação ao contratado. Segundo Carvalho (2021), tais cláusulas estão implícitas em todos os contratos administrativos, sendo desnecessária sua previsão expressa no ajuste, uma vez que derivam de Lei. Porém, é forçoso reconhecer que as prerrogativas devem respeitar limites legais.

A jurisprudência do TCU é farta nesse sentido:

> A previsão normativa que autoriza à Administração exigir do contratado acréscimos e supressões até os limites estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993 não lhe legitima agir contrariamente aos princípios que regem a licitação pública, essencialmente o que busca preservar a execução contratual de acordo com as características da proposta vencedora do certame, sob pena de se ferir o princípio constitucional da isonomia; referido comando legal teve como finalidade única viabilizar correções quantitativas do objeto licitado, conferindo certa flexibilidade ao contrato, mormente em função de eventuais erros advindos dos levantamentos de quantitativos do projeto básico. (ACÓRDÃO 1733/2009 — PLENÁRIO. RELATOR: MINISTRO AUGUSTO NARDES. SESSÃO DE 05/08/2009).
>
> 30. No entanto, o Ministro Relator, em seu Voto condutor do Acórdão 2819/2011-TCU-Plenário, frisou que: 'Essa proposta de provimento parcial não significa 'salvo conduto' para que a unidade jurisdicionada, a seu talante, promova alterações dos contratos ativos que venham desvirtuar os respectivos objetos e solapar os princípios que regem a licitação pública'.
>
> 31. Ainda nesse mesmo voto, ressaltou-se que as referidas alterações contratuais deveriam tomar por referência o Sistema de Custos Rodoviários II ou o menor preço do mercado, conforme orientação que já foi reiteradamente determinada ao DNIT em diversos arestos.

> 32. Resta claro que fere não só o Direito como também o senso comum a hipótese de alterações contratuais ilimitadas no âmbito administrativo, sobretudo as unilaterais. Os limites genéricos importam o respeito ao direito dos contratados e a interdição da fraude à licitação. (ACÓRDÃO 1536/2016 — PLENÁRIO. RELATOR: MINISTRO BRUNO DANTAS. SESSÃO DE 15/06/2016).

No momento de exceção decorrente da pandemia da COVID-19, a lei 13.979/2020 dispôs sobre a contratação emergencial celebrada com dispensa de licitação. Além de limitar a duração dos contratos em até 6 meses, *ampliou* o poder da Administração de alterar unilateralmente o contrato:

> Art. 4º-I. Para os contratos decorrentes dos procedimentos previstos nesta Lei, a administração pública poderá prever que os contratados fiquem obrigados a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões ao objeto contratado de até 50% (cinquenta por cento) do valor inicial atualizado do contrato. (BRASIL, 2020a).

Outra inovação na legislação sobre contratos administrativos, derivada do período emergencial causado pela pandemia, é a previsão, na Lei 14.065/2020, de que órgãos e entidades da Administração poderão efetivar o pagamento antecipado dos contratos administrativos, sendo permitido ao Poder Público exigir comprovação de execução (de uma parte ou da etapa inicial do objeto); prestação de garantia de até 30%; emissão de título de crédito; e exigência de certificação do produto ou fornecedor (BRASIL, 2020b).

A posição de superioridade da Administração está dispersa em vários dispositivos da Lei 8.666/1993, em especial em seu art. 58, e justifica-se pelo interesse público no objeto da contratação. A nova Lei de Licitações manteve essa lógica em seu art. 104, e entre as prerrogativas dos entes administrativos encontram-se: a modificação unilateral, para melhor adequação às finalidades de interesse público; a extinção unilateral; a fiscalização da execução do contrato; a aplicação de sanções decorrentes da inexecução total ou parcial do ajuste; e a ocupação temporária.

Caso a Administração entenda pela modificação unilateral das cláusulas de interesse público, *no exercício regular e motivado de sua prerrogativa de imperatividade*, restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro é medida necessária para recompor o valor de sua contraprestação pecuniária; da mesma forma, se a Administração decide pela rescisão contratual, tem o dever de indenizar o administrado prejudicado naquilo que perdeu, bem como no que deixou de lucrar (MOREIRA NETO, 2020, p. 266).

Cabe ressaltar que o regular exercício dessas prerrogativas por parte da Administração depende de decisão motivada, respeitada a ampla defesa e o contraditório (OLIVEIRA, 2020). A necessidade de manter e/ou restabelecer o equilíbrio econômico dos contratos administrativos é um princípio que resguarda os contratantes de ter que arcar com um ônus insuportável, podendo ser invocado em caso de aumentos dos custos contratuais decorridos de situações a ele não imputáveis.

A equação econômica (relação entre os encargos e vantagens assumidas por cada uma das partes) se dá no momento da apresentação de proposta; pelo instrumento convocatório o interessado pode avaliar todos os encargos, custos, riscos, prazos e condições a serem observadas, assim como o valor pago pela Administração (OLIVEIRA, 2020). Nesse sentido, como instrumentos de manutenção do equilíbrio econômico, a nova legislação não trouxe grandes inovações, e prevê o que segue:

- Reajuste: nos termos do arts. 25, § 7.º e 92, V e § 3.º, da nova Lei de Licitações, o reajuste atinge apenas cláusulas que tratam de prestações financeiras sob a forma de preços ou de tarifas. Visa a correção de desequilíbrios que se enquadrem dentro de uma razoável previsibilidade, sendo obrigatória a previsão no edital de índice de reajustamento de preço com data-base vinculada à data do orçamento estimado;
- Revisão: pode incidir sobre qualquer cláusula, até mesmo sobre prazo e/ou objeto, e repara desequilíbrios advindos de eventos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis do contrato (arts. 104, § 2.º; 124, II, "d"; e 130 da Lei 14.133/2021);
- Repactuação: aplica-se nas contratações que envolvem serviços contínuos quando há regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, e somente com a de-

monstração analítica da variação dos custos que compõem o contrato, de custos do mercado ou de mão de obra (art. 135 da Lei 14.133/2021);

- Atualização monetária: prevista no art. 92, V, da Lei 14.133/2021, é cláusula necessária do contrato administrativo. Não enseja acréscimo, apenas evita que o credor receba menos que o valor estipulado em razão da desvalorização do dinheiro (CARVALHO, 2021).

Oliveira (2021) ressalta ainda que a extinção do contrato não é impedimento para o reconhecimento do desequilíbrio contratual quando requerido durante sua vigência e antes de sua eventual prorrogação. Nesse caso, caberá indenização à parte prejudicada, por meio de termo indenizatório (art. 131 da nova Lei de Licitações).

Para o TCU, somente a variação de preços ou flutuação cambial não é justificativa suficiente para suscitar realização de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Na interpretação do órgão, é necessário que ocorra uma das hipóteses previstas no art. 65, II, d, da Lei 8.666/1993. Da mesma maneira, deve ficar demonstrado que a ocorrência gerou um ônus excessivo na execução contratual para uma das partes:

> [...] a mera variação de preços, para mais ou para menos, não seria suficiente para determinar a realização de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo essencial a presença de uma das hipóteses previstas no art. 65, inciso II, alínea "d", da Lei 8.666/1993, a saber: fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (ACÓRDÃO N. º 1085/2015. PLENÁRIO. INTERESSADO: COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DOS VALES DO SÃO FRANCISCO E DO PARNAÍBA. RELATOR: MINISTRO BENJAMIN ZYMLER. SESSÃO DE 06/05/2015).

Contudo, ainda que a nova Lei de Licitações tenha contribuído para relações contratuais mais equilibradas entre a Administração e o contrata-

do, com a incorporação de métodos consensuais de resolução de conflitos ao regime de contratações do Poder Público, a manutenção das cláusulas exorbitantes gera críticas. Sobre o tema, Oliveira assim sustenta:

> [...] o legislador perdeu uma oportunidade de avançar no tratamento e na relativização das cláusulas exorbitantes. Ao contrário do entendimento convencional majoritário, que definem as cláusulas exorbitantes como inerentes aos contratos administrativos, ainda que não haja previsão contratual, sustentamos que a implementação das referidas cláusulas dependeria de expressa previsão contratual e de análise motivada por parte da Administração Pública.
>
> [...] a nova Lei de Licitações abre caminho para manutenção do entendimento tradicional que sustenta a aplicação automática das cláusulas exorbitantes aos contratos administrativos. (OLIVEIRA, 2021, p. 918).

Ainda que a doutrina classifique como modestos os avanços decorrentes da nova Lei de Licitações, a lei 14.133 também admite a alocação de riscos, levando em consideração as obrigações e os encargos atribuídos às partes no contrato, a natureza do risco, o beneficiário das prestações a que se vincula e a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo (art. 103, § 1.º da nova Lei de Licitações).

Definiu o legislador que serão transferidos ao contratado, preferencialmente, os riscos que tenham cobertura oferecida por seguradoras, conforme disposto no art. 103, § 2.º da Lei 14.133/2021. Oliveira (2021) sustenta que "A imputação dos riscos para a parte que possui melhores condições de gerenciá-los refletirá, naturalmente, na maior segurança jurídica e economicidade da contratação".

Sobre as inovações da Lei 14.133/2021, que permitem uma relação contratual mais equilibrada, a nova Lei de Licitações dispõe no art. 151 a possibilidade de recorrer a meios consensuais para prevenção e resolução de controvérsias. O legislador previu a utilização da conciliação, da mediação, do comitê de resolução de disputas e da arbitragem para resolver possíveis conflitos; entretanto, os métodos alternativos só podem ser utilizados para questões que envolvam direitos patrimoniais disponíveis (como

restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro; inadimplemento de obrigações por qualquer uma das partes e cálculo de indenizações).

3 ABERTURA DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA À CONTRATUALIZAÇÃO

Na interpretação de Bitencourt Neto (2019), o contrato administrativo "deve ser reconhecido como um instrumento normal das condutas jurídico-administrativas" e orienta as diversas relações administrativas, tanto no âmbito interno quanto externo entre os órgãos e entidades da Administração, bem como nas relações da Administração e os particulares.

O autor afirma que o contrato administrativo está no centro do direito administrativo de cooperação, e esta atuação mais colaborativa tem seu fundamento no Estado de Direito democrático e social estabelecido pela Constituição Federal de 1988:

> Esse alicerce constitucional parte de uma lógica de colaboração e cooperação no exercício dos poderes administrativos e tem sua primeira e geral manifestação no perfil do Estado de Direito: democracia e socialidade induzem a um estilo contratualizado de administrar. (BITENCOURT NETO, 2019, p. 48).

Nesse ponto, o autor destaca o art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal, e defende que a previsão constitucional de princípios democráticos que privilegiam a participação e o consenso no exercício das tarefas próprias da atividade pública garante que estes termos deixem de ser meras formalidades e passem a produzir efeitos sobre a atuação administrativa do Estado:

> A imposição geral de participação ganha relevo nas balizas da socialidade, na medida em que as tarefas públicas de viabilização de prestações sociais estão, no âmbito da Constituição de 1988, atreladas à colaboração da sociedade e à cooperação entre as diversas esferas públicas. Assim é que o art. 194, parágrafo único, VII, arrola, como um dos objetivos da seguridade social, o 'caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão

> quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregados, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados'. (BITENCOURT NETO, 2019, p. 48).

O autor esclarece que o uso do contrato administrativo como importante ferramenta no exercício da função administrativa do Estado abriu caminho para formas de contratação "com feições jurídicas menos definidas", próprias de uma Administração consensual.

Com a introdução de meios alternativos para resolução de conflitos, flexibilizando a atuação da Administração em relação a seus contratos, a nova Lei de Licitações também estabelece avanços sobre a gestão e o controle das licitações e contratações públicas, devendo as contratações da Administração "se submeter a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, além de estarem subordinadas ao controle social" (art. 169 da Lei 14.133/2021).

O dispositivo define ainda três linhas de defesa: i) a primeira é integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade; ii) a segunda é composta pelas unidades de assessoramento e controle interno do próprio órgão; iii) a terceira linha de defesa, por sua vez, é constituída pelo órgão central de controle interno da administração e pelo Tribunal de Contas.

A evolução no modelo contratual do Estado se caracteriza no uso de técnicas privadas de gestão no âmbito da Administração Pública, substituindo comandos verticais por controles contratualizados e voltando-se para a consecução de resultados, como, por exemplo, quando prevê remuneração vinculada ao desempenho (BITENCOURT NETO, 2019).

CONCLUSÃO

O Estado transformado e modernizado implica, necessariamente, em transformações na Administração Pública, apartando-a da tradicional rigidez, o que, logicamente, também influi na parte instrumental do direito administrativo.

Nesse sentido, a diluição ou flexibilização de alguns dos princípios do Estado produz importantes modificações na gestão da Administração

Pública, que viabilizam e aproximam o Estado Democrático de Direito (ciente de seu papel no bem-estar social) de seus fins de desenvolvimento sustentável. Esta tendência de Administração Pública mais consensual encontra sólidas bases na Constituição Federal, visto que em inúmeros dispositivos o constituinte determina não apenas a atuação coordenada dos entes federados, mas também a participação da população.

Tais transformações vão dinamizando as relações jurídicas entre o ente estatal e os parceiros privados e, com isso, o exercício da administração passa a ser um processo muito mais participativo e colaborativo, pautado no diálogo e na busca pelo consenso, com vistas a atingir seus objetivos e prestar da melhor e mais eficiente forma o serviço objeto da contratação. Contudo, é importante salientar que o estímulo à participação não significa que os meios de atuação unilateral deixam de ser observados; esses mecanismos preservam seu papel na defesa do interesse público. A abertura da organização e funcionamento da Administração Pública à contratualização é apenas mais um recurso que pode ser utilizado pelo Estado no exercício da função administrativa.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT NETO, Eurico. A expansão dos contratos administrativos. *In:* GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda; BITENCOURT NETO, Eurico (org.). **O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição brasileira de 1988:** um diálogo luso brasileiro. Lisboa: ICJP/CIDP, 2019 (no prelo).

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Congresso Nacional, Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

BRASIL. **Lei n. º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020a.** Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm.

BRASIL. **Lei n. º 14.065, de 30 de setembro de 2020b.** 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14065.htm.

BRASIL. **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.

BRASIL. **Lei n. º 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm.

BRASIL. **Lei n. º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12232.htm.

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 e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. º 1085/2015**. Plenário. Interessado: Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 06/05/2015. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 06 mai. 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. º 1536/2016**. Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Sessão de 15/06/2016. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 jun. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. º 1733/2009**. Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Sessão de 05/08/2009. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 ago. 2009.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo.** 9. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo:** parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. *In:* ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense: Método, 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

DOUTRINA CHEVRON E O CONTROLE JUDICIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Gláucia Maria de Araújo Ribeiro[109]
Ingrid Jarreta Verom[110]

INTRODUÇÃO

O controle judicial (*judicial review*), no Brasil, passou por mudanças significativas nos últimos anos, principalmente devido ao avanço do ativismo judicial e do judicialismo, que se caracterizam pela possibilidade de interferência do Poder Judiciário na atuação dos demais poderes, em especial na do Poder Executivo, que receberá mais atenção neste estudo. Decerto que o controle judicial, em relação aos atos da Administração, foi benéfico para o Brasil, cuja história é marcada por problemas de corrupção e de má gerência pública. Todavia, se tal controle, no passado, fazia-se necessário e mesmo insuficiente, hoje, o que traz são marcas de uma crise de insegurança jurídica, visto que o Judiciário, por vezes, modifica decisões tomadas mesmo após o devido processo administrativo.

Dessa forma, vê-se no Estado brasileiro uma forte atuação sociopolítica do Poder Judiciário, notadamente no que concerne ao controle das

109 Doutora em Saúde Coletiva pela UERJ/RJ. Doutoranda pela UFMG/MG. Mestre em Direito Ambiental pela UEA/AM. Professora da UEA/AM.

110 Graduanda em Direito na Universidade do Estado do Amazonas (UEA).

ações da Administração. Infelizmente, ainda não se conseguiu acertar o ponto de equilíbrio que respeite o princípio do livre conhecimento motivado dos magistrados, mas que também os influencie a proferirem decisões mais assertivas, que valorizem a atuação da Administração, colaborando, assim, para o fortalecimento das instituições públicas de maneira geral.

Hoje, o que se tem no Brasil é um modelo pouco definido de revisão judicial que basicamente conduz o Judiciário, em certos casos, a agir com deferência às interpretações das agências regulatórias somente no que se refere aos pontos técnicos da decisão. Assim, é possível afirmar que esse modelo se mostra insuficiente, vez que criar agências com conhecimento técnico superior ao do Judiciário não é o bastante: é preciso que estas tenham espaço para tomar decisões e se autorregulamentar, levando-se em conta a legislação voltada para elas.

O Judiciário brasileiro já possui o costume de buscar no exterior doutrinas e teorias com as quais possam embasar suas decisões. Não obstante, ainda há certa resistência em rever os critérios de revisão judicial de atos administrativos, principalmente no que se refere às agências reguladoras. Sabe-se que os Estados Unidos, cuja Suprema Corte tem inspirado o Supremo Tribunal Federal (STF) em diversos pronunciamentos, foi um país pioneiro no que se refere ao controle de constitucionalidade de atos normativos, e o Judiciário possui uma posição proeminente. Contudo, em relação à atuação da Administração, a intervenção judicial é limitada, devendo as Cortes observarem, com deferência, as questões jurídicas levantadas pela própria Administração nos atos por esta praticados.

Isso ocorre nos Estados Unidos devido à corrente jurisprudencial chamada Doutrina Chevron, a qual teve início há mais de três décadas com um famoso caso levado a Suprema Corte Americana, que decidiu conferir deferência à interpretação dada por uma agência do Estado a um estatuto do qual era subordinada. Assim, a Doutrina Chevron apresentar-se-ia como uma proposta de solução, a longo prazo, à insegurança jurídica e à desvalorização do trabalho das autoridades administrativas no Brasil, definindo limites ao controle judicial.

A relevância deste debate pode ser comprovada ainda pela escassez de estudos que se dediquem a explorar o tema de maneira mais profunda. Dessa forma, verifica-se uma necessidade real e contemporânea de se es-

tudar, por meio do direito comparado, alternativas que possam equiponderar a atuação do Poder Judiciário e da Administração Pública, sendo, no nosso caso, a análise da denominada Doutrina Chevron, importada dos Estados Unidos.

1 A EVOLUÇÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Direito Administrativo, em apertada síntese, origina-se da oposição da população europeia ao despotismo dos governos absolutistas, entre o fim do século XVIII e o início do XIX, em uma necessidade de organizar o, agora, Estado de Direito. Superado o Estado de Polícia, no qual a Administração não obedecia à lei, nem se subordinava ao controle judicial, são implementados os ideais liberalistas, bem como os mecanismos de defesa do cidadão para com o poder público, como a teoria da separação dos três poderes, a legalidade e o controle judicial, no intuito de o poder político se autolimitar, de forma que não fosse mais absoluto.

Após o perecimento do liberalismo, o intervencionismo estatal acentua-se, a partir da ideia de que seria responsabilidade do Estado salvaguardar os interesses públicos. Mais tarde, já na fase do Estado Democrático de Direito, ocorre um fato siginificativo para a Administração Pública, o princípio da legalidade passa a viver uma nova fase, em razão de começar a ser visto sob o ponto de vista material, possibilitando o surgimento da chamada constitucionalização do direito administrativo.

Em especial no século XX, as normas constitucionais começam a ganhar força, e passam a ser acolhidas "como portadoras de normatividade jurídica, o que instigou nos teóricos da época a ideia da constitucionalização de normas jurídicas antes tratadas por lei. Uma nova via se abriu à juridicidade constitucional do direito administrativo" (ARAÚJO; MENDONÇA, 2014, n.p).

Assim, a constitucionalização surge com o objetivo de assegurar maior legitimidade de exercício do poder político, apoiando-se, para tanto, em normas estáveis, na tentativa de driblar as ações inconsistentes do Poder Legislativo no século XIX. O movimento constitucionalista, associado à tripartição do poder político e ao regime democrático (consolidados ainda

no século das luzes) criaram um complexo sistema que, ao mesmo tempo, limita e legitima o poder político. (ARAÚJO; MENDONÇA, 2014).

No Brasil, houve um processo gradual de constitucionalização do direito administrativo, que teve seu ápice na Constituição de 1988, a qual, em seu art. 37, cimenta de vez os princípios da administração pública, bem como suas normais gerais. Um dos princípios mais importantes para a atuação administrativa é o da legalidade, já que são nas linhas da lei que a Administração encontra validade para seus atos, valendo ressaltar que, quaisquer que estes sejam, estão subordinados à lei de maneira positiva, isto é, somente é permitido fazer o que a lei permite.

Para melhor compreensão do tema, imprescindível se faz comentar sobre discricionariedade e mérito. O primeiro pode ser definido como uma prerrogativa concedida à Administração para que avalie determinado caso concreto seguindo os aspectos do binômio oportunidade-conveniência, no intuito de tomar uma decisão. O mérito, por sua vez, é o conteúdo das apreciações discricionárias da Administração, ou seja, é o produto do exercício discricionário, diz respeito à "possibilidade de opção, por parte do administrador, no que respeita ao sentido do ato — que poderá inspirar-se em diferentes razões de sorte a ter num momento ou noutro, como poderá apresentar-se com este ou aquele objetivo." (FAGUNDES, 1979, p. 146).

O ato discricionário, assim, difere-se do ato vinculado, no qual a Administração "já encontra esgotado o conteúdo político (mérito) do processo de realização da vontade estatal. A medida assim tomada já foi objeto de análise e de solução [...] pelo legislador" (FAGUNDES, 1979, p. 146), isso significa que, na vinculação, o comportamento da Administração já foi pré-definido em lei. Ressalte-se que, seja nos casos de atos vinculados, seja nos discricionários, a finalidade é a mesma, a satisfação do interesse público, devendo os atos se adequarem a isso.

Tais conceitos se fazem necessários pois, de maneira geral, os princípios e valores constitucionais são limitadores da discricionariedade administrativa. Com efeito, Di Pietro (2012, n.p.) afirma que "Na medida em que cresce o sentido da legalidade (que deixa de abranger apenas a lei posta pelo Parlamento e passa a abranger atos normativos da Administração Pública [...]), reduz-se a discricionariedade". Com o princípio da legalidade em constante evolução e abrangência, e sendo isso inversamente proporcional ao crescimento da discricionariedade, pode-se afirmar que, nas últimas décadas, a liberdade administrativa é cada vez menor.

À medida que a lei para de ser vista sob uma ótima puramente formal, e reflexões axiológicas começam a fazer parte de sua análise, o controle judicial é ampliado e se torna mais complexo, visto que o juiz tem de apreciar os valores e princípios presentes no ordenamento jurídico, ao mesmo tempo em que deve observar os limites da discricionariedade administrativa. Nas palavras da professora Di Pietro (2012, n.p.):

> Quando se estuda a evolução desses limites, verifica-se que eles foram, de início, essencialmente formais, pois diziam respeito apenas à competência e à forma; começaram depois a adquirir um sentido material, à medida que começaram a ser examinados os fins e, depois, os fatos determinantes do ato administrativo. [...] À medida que a lei foi adquirindo seu sentido axiológico perdido na época do Estado liberal, novos princípios foram sendo elaborados como formas de limitar a discricionariedade administrativa e, paralelamente, ampliar a esfera de controle pelo Poder Judiciário.

Quando surgiu, o controle judicial dos atos da Administração era apenas formal, quer dizer, não cuidava de princípios que restringiam a discricionariedade administrativa. Todavia, o advento das teorias do desvio de poder e dos motivos determinantes no direito francês foi o pontapé para a dilatação do controle judicial, que passou a examinar também o mérito (DI PIETRO, 2012). Dessa forma, o sujeito, objeto e forma deixam de ser os únicos elementos no ato, e o motivo e a finalidade foram não só introduzidos pelas referidas teorias, como também passaram a ser objetos de controle.

No Brasil, na década de 1990, foi a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados a antagonista da discricionariedade. O uso nas leis de expressões como "urgência", ou "notório saber", "que inicialmente era entendido como outorga de discricionariedade à Administração Pública, passou a [...] passíveis de interpretação e, portanto, abertos à apreciação pelo Poder Judiciário." (DI PIETRO, 2012, n.p.).

No geral, o efeito da constitucionalização no Poder Judiciário brasileiro se deu no sentido de expandir o controle judicial dos demais Poderes, sobretudo em relação às leis e atos administrativos, por meio da interpretação dos preceitos previstos pela Constituição Federal. Ademais, a cons-

titucionalização de valores e princípios "produziu reflexos intensos sobre o princípio da legalidade (que resultou consideravelmente ampliado) e a discricionariedade (que resultou consideravelmente reduzida)." (DI PIETRO, 2012, n.p.).

Dentre os diversos debates acerca do princípio da legalidade, um dos mais relevantes é o que abrange este com o da segurança jurídica, e que tipo de consequências o antagonismo desses princípios geram. Ressalte-se que a segurança jurídica possui duas vertentes, de natureza objetiva ou subjetiva, ligadas, respectivamente, à defesa de um direito adquirido, à coisa julgada, ou à confiança depositada em toda as ações da Administração.

Sobre isso, vale destacar as palavras de Pereira (2013, p. 211), que aduz que a segurança jurídica é "um valor constitucional que se qualifica como subprincípio do princípio maior do Estado de Direito, ao lado e no mesmo nível hierárquico do princípio da legalidade [...]". Um dos principais expoentes dessa evolução foi o ministro Gilmar Mendes, o qual, nos julgados MS 24.781 e 25.116/DF, proferiu importantes reflexões acerca da segurança jurídica ante o primado da legalidade para fins de controle do ato administrativo, expressando que "a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material." (BRASIL, 2004, p. 19).

Considerando a história mundial — na qual o direito administrativo nasceu como solução a abusos de poder — e a do Brasil — marcada por problemas de corrupção —, não se pretende afirmar que a constitucionalização e o princípio da legalidade não são benéficos, pelo contrário, são estimáveis os progressos que causaram. Todavia, com a crise legal e institucional corrente, e a necessidade de fortalecimento da segurança jurídica, é necessário um olhar crítico sobre os excessos, e discernimento para chegar ao equilíbrio, sobretudo no que concerne à expressiva atuação do Poder Judiciário, bem como à judicialização dos atos administrativos, que merecem, pela relevância, tópico próprio.

2 A JUDICIALIZAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

A judicialização diz respeito às resoluções, pelo Poder Judiciário, de matérias de cunho sociopolítico, moral, de políticas públicas, entre outros assuntos controversos da sociedade sobre os quais a lei seja silente.

Sobre esses, pode-se dizer que a judicialização, muitas vezes, favorece a interpretação judicial em detrimento da lei, uma vez que os juízes passam a ter legitimidade para decidirem o que deve ser seguido dentro do ordenamento jurídico quando não há previsão legal, conferindo maior espaço para a atuação judicial, ao mesmo tempo em que confere quase que um poder normativo ao Judiciário. O processo de redemocratização do Brasil foi o maior responsável pela judicialização, visto que teve como ápice a Constituição Federal de 1988, determinante para o avanço do constitucionalismo no Brasil, como explicitado em tópico anterior. Aliado a isso, a segunda metade do século XX também é marcada pela reaproximação do Direito com a Moral, que fertiliza ainda mais o terreno do constitucionalismo. Como consequências para a Administração, para além do que já falado, estão o "aumento da judicialização da política e das relações sociais, havendo relativo esvaziamento da esfera decisória do Executivo e do Legislativo" (HOROWITZ LOPES, 2020, p. 124); bem como o fato de que "o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes." (BARROSO, 2012, p. 24).

Primordialmente, é relevante evidenciar que a judicialização, apesar de pertencer à mesma família do ativismo judicial, deste não é sinônimo, haja vista que é resultado do modelo constitucional adotado pelo país, não sendo facultado ao Judiciário deixar de segui-lo. Por seu turno, o ativismo judicial está ligado a uma atitude voluntária do Judiciário, "um exercício deliberado de vontade política, [...] a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance" (BARROSO, 2012, p. 25). Para a presente pesquisa, levar-se-á em conta, em especial, a judicialização, em virtude de seu cunho essencialmente estrutural, que pode ser constatado pelo sistema brasileiro de constitucionalidade, sobre o qual comenta o ministro Luís Roberto Barroso:

> [...] adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determina-

> das matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. [...] **Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF**. (BARROSO, 2012, p. 21, grifo nosso).

Essa forte atuação judicial, aliada à amplificação da legalidade sobre a qual já tratamos, são responsáveis pelo problema que alberga os supramencionados: a crise de insegurança jurídica. Para o Direito Administrativo, esta insegurança corresponde às revisões judiciais das decisões proferidas pela Administração mesmo depois do devido processo administrativo. Para esta análise, considera-se que processo administrativo é aquele que compreende uma série de atos administrativos autônomos, sem a qual nenhuma decisão administrativa pode ser realizada, sob pena de configurar autoritarismo de quem a proferiu (SILVEIRA, 2017).

Logo, pode-se asseverar que o processo administrativo é requisito de validade dos atos da Administração, cujo desfecho será uma decisão, que poderá contemplar, ou não, a existência de discricionariedade, podendo, ou não, ser alvo de revisão judicial. A jurisprudência brasileira possui entendimento pacífico quanto a não possibilidade de invadir o mérito do ato administrativo, restringindo seu exame à regularidade e legalidade do procedimento e dos atos, o que pode ser corroborado pelos julgados MS 20.348/DF, e AgRg no RMS 24.782/MG.

Entretanto, em outros casos análogos, quer dizer, que também versam sobre sanções administrativas, o controle judicial não se exime em adentrar no mérito do ato administrativo. Isso ocorre, por exemplo, a respeito de certas decisões do Cade (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), autarquia federal responsável por buscar o equilíbrio no mercado brasileiro, tutelando o consumidor, mantendo a livre concorrência e realizando outros trabalhos que envolvam o poder econômico, seja de fiscalização, de punição, ou educacional.

2.1 ANÁLISE DO CASO NESTLÉ/GAROTO

Um caso notável foi o da Apelação Cível 0015018-08.2005.4.01.3400/DF. Em resumo, a transnacional Nestlé Ltda. apresentou ao Cade uma negociação feita juntamente com a empresa brasileira Garoto S/A, no intuito de realizarem uma incorporação. Para que uma fusão desse porte

possa ser consumada, é necessário que o governo analise quais eventuais consequências disso para o mercado financeiro, o que é feito pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), criado pela chamada Lei Antitruste.

Esse sistema é composto pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE) e pelo Cade. Preliminarmente, o SEAE apresenta um parecer sobre a demanda e o envia para o Cade fazer sua análise e tomar uma decisão. No caso em comento, o Conselho, em observância à legislação da época, mais especificamente à Lei 8.884/94, já revogada, examinou a proposta de concentração econômica das empresas, e a denegou, sob o argumento de que estaria agindo preventivamente ao surgimento de um monopólio no ramo de chocolates, prejudicando a livre concorrência no mercado brasileiro.

Resumidamente, as empresas, ao buscarem o Judiciário, tiveram o pedido de fusão julgado procedente, e, ao apelar contra essa sentença, o Conselho Administrativo não obteve êxito. O processo de fusão durou cerca de 15 anos, quando, em 2016, o Cade reabriu o caso e propôs à Nestlé o cumprimento de determinadas diretrizes para porem fim ao litígio; acolhidas pela empresa, o acordo foi homologado pelo Tribunal do Conselho.

É possível afirmar que esse foi um dos casos de judicialização, visto que a discricionariedade administrativa foi alcançada pelo Judiciário, mesmo após o devido processo previsto à época dos fatos. Ademais, percebe-se das ações ajuizadas pelas empresas que, mesmo que versem acerca do prazo legal para o órgão analisar a fusão, o objetivo principal era a invalidação do veredito do Conselho, isto é, do mérito do ato administrativo, o que foi infortunadamente revisado.

Além de desapoderar a autarquia, desvalorizando a atuação da Administração, a judicialização causa insegurança jurídica no tocante à eficácia das decisões administrativas, bem como à aplicação da norma. Para Silveira (2017), no Brasil existem duas correntes ativas que representam a crise de segurança jurídica. A primeira diz respeito à expansão do controle principal e abstrato de constitucionalidade pelo Superior Tribunal Federal, cujas decisões produzem, mesmo no controle difuso, efeito *erga omnes* e vinculante, fazendo com que obtenham um poder normativo. Em oposição, na tentativa de se esquivar desse controle, o segundo movimento

procura segurança em outras fontes normativas que não a lei *in stricto sensu*. Nos dois casos, busca-se solução em lugares antagônicos e distantes do Legislativo, motivo pelo qual exploraremos uma outra alternativa, estável e segura, para alcançar a segurança jurídica e o equilíbrio entre os Poderes, qual seja, a doutrina americana Chevron.

3 A DOUTRINA CHEVRON

A Suprema Corte dos Estados Unidos (SCOTUS), em 1984, julgou um dos casos mais emblemáticos de sua história, o caso Chevron U.S.A Inc. *versus* NRDC — *Natural Resources Defense Council* (467 U.S. 837 [1984]). Tudo começou após a Agência de Proteção Ambiental (EPA) flexibilizar concepções ambientais no que se referia a indústrias poluidoras por meio do conceito de bolha; em outras palavras, desde que não aumentasse o nível de poluição, cada empresa poderia modificar suas máquinas e equipamentos, que estas, dentro de uma mesma planta industrial, seriam consideradas, conjuntamente, como uma só fonte de poluição (BINICHESKI, 2017).

Em reação, grupos da NRDC ajuizaram uma ação questionando os regulamentos propostos pela EPA. Unanimemente, os *justices* anularam os atos da Agência, sob o argumento de que estes se opunham à lei de melhoria da qualidade do ar (*The Clean Air Act*, de 1977). A empresa Chevron recorreu da decisão, levando o caso até a Suprema Corte, que, enfim, estabeleceu o teste binário para deferência, ou não, às interpretações de um estatuto dadas por uma agência reguladora, característico do que ficou conhecido como Doutrina Chevron. Sobre os questionamentos do teste, comentam Barron e Kagan (2001, p. 205-206):

> *In sustaining the rule, the Court prescribed a by now well-known, two--step inquiry to govern judicial review of an agency's interpretation of a statute that the agency administers. The first question is "whether Congress has directly spoken to the precise question at issue"; if so, the agency must comply with that judgment. The second question, reached only if Congress failed to speak clearly, is whether the agency has adopted a "reasonable" interpretation of the statute; if so, the courts must accept that interpretation.*

Em suma, o primeiro passo consiste em verificar se a lei em questão é inequívoca em relação ao que está se tratando. Se sim, não há controvérsia, o tribunal julga claro o sentido da lei e as agências devem cumprir o entendimento. Todavia, se o Congresso foi omisso ou o dispositivo legal é ambíguo, o tribunal avança para o segundo passo e averigua se a interpretação da agência é razoável ou plausível; em caso afirmativo, o tribunal deve mantê-la, ainda que possua opinião diferente, ou tenha encontrado solução que considere melhor (SILVEIRA, 2017).

Sobre isso, há duas importantes considerações a se fazer. A primeira concerne à aparente facilidade, e até trivialidade, de o Judiciário examinar a ambiguidade ou o sentido da lei, sobretudo porque a regra de Chevron não explica como isso deve ser feito. Entretanto, como explica Binicheski (2017, p. 31), os tribunais realizam uma pesquisa "completa e complexa da legislação, com vistas a identificar a intenção do Congresso, [...] examinar o texto legislado, as definições dos dicionários, os cânones de interpretação, a estrutura da lei, o propósito ou intenção legislativa e a história legislativa", a fim de fazer da deferência, caso se chegue a ela, uma alternativa justa e assertiva.

A segunda observação também diz respeito ao trabalho hermenêutico envolvido na Doutrina americana, porém, mais voltada para o caráter político das decisões administrativas, quer dizer, quando um texto legal é atestadamente ambíguo, e os juízes são deferentes à interpretação da agência, estes se percebem como agentes públicos não eleitos, concedendo espaço para a decisão razoável de uma autarquia, cujo supervisor maior é o Presidente da República, visto que "As first conceived, the Chevron deference rule had its deepest roots in a conception of agencies as instruments of the President, entitled to make policy choices, within the gaps left by Congress, by virtue of his relationship to the public." (KAGAN, 2001, p. 2.373). Outrossim, elucida o assunto Binicheski (2017, p. 31):

> Quando o Congresso edita uma lei e confere o diploma legal para a administração de uma agência governamental e o texto legislado resta ambíguo, parece ter delegado implicitamente às autoridades administrativas o poder de interpretação da norma. Destarte, a delegação enfatiza a natureza política das decisões administrativas, a delegação implícita do Congresso para a promoção de políticas pú-

> blicas. Aliás, em Chevron a Suprema Corte invocou precisamente a teoria democrática para dotar a interpretação das leis às agências, pois estão sob supervisão do Presidente [...].

A Doutrina Chevron também possui exceções, necessárias para que o sistema de deferência judicial não seja utilizado arbitrariamente. Dessa forma, os tribunais não devem ser diferentes, ainda diante da ambiguidade da lei, quando: "i) a interpretação é feita pela primeira vez pela agência no âmbito de um litígio em que ela é parte; ii) se a agência [...] não é a responsável pela 'administração', total ou parcial, da lei, no sentido de ter poder normativo e de julgamento". (SILVEIRA, 2017, p. 132). Ademais, não é aceitável que uma agência mude sua interpretação a qualquer momento, devendo, para tanto, fundamentar bem o motivo da mudança, além de não poder fazê-lo no curso de uma ação da qual é parte litigiosa, isto é, "a alteração interpretativa para ganhar um processo" (BINICHESKI, 2017, p. 31).

Além da Doutrina em estudo, outras correntes jurisprudenciais estadunidenses ampliam e refinam a concepção de Chevron, sendo as mais famosas Christensen, Mead e Barnhart, as quais Sunstein (2006) alcunha de *Step Zero Trilogy*, aduzindo que as decisões desses três casos servem como um filtro antes da efetiva aplicação de Chevron. Em Christensen *versus* Harris County (529 U.S. 576 [2000]), a Corte definiu que não poderia seguir a deferência de Chevron nos casos de interpretação de carta de opinião do Administrador em exercício (*Acting Administrator's opinion letter*), nem nas contidas em "policy statements, agency manuals, and enforcement guidelines, all of which lack the force of law-do not warrant Chevron-style deference" (SUNSTEIN, 2006, p. 212).

Já em United States *versus* Mead Corporation (533 U.S. 218 [2001]), a SCOTUS concluiu que, para aplicação de Chevron, é necessário verificar se "Congress delegated authority to the agency generally to make rules carrying the force of law, and that the agency interpretation claiming deference was promulgated in the exercise of that authority" (SUNSTEIN, 2006, p. 213), ou seja, deve-se analisar se a agência criou seu estatuto com uma força normativa que lhe foi concedida pelo próprio Legislativo.

Ao passo que Christensen determinou hipóteses bem claras, e Mead sugeriu o teste da força da lei (*force of law test*), em Barnhart *versus* Walton

(535 U.S. 212 [2002]), por sua vez, o entendimento foi o de que é apropriado usar Chevron quando constatada "the related expertise of the Agency, the importance of the question to administration of the statute, the complexity of that administration, and the careful consideration the Agency has given the question over a long period of time" (SUNSTEIN, 2006, p. 217).

Assim, Barnhart compreende os juízos de Christensen e Mead, e aprimora a Doutrina Chevron no sentido de que ela não determine regras inflexíveis, nem tendenciosas, indicando que é preciso que o juiz visualize contextualmente o caso, e sendo o ato administrativo razoável, deve ser acolhido, ainda que não seja considerada a melhor decisão pelo Tribunal — principalmente ao se levar em conta a experiência e a tecnicidade das agências.

É inegável que no Brasil não existem parâmetros bem delineados acerca da revisão judicial dos atos administrativos. Casuisticamente, os tribunais impõem certa deferência somente à discricionariedade técnica das decisões das agências. A ideia de olhar para sua própria capacidade institucional poderia ser melhor explorada pelo Judiciário brasileiro, a fim de serem tomadas melhores decisões em situações que contemplem circunstâncias técnico-científicas, nas quais o juiz, por formação, não possui o conhecimento necessário.

Essa autolimitação judicial (*judicial self-restraint*) livra os próprios tribunais do ônus de supervisionar de maneira ativa o volume de decisões proferidas pelas agências, as quais também seriam protegidas de terem seus atos constantemente sujeitos ao controle judicial. Todavia, isso não significa que o tribunal irá abdicar de suas competências, pelo contrário, quer dizer que a função judicial concentrará esforços em outros aspectos que não a discricionariedade administrativa, técnica ou não. Sobre isso diz Barroso (2012, p. 31-32):

> O Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. [...] Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser diferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica

> pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema.

Outro fator preocupante na realidade brasileira, e essencial para a aplicação da Doutrina Chevron, é a premência de fortalecimento institucional, sobretudo no que se refere às entidades da Administração Pública. É sabido, e empiricamente comprovado através das auditorias do Tribunal de Contas da União (TCU), que os órgãos administrativos enfrentam toda sorte de problemas, que passam por falhas nas fiscalizações, "procedimentos internos morosos e ineficientes; não aplicação de sanções [...]; obscuridade na tomada de decisões por falta de transparência e de fundamentação técnica robusta; e não enfrentamento de questões setoriais relevantes ao interesse público" (SILVEIRA, 2017, p. 138).

Dessa forma, entende-se que a Administração precisa melhorar sua estrutura e aprimorar a qualidade de sua atuação para que a Doutrina Chevron possa ser aplicada plenamente, já que esta requer instituições estáveis, com funções bem definidas e de atividades consistentes. Para isso, o TCU costuma sugerir planejamentos que contribuam para um procedimento administrativo mais transparente com decisões técnicas bem fundadas, bem como planos de bom gerenciamento para que as agências prestem serviços públicos de qualidade.

Outra medida significativa está relacionada à atuação do Ministério Público (MP), que deve ser mais ativo politicamente, notadamente, em questões que estão no âmbito da corrupção, como improbidade administrativa, desrespeito aos princípios da Administração Pública, intromissão política e de partidos políticos. O MP "não pode ficar na dependência das decisões judiciais. Deve ter como horizonte a solução direta das questões referentes aos interesses sociais, coletivos e difusos. [...]. Para tal, deve politizar e desjurisdicionalizar a sua atuação" (GOULART, 2001, p. 27-30 apud SILVEIRA, 2017, p. 141-142), deixando de ser um ator processual, para se tornar um agente político resolutivo.

À vista disso, considerando o contexto brasileiro, a aplicação da Doutrina Chevron pode ser decisiva na sistematização de um modelo de regulação do controle judicial sobre o mérito dos atos administrativos. A deferência judicial vai ao encontro da democracia ao nortear o Judiciário,

desafogando-o, e ao valorizar a atuação da Administração Pública, oportunizando, a longo prazo, a superação da crise de insegurança jurídica, de legitimidade do Legislativo e da fragilidade das instituições brasileiras.

CONCLUSÕES

À vista do que foi exposto, depreende-se que a Doutrina Chevron, ou outra doutrina de deferência, se aplicada no Brasil, pode ser preponderante na estruturação de um sistema que imponha limites ao controle judicial do mérito do ato administrativo. Ressalte-se que consideramos que a questão envolvida no tema debatido é a judicialização dos atos administrativos, por se acreditar que a forte atuação do Judiciário deriva, não de sua vontade, mas do modelo de constitucionalidade brasileiro.

Por isso, a aplicação de Chevron não deve partir do Legislativo, pelo contrário, a autolimitação é uma atitude a ser tomada pelos próprios juízes espontaneamente, utilizando o livre convencimento motivado de forma a valorizar a atuação Administrativa, respeitando sua própria capacidade institucional ao agir em posição de deferência para com as decisões feitas por agências especializadas, no caso de possuírem razoabilidade e feitas conforme procedimento legalmente previsto, ainda quando tiver entendimento diverso, como tem feito, timidamente em julgados como ADI 4874, REsp 1.171.688, SEC 8.542.

Um dos principais pontos da corrente jurisprudencial de Chevron é justamente a valorização que concede aos atos da Administração Pública. Assim, levando-se em conta o contexto atual do Brasil, urgente se faz o desenvolvimento das estruturas e da qualidade das atividades dos órgãos e entidades da Administração que carecem disso, a citar o Programa Estadual de Proteção e Orientação do Consumidor (Procon), Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), e mesmo o já referido Cade. Para tanto, é imprescindível o acolhimento efetivo das propostas do TCU, da legislação voltada para o tema, como a Lei 13.848/19, bem como é premente uma atuação ativa do Ministério Público no combate à corrupção, e a quaisquer outros desvios de conduta dentro da Administração.

Assim, ao enunciar que tais medidas devem ser tomadas de imediato, reitera-se que a Doutrina Chevron apresenta-se como uma solução à longo prazo para a crise de insegurança jurídica, insititucional e de legiti-

midade no Brasil. O pensamento por detrás de Chevron não implica em uma medida paliativa, mas de uma prática que pode agir na raiz do problema e, enfim, harmonizar a atuação dos Poderes, respeitando os princípios e direitos fundamentais previsto na Constituição, conduzindo o sistema jurídico brasileiro rumo à isonomia e eficiência.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Guilherme Dourado Aragão Sá; MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. Constituição, direitos fundamentais e democracia: a constitucionalização do direiro administrativo moderno. *In:* CONPEDI/UFPB, 2014. **Direito e Administração Pública II.** Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=0871af0e2e24e2b7. Acesso em: 4 fev. 2021.

BARRON, David J.; KAGAN, Elena. Chevron's nondelegation doctrine. **The Supreme Court Review**. Chicago, v. 2001, p. 201–265, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis.** Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p.23–32, 2012. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388. Acesso em: 5 dez. 2020.

BINICHESKI, Paulo Roberto. A Doutrina Chevron: o ocaso anunciado? **Revista CEJ.** Brasília, Ano XXI, n. 73, p. 29–39, set./dez. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Senado Federal, 1988.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível nº 0015018-08.2005.4.01.3400/DF**, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. **Atualidades Jurídicas: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil — OAB.** Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2012. Disponível em:

https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Da-constitucionalizacao-do-direito-administrativo.pdf. Acesso em: 19 jan. 2021.

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

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.** Rio de Janeiro: Forense, 1979.

HOROWITZ LOPES, Luiz Felipe. Adequação Jurídico-Institucional do Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa no Mercado Financeiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**. [*S.l.*], v. 13, n. 2, p. 116–137, maio 2020.

KAGAN, Elena. Presidential administration. **Harvard Law Review**. [*S.l.*], v. 114, p. 2.245–2.385, 2001.

PEREIRA, Ana Paula Sampaio Silva. A segurança jurídica administrativa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: uma análise acerca dos fundamentos normativos e dos argumentos jurídicos nos julgamentos dos mandados de segurança 24.781 e 25.116. **Revista Brasileira de Políticas Públicas.** Brasília, v. 3, n. 2, p. 195–227, jul./dez. 2013.

ILVEIRA, Andre Bueno da. Doutrina Chevron no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica. **RDA – Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, v. 276, p. 109–146, set./dez. 2017.

SUNSTEIN, Cass R. *Chevron step zero*. **Virginia Law Review**. Chicago, v. 92, n. 2, p. 187–249, abr. 2006.

CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E PROGRAMAS DE INTEGRIDADE: UM MODELO DE ESTRUTURA BASEADO EM RISCOS

Marcelo Souza Rocha[111]

INTRODUÇÃO

Em uma visão rápida, pode-se afirmar que o termo *compliance* já não é mais novidade para muitas empresas. No Brasil, o *compliance* e suas aplicações ganharam mais relevo com a edição da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), que fomentou a implantação de Programas de Integridade nas empresas, notadamente quando se relacionam com o Poder Público.

Do lado do Estado, no entanto, ainda são recentes os processos de implementação de ferramentas e práticas de gestão de riscos e de controle preventivo contra atos lesivos à própria Administração. A nova Lei Geral de Licitações, Lei nº 14.133/2021, dispõe sobre a necessidade de as contratações públicas se submeterem a essas práticas, mas ainda não se tem um padrão de procedimentos ou instrumentos que orientem as nesse sentido.

Sabe-se que, com o intuíto de favorecer o funcionamento do Estado, o Direito Administrativo assegurou maior poder discricionário nas decisões dos agentes públicos que, não raro, afetam as políticas públicas.

111 Mestrando em Ciências Jurídicas. Bacharel em Direito. Engenheiro de Segurança. Especialista em Engenharia de Segurança do Trabalho e em Gestão Financeira, Controladoria e Auditoria.

Apesar dessa discricionariedade não ser necessariamente maléfica, em alguns casos ela contribui para a ocorrência de atos ilícitos como desvios de verbas, fraudes ou outras irregularidades.

Ocorre que a insuficiência de normatização própria, a inadequação de controles internos e a ausência de uma matriz de responsabilidade têm acarretado gravíssimos efeitos nas organizações, além de riscos à imagem dos gestores públicos e da própria pessoa jurídica. É precisamente nesse cenário que atua o Programa de Integridade, servindo de mecanismo que auxilia na repartição de suas responsabilidades, seus limites e definição objetiva de controles.

Neste artigo busca-se apresentar uma estrutura para elaboração de Programa de Integridade voltado ao processo de aquisições e contratações que seja capaz de trabalhar a favor da administração pública para orientar na definição das práticas, dos processos e das estruturas aptas a avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, evitando dessa forma irregularidades e práticas fraudulentas, além de garantir o cumprimento transparente da legislação e atender aos princípios implícitos ou expressos na Constituição Federal.

1 OS DESAFIOS DO GESTOR PÚBLICO

Em tempos de crise, uma fama idônea possibilita a manutenção e a abertura de novos projetos. Esta foi a conclusão a que chegaram diversos países, cujas constatações os levaram a considerar que somente organizações transparentes e baseadas em boas práticas terão espaço no mercado. De uma maneira geral, muitas instituições dos Estados Unidos, Reino Unido e Europa já são obrigadas a adotar regras de *compliance*, estando sujeitas a legislação anticorrupção, como é exemplo a *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), nos EUA, e a *UK Bribery Act*, no Reino Unido.

A exemplo desses países, o Brasil já tem avançado "com um conjunto de atos normativos que interpretados de forma sistemática sinalizam para um estado ideal" das práticas de governança e combate a fraudes no meio empresarial (PORTO, 2020, p. 52), a exemplo da Lei n º 12.846/2016, alinhada com normas estrangeiras e com potencial de causar mudanças nas políticas internas do meio corporativo.

Essa realidade, contudo, não pode desconsiderar outra que, por vezes, fica esquecida. Trata-se do fato de que existe enorme volume de recursos públicos aplicados pelos Poderes da União, estados, Distrito Federal e municípios, cuja utilização demanda uma assombrosa quantidade de processos licitatórios. Cabe lembrar aqui que, quanto maior o número de procedimentos, maiores os riscos de ilícitos, de corrupção ou mesmo de uma aplicação ineficiente do erário em prejuízo aos serviços oferecidos à sociedade.

Percebe-se que os gestores públicos enfrentam incertezas traduzidas em riscos com potencial destrutivo; seu desafio é decidir se aceitam essa insegurança, ou se identificam e gerenciam as dúvidas, possibilitando o tratamento eficaz das interferências num esforço para gerar valor à sua gestão.

Para tanto, um eficaz instrumento é o Programa de Integridade formado pelo "conjunto de normas de condutas, procedimentos e ações" (PORTO, 2020, p. 34) que antecipa potenciais impropriedades e irregularidades na gestão, previne eventuais riscos à gestão dos recursos públicos e permite reduzir falhas inerentes ao processo de aquisição.

2 CONTEXTUALIZANDO A GOVERNANÇA, A GESTÃO DE RISCOS E A INTEGRIDADE

A governança, os riscos e a integridade — alguns autores chamam de *compliance*, de onde vem o acrônimo GRC (PORTO, 2020, p. 40) — são temas distintos, mas estão inter-relacionados quando se trata de programa de integridade nas contratações públicas. Por isso, merecem ser contextualizados.

2.1 GOVERNANÇA

A governança tem origem eminentemente empresarial. Todavia, por ser abrangente, é um termo utilizado na literatura acadêmica com diferentes conceitos, dependendo da área ou foco de aplicação. O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa a define como "o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração,

diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas" (2015, p. 20).

As deficiências no âmbito do setor público levaram o Tribunal de Contas da União a cunhar o termo *Governança Pública Organizacional* e conceituá-lo como sendo os "mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade" (BRASIL, 2020, p. 36).

De forma mais objetiva, a norma NBR ISO 31000:2018 compreende a governança como o conjunto de processos, leis, regulamentos e políticas que norteiam a maneira como uma organização é dirigida, administrada ou controlada; isto é, são as regras, processos e práticas que orientam o rumo para alcançar o propósito da organização (ABNT, 2018).

Tratando da governança nas atividades das aquisições, o Tribunal de Contas da União definiu que ela

> compreende essencialmente o conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão das aquisições, com objetivo de que as aquisições agreguem valor ao negócio da organização, com riscos aceitáveis (BRASIL, 2015).

Segundo a Lei nº 14.133/2021, a governança das contratações é responsabilidade da Alta administração do órgão ou entidade, em cujas obrigações destaca-se o dever de "implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos", a fim de promover um ambiente íntegro e confiável, além de assegurar eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações (art. 11, parágrafo único).

2.2 GESTÃO DE RISCOS

Qualquer organização, independentemente do tipo, porte ou área de negócio, enfrenta influências e fatores que trazem incertezas quanto ao atingimento dos objetivos estabelecidos; tais incertezas também podem ser chamadas de "riscos" aos objetivos da organização (ABNT, 2018).

Com esse mesmo foco, se um processo de contratação pública tem o objetivo de atender a uma demanda da organização seguindo os preceitos legais, eventos de risco podem impedir ou dificultar o seu atingimento. Logo, uma gestão de riscos que aponte os controles capazes de mitigar os efeitos adversos é um mecanismo essencial para orientar comportamentos, tomar decisões e atingir os objetivos almejados. Noutras palavras, "a gestão de riscos serve para reduzir o impacto negativo dos riscos sobre as metas organizacionais, por meio da adoção de controles internos" (BRASIL, 2013).

Ao regulamentar a Lei Anticorrupção, o Decreto nº 8.420/2015 dispôs que o programa de integridade deve ser estruturado e aplicado "de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica", e que a análise periódica de riscos é um dos parâmetros que indicam a efetividade do programa (art. 41, parágrafo único e art. 42, inciso V). Nesse mesmo sentido, aponta o *U.S. Department of Justice/Criminal Division* (2020), com base no FCPA *Guide*, estabelecendo que para saber se uma empresa tem um programa de integridade bem projetado é necessário entender como foram identificados, avaliados e definidos seu perfil de risco, além do grau em que o programa dedica ao processo e recursos apropriados ao espectro de riscos.

No contexto da integridade pública, a gestão de risco tem a função de administrar os eventos de riscos de modo a mantê-los em níveis aceitáveis, com controles adequados. Um sistema efetivo de controles internos — controles primários — é primordial para evitar ou minimizar riscos de erros, fraudes ou processos inadequados que possam atrair consequências indesejadas. Caso os riscos não sejam adequadamente gerenciados, a Administração acaba assumindo prejuízos desconhecidos, que não foram antecipados e analisados.

2.3 INTEGRIDADE

A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro — ENCCLA, sob a coordenação do Tribunal de Contas da União, desenvolveu cartilha onde conceituou a integridade nas organizações públicas como sendo:

> [...] o conjunto de iniciativas e regras que mantêm a Administração Pública nos bons caminhos, aqueles que vão levá-la a cumprir seu principal objetivo: entregar os resultados esperados pela população, de forma adequada, imparcial e eficiente. A integridade é, portanto, inimiga da corrupção, já que um ambiente corrupto, além de contaminar o andamento e a qualidade dos trabalhos, compromete a própria credibilidade da instituição (ENCCLA, 2019, p. 6).

Não existe um modelo reconhecido, desenvolvido especificamente para a integridade nas aquisições e contratações públicas. Esse conceito sobre o que vem a ser integridade, no entanto, auxilia na compreensão e fornece pistas para o modelo que adiante se propõe.

Tratando do poder público, a recomendação do Comitê de Governança Pública da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2020) definiu que a integridade pública está relacionada a um sólido alinhamento e adesão de valores, princípios e normas éticas capazes de dar suporte e prioridade do interesse público sobre os interesses privados. Nesse contexto, a integridade está preocupada com o "comportamento diário das pessoas e com o processo de tomada de decisões" (ZENKNER, 2019, p. 46) que, no caso objeto deste artigo, se relaciona com os comportamentos e atos decisórios tomados no processamento das contratações públicas.

Esses comportamentos possuem íntimo vínculo com o poder discricionário assegurado aos agentes públicos na tomada de decisões, de onde emerge o princípio da moralidade pública. Ocorre que "uma pessoa só pode ser considerada íntegra quando, mesmo possuindo poder e estando livre de qualquer punição, age com base na moral, na virtude e na justiça, ou seja, age simplesmente com motivação pelo dever" de atender ao interesse público (ZENKNER, 2019, p. 53).

Portanto, o programa deve contemplar medidas capazes de interromper eventual prática do ato irregular, a devida restauração da legalidade e apuração de responsabilidades, completando assim a tríade "prevenção, detecção e resposta", essencial a qualquer sistema de *compliance* (HANOFF; NIELSEN, 2020, p. 140).

Daí, torna-se necessário que o programa de integridade avance para além de conceitos teóricos e dogmáticos, convertendo princípios básicos

em orientações objetivas. Nesse passo, um bom início é utilizar como paradigma os parâmetros disciplinados pelo Decreto nº 8.420/2015, que servem como base para a avaliação de um programa de integridade.

3 PILARES DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE

A maneira mais eficaz para detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados durante as atividades relacionadas com as compras e contratações públicas é uma abordagem baseada em riscos.

O Decreto nº 8.420/2015 define os parâmetros segundo os quais a efetividade de um programa de integridade deve ser avaliada (art. 41, parágrafo único). A literatura separou esses parâmetros em nove conjuntos, também chamados de pilares, assim divididos: engajamento e comprometimento da alta administração; avaliação de riscos; código de conduta e políticas de *compliance*; controles internos; treinamento e comunicação; canais de denúncia; investigações internas; procedimento de *Due diligence*; e auditoria e monitoramento. Não significa, contudo, que "outras estratégias não possam ser adotadas com igual ou maior eficiência" (PORTO, 2020, p. 37).

Para servir de mecanismo de governança e ajudar os órgãos a construir ou aperfeiçoar suas políticas de aquisições e contratações, um adequado programa deve conter instrumentos destinados à prevenção, detecção e remediação de atos lesivos à Administração Pública. Sem perder o foco nos parâmetros ou pilares, convém que o programa de integridade seja implementado de forma sistematizada, utilizando estrutura capaz de se incorporar às políticas e práticas estratégicas da organização, o que inclui as responsabilidades de todas as partes da organização para gerenciar riscos e implementar os mecanismos de controle.

4 MODELO DE ESTRUTURA DE UM PROGRAMA DE INTEGRIDADE

Várias metodologias e estruturas têm sido utilizadas por diversos profissionais para elaborar os programas de integridade, como por exemplo aquelas contidas no *framework* COSO ERM 2020 ou nas normas ABNT NBR ISO 19600; 31000; 37001 e mais recentemente na

NBR ISO 37301. Todas elas têm um ponto em comum: são apoiadas no processo de gerenciamento de riscos; daí porque um programa de integridade também poderia ser chamado de programa de prevenção a riscos de *compliance*.

Assim, a estrutura que se apresenta a seguir tem inspiração nas normas ISO 31000:2018 e 37301:2021, por oferecerem um conjunto de componentes e arranjos organizacionais comuns para a concepção, implementação, monitoramento, análise e melhoria contínua não apenas da gestão de riscos, como também do programa de integridade. Nessa medida, o modelo de estrutura que se propõe possui sete componentes: liderança e comprometimento; escopo e integração; concepção; implementação; monitoramento e controle; e melhoria contínua.

4.1 LIDERANÇA E COMPROMETIMENTO

Para diversos autores, o apoio da alta direção é o pilar fundamental de um programa de integridade, não se podendo imaginar que tal programa possa ser bem-sucedido sem um engajamento da alta administração (PORTO, 2020, p. 35) fomentando uma cultura ética e de respeito aos princípios e normas. Nessa medida, a liderança e o comprometimento da alta administração é a primeira fase a ser observada na estrutura para implantação do programa.

Diante do impacto persuasivo sobre toda a gestão das aquisições, é da alta administração a definição de um processo que permita atrair, desenvolver e reter talentos competentes, além do rigor em torno de medidas, incentivos e recompensas pela performance.

Segundo o TCU (Acórdão nº 2.622/2015), a alta direção da Administração é formada pelo conjunto de gestores com poderes para estabelecer as políticas, os objetivos e a direção geral da organização, aqueles que dirigem a organização em nível estratégico (BRASIL, 2015). Por meio de uma forte liderança e com apoio dos órgãos de supervisão — a média gerência — os gestores da alta administração possuem a responsabilidade de integrar as atividades de compras e contratações a um programa capaz de assegurar a conformidade com as normas, os princípios, as boas práticas, os valores internos e a ética.

O comprometimento da alta administração também possui relação com a identificação de lideranças internas, notadamente porque uma postura ética e exemplar do subordinado não necessariamente depende somente da sua chefia. Cada servidor, dentro de sua área de atuação e no próprio nível de alçada, tem o poder-dever de atuar de forma proativa, reproduzindo em seus pares, subordinados e até superiores a adoção da mesma postura.

4.2 DEFINIÇÃO DE ESCOPO E INTEGRAÇÃO

A segunda fase na metodologia proposta é a definição do escopo e a forma como o programa será integrado aos processos de trabalho da organização. Para haver a integração do programa de integridade aos processos e atividades, deverá haver uma compreensão das estruturas e do contexto organizacional.

Nesta etapa, deverá se ter em mente quais atores, funções e setores da organização possuem responsabilidade por alguma atividade no processo de contratação pública e sua posição diante da governança da organização.

A integração do programa no processo de trabalho, portanto, deve ser personalizada para as necessidades e cultura de cada organização, cuidando para que não se constitua em nova instância da governança, aumentando a burocracia na tramitação de um processo de contratação.

Para uma integração convém, dentre outros: mapear e coletar dados; analisar a maturidade da organização em relação ao *compliance*; mapear processos, procedimentos e normas, além de definir as relações entre um projeto, processo, atividade ou serviço específicos e outros projetos, processos, atividades ou serviços da organização.

Conforme a maturidade da organização, é boa prática que um programa completo se inicie de forma modesta, com a definição da atividade, processo ou serviço com maior afinidade ou facilidade de abordagem para, aos poucos, ir robustecendo o programa.

4.3 CONCEPÇÃO

O primeiro passo dessa fase é compreender a organização e seu contexto interno e externo, o que inclui examinar dados históricos como:

fatores sociais, políticos, jurídicos, regulatórios, financeiros, tecnológicos, econômicos e ambientais; o histórico e as tendências com potencial para interferir nos objetivos institucionais; as redes de relacionamentos, suas complexidades e interdependências; as percepções e expectativas das partes interessadas externas, em especial dos órgãos de controle e principais fornecedores. Outro passo importante é articular o inequívoco comprometimento da alta gestão com o sistema de *compliance*, como visto na primeira fase.

Atribuir papéis e autoridades, bem como definir responsabilidades e responsabilizações, é outra tarefa da fase de concepção. A organização deve constituir uma unidade de gestão da integridade à qual será atribuída competência para coordenar a estruturação, a implementação, a execução e o monitoramento do programa de integridade, em conjunto com as demais unidades da organização.

A alta administração deve dotar tal unidade de gestão da integridade de autonomia e dos recursos materiais e humanos suficientes para o desempenho de suas atividades, além de assegurar o acesso a todos os setores internos, incluindo o maior nível hierárquico.

Aqui, é fundamental identificar indivíduos que possuam características, conhecimentos e autoridade compatíveis, não apenas no tema *compliance*, mas também com o objeto ao qual ele será implementado, isto é, as contratações públicas.

Por fim, esta fase de concepção deve conduzir ao desenvolvimento de uma Política de Integridade com abordagem e curso de ação dos trabalhos, instituição da instância responsável pelo programa — colegiado ou unidade — e mobilização da média gerência e dos servidores multissetoriais para participar da equipe do projeto. Também é produto desta fase a elaboração da minuta preliminar de um documento base ou Plano de Integridade.

4.4 IMPLEMENTAÇÃO

O programa de integridade deve ser estruturado e aplicado "de acordo com as características e riscos atuais das atividades" de cada organização (Decreto nº 8.420/2015, art. 41, parágrafo único). Assim como esse

Decreto, o *Resource Guide* do FCPA também considera que as avaliações de riscos são fundamentais para o desenvolvimento de um programa de *compliance* consistente.

Daí poder afirmar-se que, se o comprometimento da alta administração pode ser considerado a "cabeça" de um programa de integridade, o processo de gestão de riscos deve ser considerado o "coração". É que, da identificação, análise e avaliação contínua de riscos será possível estabelecer o tratamento adequado com a aplicação de controles internos para um processo, procedimento, atividade ou serviço.

A implementação do programa de integridade é consequência do processo de avaliação de riscos pois, uma vez validado o resultado da avaliação de riscos pelos níveis apropriados da organização, o passo seguinte é selecionar e implementar opções para o tratamento dos riscos na forma de controles internos arranjados de modo que sejam compreendidos e executados por todos os envolvidos (ABNT, 2018) no processo de contratação.

Para reconhecer e descrever os riscos dos processos de contratações públicas, a abordagem que se recomenda é seguir por dois caminhos complementares. Primeiro, convém levantar os riscos identificados pelos órgãos de controle — especialmente na base de dados dos Tribunais de Contas — como sendo aqueles mais comuns para a atividade; em seguida, completa-se a relação com os eventos de riscos específicos da organização.

O objetivo desta etapa é gerar uma lista abrangente de eventos de riscos e, uma vez identificados e listados tais eventos, passa-se à fase da análise de riscos. As ações desta fase consistem na determinação das probabilidades de ocorrência dos eventos de risco identificados, no levantamento dos possíveis impactos dos eventos e sua respectiva avaliação, sem considerar quaisquer controles, ainda que existentes.

Para as análises, convém à organização estabelecer as próprias métricas com níveis de significância ou de pesos para que, combinados com uma escala de classificação, determine um nível quantitativo de risco. Com tal propósito, Souza e Brasil (2017, p. 64) sugerem utilizar os descritores expressos nas Tabelas 1 e 2:

TABELA 1 — ESCALA DE PROBABILIDADE

Descrição	Frequência	Peso
Muito Baixa	Evento extraordinário para os padrões conhecidos da gestão e operação do processo.	1
Baixa	Evento casual, inesperado. Muito embora raro, há histórico de ocorrência conhecido por parte de gestores e operadores do processo.	2
Média	Evento esperado, de frequência reduzida, e com histórico de ocorrência parcialmente conhecido.	3
Alta	Evento usual, corriqueiro. Devido à sua ocorrência habitual, seu histórico é amplamente conhecido por parte de gestores e operadores do processo.	4
Muito Alta	Evento se reproduz muitas vezes, se repete seguidamente, de maneira assídua, numerosa e não raro de modo acelerado. Interfere de modo claro no ritmo das atividades, sendo evidentes mesmo para os que conhecem pouco o processo.	5

Fonte: Souza e Brasil (2017, p. 64).

TABELA 2 — ESCALA DE IMPACTO

Descrição	Impacto Qualitativo nos Objetivos	Peso
Muito Baixo	Sem incômodo político; atrasos contidos no setor; não afeta o alcance dos objetivos; não há prejuízos financeiros.	1
Baixo	Leves incômodos na instituição; podem ocorrer atrasos em outros setores; impede o alcance dos objetivos por período curto; irrisório aumento nos gastos.	2
Médio	Necessidade de envolvimento de outros setores para correções; impede o alcance de um objetivo por período longo; gastos elevados.	4
Alto	Necessidade da alta direção para correções; impede o alcance de vários objetivos por período longo; grandes perdas.	8
Muito Alto	Grandes reflexos políticos externos; impossibilidade de correções ou ajustes; enormes perdas; impedimento na continuidade dos serviços da organização.	16

Fonte: Adaptado de Souza e Brasil (2017, p. 64).

Com base nos resultados da análise de riscos, será necessário tomar decisões sobre quais riscos necessitarão de tratamento e a prioridade para a implementação das medidas. O primeiro fator a ser considerado é o Nível

de Risco (Tabela 3) — também chamado de Risco Inerente —, que será alcançado multiplicando-se os pesos da probabilidade e da consequência.

TABELA 3 — NÍVEL DE RISCO: MATRIZ DE IMPACTO X PROBABILIDADE

		Impacto				
		1 Muito Baixa	2 Baixa	4 Média	8 Alta	16 Muito Alta
Probabilidade	5 Muito Alto	5	10	20	40	80
	4 Alto	4	8	16	32	64
	3 Médio	3	6	12	24	48
	2 Baixo	2	4	8	16	32
	1 Muito Baixo	1	2	4	8	16

Fonte: Adaptado de Souza e Brasil (2017, p. 64).

Na seleção das opções de tratamento, é importante considerar as influências no que fazer diante do risco, avaliando custos e benefícios, para então decidir evitar o risco, compartilhar, aceitar de forma fundamentada ou mitigar removendo a fonte, mudando a probabilidade ou a consequência dos eventos (ABNT, 2018). Outros fatores também devem ser considerados para definir o tratamento adequado, sendo o principal deles a avaliação da eficácia dos controles existentes e sua capacidade para mitigar o risco.

Uma prática sugerida é identificar os procedimentos e controles internos recomendados pelo TCU para cada um dos eventos de risco identificados e, ato contínuo, cotejar com os controles internos existentes na organização e avaliar sua existência, a adequação e efetividade. O levantamento dos controles internos deve ser complementado considerando a possível ausência ou insuficiência de instrumentos estruturantes do programa de *compliance*, tais como: Código de conduta; Treinamento e comunicação; Canais de denúncia; Investigações internas; e *Due diligencce*.

Nota importante é a noção sobre a incerteza, intrínseca à definição de riscos. É certo que eventos futuros não podem ser previstos ou controlados de forma absoluta, o que leva ao conceito de "segurança razoável" dos controles internos refletidos pelos fatores que "estão fora do controle ou da influência da organização e que podem afetar sua capacidade de alcançar os objetivos" (SOUZA; BRASIL, 2017, p. 30).

Como método para avaliar os controles, Souza e Brasil (2017, p. 126) recomendam utilizar a escala expressa na Tabela 4:

TABELA 4 — EFICÁCIA DO CONTROLE

Eficácia do Controle	**Situação do Controle Existente**	**Multiplicador do Risco Inerente**
Inexistente	Ausência completa do controle.	1
Fraco	Em desenvolvimento; informal; sem disseminação; sem aplicação efetiva; quase sempre falha.	0,7
Mediano	Formalizado, conhecido e adotado na prática; funciona na maior parte das vezes; pode ser aprimorado.	0,4
Forte	Mitiga o risco em todos os aspectos relevantes; sem falhas detectadas; pode ser enquadrado em um nível de "Melhor Prática".	0,1

Fonte: Adaptado de Souza e Brasil (2017, p. 126).

O nível de eficácia do controle é multiplicado pelo Risco Inerente (Probabilidade X Impacto), resultando no Risco Residual — o método da Análise de Modos e Efeito de Falha, chamado *Risk Priority Number*. Como o principal objetivo de um programa de integridade é prevenir a não conformidade dos processos por meio de controles internos eficazes, estes têm por atributo tornar aceitável um risco residual. Um controle "Forte" teria "um desenho adequado e funciona todas as vezes que é necessário" (SOUZA; BRASIL, 2017, p. 126), bem como poderia fazer um risco inerente, por exemplo, de nível 80, se deslocar para um Nível de Risco residual muito mais baixo (80 x 0,1 = 08).

Conforme a avaliação da eficácia dos controles internos existentes, será possível elaborar um novo mapa de risco com os Níveis de Risco

ajustados — Risco Residual —, os quais serão objeto de ações de tratamento, caso ainda estejam em nível inaceitável, considerando a Tabela 5:

TABELA 5 — AÇÕE DE TRATAMENTO

Risco Residual	Categoria	Ações
NR > 24	Risco Extremo	Ação imediata da Alta Administração
8 < NR ≤ 24	Risco Alto	Implementar controles e planos de ação
3 < NR ≤ 8	Risco Moderado	Definir responsabilidade gerencial
NR ≤ 3	Risco baixo	Manter e monitorar prática/ procedimentos

Fonte:

Uma vez concluído o processo de avaliação de riscos, a implementação do programa de integridade será precedida da elaboração de um Plano de Tratamento dos eventos de riscos identificados. A implementação das ações planejadas deverá ser coordenada pela unidade de gestão da integridade indicada na etapa da concepção. As estratégias definidas no planejamento das respostas aos riscos deverão seguir um cronograma pensado para evitar solução de continuidade das atividades.

4.5 MONITORAMENTO E CONTROLE

Apesar de a Administração Pública possuir diversas instituições e mecanismos para fiscalizar e revisar os atos praticados na cadeia de decisões durante as contratações públicas, para ser efetivo, o controle deve iniciar com o próprio agente público que praticar o ato — chamado de "Primeira Linha" (IIA, 2020).

Já o controle do programa de integridade consiste no direcionamento das ações individuais para a implementação das políticas e procedimentos estabelecidos a partir do plano de tratamento de riscos. Sua finalidade é assegurar que os controles internos sejam executados em todos os níveis da Administração e por todos os agentes envolvidos no processo de compras e contratações.

Além disso, para avaliar a eficácia da estrutura, aplicação e atualização do programa de integridade, a organização deve monitorar e controlar as

atividades com mensuração periódica do desempenho de toda a estrutura e aplicação do programa, sempre que couber, observando os parâmetros estabelecidos no art. 42 do Decreto nº 8.420/2015.

O monitoramento e o controle são atividades de gerenciamento que buscam assegurar o atingimento dos objetivos estabelecidos e devem ocorrer mediante avaliações contínuas e periódicas, em bases atualizadas e informações históricas.

Uma das informações contidas no plano de tratamento de riscos são os indicadores de medidas de desempenho, também chamados de KPIs (*Key Performance Indicators*), KRIs (*Key Risks Indicators*) e KCIs (*Key Crisis Indicators*). Para auxiliar na tomada de decisões, é fundamental que o monitoramento forneça à alta administração os resultados dos indicadores de performance suportados por dados e informações relevantes e mensuráveis.

4.6 MELHORIA CONTÍNUA

Convém à organização promover a melhora continuamente à adequação, à suficiência e à eficácia da estrutura de gestão de riscos e do programa de integridade, bem como a forma como os processos de trabalho a eles se integram.

Os resultados são avaliados e validados em relação aos indicadores de performance, de riscos e de crises (KPIs, KRIs e KCIs) estabelecidos pela alta administração e permitem verificar se o programa de integridade implementado continua aderente ao modo de operação da organização, assim como orientar a criação de mecanismos para que as deficiências encontradas possam realimentar continuamente seu aperfeiçoamento e atualização.

A fim de assegurar a atualidade e a melhoria contínua de todo o sistema de integridade, a organização deve promover a revisão do plano de integridade em periodicidade não superior a um ano, bem como sempre que sobrevir significativa alteração no seu contexto interno ou externo.

4.7 CONSOLIDAÇÃO E DOCUMENTAÇÃO DAS REGRAS E INSTRUMENTOS

Com base nos conhecimentos e considerações extraídas das seis fases da estruturação do programa de integridade, a organização deve conso-

lidar o documento base, ou plano de integridade, minutado na fase da concepção.

No Plano de Integridade devem ser formalizados e documentados todas as regras e instrumentos de integridade existentes ou que demandem elaboração ou atualização. Esse plano deve revelar, de forma expressa, como serão tratados cada um dos requisitos ou pilares descritos no art. 42 do Decreto nº 8.420/2015 e todos os elementos identificados nas seis fases da estruturação acima abordados, tais como: elaboração das regras, políticas e procedimentos de prevenção de irregularidades; os mecanismos de detecção ou reportes de irregularidades (alertas ou *red flags*; canais de denúncia); os controles internos formulados em respostas aos riscos; medidas de remediação e contingência; os padrões de ética e de conduta com respectivas medidas disciplinares para o caso de violações.

Para uma ampla e efetiva divulgação do programa de integridade, o plano deve conter as formas de comunicação e treinamento, com estratégias específicas para os diversos públicos. O treinamento e a comunicação devem ser estruturados em processo contínuo para proporcionar, compartilhar e obter as informações necessárias para o cumprimento dos objetivos da política de contratações, aí incluídos o processo de transferência de conhecimentos, treinamento e capacitação em todos os níveis da organização.

Assim como o programa de integridade deve ser iniciado com a liderança e comprometimento da alta administração, é dela a competência para aprovação do plano de integridade. Essa também será uma forma de manifestar formalmente o compromisso da alta direção e o tom do topo para toda a organização. Por fim, um passo importante para a disseminação de uma cultura de integridade dentro e fora da organização será atribuir responsabilidade a uma unidade ou colegiado para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão do programa integridade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando o gestor público não sabe como decidir, não raro assume comportamento omisso ou apenas reage porque ficou explícita alguma não conformidade ou ilegalidade. Ambas as condutas, omissiva ou reativa,

expõem os gestores públicos a fatores adversos e são refletidos na ausência ou alcance dos resultados nas políticas públicas.

Um eficaz instrumento de governança para as contratações públicas, que vem em auxílio aos gestores, é o Programa de Integridade. Ao converter princípios básicos em orientações objetivas, esse instrumento atua na prevenção, detecção e resposta não apenas a desvios, fraudes e atos ilícitos, mas também a todos os atos irregulares praticados.

Uma vez que não existe um modelo reconhecido para a integridade nos processos de aquisições e contratações dos órgãos públicos, o presente artigo apresentou uma estrutura para a elaboração do programa de integridade que conecta, a um só tempo, o processo de gestão de riscos, as atividades operacionais internas da organização e os pilares ou parâmetros disciplinados pelo Decreto nº 8.420/2015.

Sem se afastar dos pilares do programa de integridade, a abordagem procurou adaptar o modelo para atender às circunstâncias próprias dos processos de compras e contratações, focando no processo de gerenciamento de riscos específicos e procurando implantar controles internos como medidas capazes de garantir o atingimento dos objetivos e o alinhamento às políticas institucionais.

REFERÊNCIAS

ABNT (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS). **ABNT NBR ISO 31000:** Gestão de Riscos — Diretrizes. 2 ed. Rio de Janeiro: ABNT, 2018.

BRASIL. Controladoria Geral da União. **Guia Prático de Implementação de Programa de Integridade Pública**. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/integridade-2018.pdf.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial básico de governança aplicável a organizações públicas e outros entes jurisdicionados ao TCU**. Edição 3. Brasília: TCU — Secex Administração, 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 3.023/2013-Plenário**. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/inicio/.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1273/2015-Plenário**. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/inicio/.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2622/2015-Plenário**. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/inicio/.

COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION. ***Compliance* risk management: applying the COSO ERM framework.** Disponível em: https://www.coso.org/Documents/*Compliance*-Risk-Management-Applying-the-COSO-ERM-Framework.pdf.

ESTADOS UNIDOS. *Departament of Justice, Criminal Division,* 2020. **Evaluation of Corporate *Compliance* Programs**. Atualizado em jun. 2020. Disponível em: https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download.

ESTADOS UNIDOS. *Departament of Justice, Criminal Division,* 2020. **A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act**. Second edition. Disponível em: https://www.justice.gov/criminal--fraud/fcpa-resource-guide.

HANOFF, R. V.; NIELSEN, T. H. A norma ISSO 37001 como ferramenta de aprimoramento dos processos de compras e proteção dos recursos públicos. *In:* DAL POZZO, A. N.; MARTINS, R. M. (coord.). **Aspectos controvertidos do *compliance* na Administração Pública.** Belo Horizonte: Fórum, 2020.

IBGC (INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA). **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 5.ed. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. São Paulo, SP: IBGC, 2015.

JACOBY FERNANDES, J. U.; JACOBY FERNANDES, M.; TEIXEIRA, P. R.; TORRES, R. C. L. **Direito provisório e a emergência do coronavirus**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

OCDE (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO). **Integridade Pública:** uma

estratégia contra a corrupção. Disponível em: https://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-recommendation-brazilian-portuguese.pdf.

PORTO, E. G. ***Compliance* & governança corporativa.** Porto Alegre: Lawboratory, 2020.

SOUZA, K.; BRASIL, F. **Como gerenciar riscos na Administração Pública:** Estudo Prático em Licitações. Curitiba: Negócios Públicos do Brasil, 2017.

IIA (THE INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS). **Modelo das três linhas do IIA 2020:** uma atualização das três linhas de defesa. Traduzido pelo IIA Brasil. Disponível em: https://iiabrasil.org.br/noticia/novo-modelo-das-tres-linhas-do-iia-2020

ZENKNER, M. **Integridade Governamental e Empresarial:** um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

A DESAPROPRIAÇÃO E A REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA: UMA ANÁLISE DOS INSTITUTOS DENTRO DO CONTEXTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Raíssa Cristina Correia dos Santos[112]

INTRODUÇÃO

A Carta Política Brasileira assegura a todos o direito à propriedade. Contudo, o foco do presente instrumento é frisar a possibilidade da mitigação deste direito em virtude da supremacia do interesse público, enfatizando os debates naquilo que concerne aos institutos da Desapropriação e Requisição Administrativa, dos quais podemos inferir como similitudes serem o ato fato pelo qual o Poder Público, imbuído pelas suas prerrogativas constitucionais e por intermédio de seus agentes, vale-se de propriedade particular destinada a um fim específico.

Todavia, há que se salientar que os fatos que legitimam as práticas são absolutamente diferentes. Para a Desapropriação, por exemplo, sua legitimidade é decorrente da majoração daquilo que for mais benéfico à coletividade em detrimento do interesse de um determinado particular, pois, mister frisar, o indivíduo que sofre com a desapropriação também

112 Graduanda em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Pesquisadora do Grupo Emancipando Minorias. Interessa-se pelo magistério.

está inserido na coletividade. A desapropriação é uma das balizas constitucionais que cerceiam o direito à propriedade.

No tocante à Requisição Administrativa, o ato que a legitima é a iminência de perigo; então, o agente do Poder Público vale-se da prerrogativa que lhe é assegurada na Magna Carta Brasileira de 1988 e coativamente requisita a propriedade privada.

É mister frisar que não se abordará a questão da (in)constitucionalidade da desapropriação indireta ou imprópria por não ser o foco do presente instrumento, que almeja buscar na doutrina, legislação e jurisprudência pátrias por acervo bibliográfico que corrobore com a tese de limitação do Direito de Propriedade, apenas.

Dessarte, este curto artigo abordará as especificidades dos institutos, o histórico legislativo de limitação ao direito a propriedade, a falaciosa mitigação da Supremacia do Interesse Público bem como o supracitado posicionamento doutrinário e jurisprudencial. Também será versada a questão da utilização dos institutos enquanto mecanismos de promoção de políticas públicas.

1. A POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO ESTATAL NA PROPRIEDADE

Antes de abranger qualquer outra questão, faz-se necessária a menção ao que dispõe o Art. 5º, XXII da Carta Magna Brasileira de 1988. Em tempo, reza o dispositivo:

> Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> XXII — é garantido o direito de propriedade; (BRASIL, 1988).

Para o Código Civil de 2002, mais especificamente em seu Art. 1.228, o direito de propriedade consiste na "faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha", e conforme explicitado no Art. 1.225, I, do Código Civil, é direito real.

Para além de real, o direito à propriedade tem caráter de direito fundamental. Cavalcante Filho (2020, p. 30) determina que estes são "[...]os direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica". Todavia, a intangibilidade deste núcleo encontra sua mitigação nas balizas constitucionais, conforme adiante se explicitará.

Ainda sobre o que dispõe o Art. 1.228, insta frisar o que dispõe o §3º, que preceitua: "O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente". Gonçalves (2013, p. 229–230), corroborando com o que conceituam os dispositivos legais, traz à tona uma visão diferenciada no que concerne o direito de propriedade, pois afirma que ele é circunscrito pelo ordenamento jurídico e não é, sob hipótese alguma, absoluto.

Dessarte, a própria Lei Maior já afirma a possibilidade de um "cerceamento" ao direito de propriedade, pois prevê no Art. 5º, XXIII que esta atenderá à sua função social. Tendo em vista esse aspecto, é imprescindível ater-se ao que dispõe o Art. 170, III do mesmo diploma legal, que exara:

> Art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
>
> III – função social da propriedade; (BRASIL, 1988).

Nesses moldes, resta indubitável a possibilidade da mitigação desse direito real, e é possível perceber que a função social da propriedade é também — para além de um direito fundamental demarcado no Art. 5º, XXIII da Constituição — um princípio geral da ordem econômica e financeira, insculpido no Art. 170, III da referida fonte legislativa.

Para Pires (2006), as possibilidades de desapropriação e requisição administrativa, para além da previsão constitucional que outorga legitimidade a quem de direito, baseiam-se, dentre outros, nos princípios da Soberania do Estado e o da Supremacia do Interesse Público. Em que pese o interesse público, há que se salientar que há controvérsias acerca de

sua efetiva conceituação e, consequentemente, à sua efetiva aplicabilidade. Sobre o interesse público, Chagas (2013, p. 5, grifo nosso) afirma que:

> [...] em razão do fato do conceito de interesse público ser *indeterminado* sob a ótica do ordenamento jurídico, ocorre uma confusão entre o que seja interesse público propriamente dito (primário) com os demais interesses, sejam eles interesses do próprio Estado, da Administração Pública ou do agente público (então ditos secundários). A confusão sobre o que efetivamente seja interesse público resulta do processo de despatrimonialização e despersonalização do poder.

Contudo, embora não se tenha o conceito exato daquilo que de fato seria o interesse público, é impossível se dissociar da visão considerada clássica no Direito Administrativo de que ele deverá ser priorizado avaliando-se a cada caso concreto o que de fato, naquele átimo, ele o seria. Carvalho Filho (2012, p. 32–33) endossa esse pensamento lançando mão dos casos de desapropriação para exemplificar, abordando-os como sendo bitolas da soberania do poder público. Em tempo, preceitua o autor:

> Desse modo, não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo. [...] Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público.

Em que pese o posicionamento jurisprudencial, destaca-se a jurisprudência do douto Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria (BRASIL, 2014). Este julgado é apenas um dos muitos que entendem pela efetiva aplicabilidade do princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado.

Para Mello (2005 apud VIEGAS, 2011), "[...] o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência". Dessarte, considerando esse olhar cirúrgico sobre a matéria, é possível inferir que o relativismo que paira sobre o direito de propriedade

é essencial à existência da sociedade hodierna, sendo, portanto, impossível de ser afastado, sob pena de perder-se de sua própria essência.

Nesses moldes, é perfeitamente possível inferir e afirmar que não há qualquer vício de constitucionalidade dos quais padeçam os institutos incipientemente abordados, uma vez que a própria Carta Magna já os previa. Embora coloquem limites a uma outra garantia constitucional, não afrontam a Constituição em si.

2. CONCEITOS E ESPECIFICIDADES

2.1. A DESAPROPRIAÇÃO

Arrimando-se nos princípios abordados na seção anterior, a desapropriação, tal qual seu nome sugere, é o meio pelo qual o Estado, anelando atender ao princípio da supremacia do interesse público, faz uso de suas atribuições constitucionalmente imbuídas e apropria-se do bem de um particular, ou, conforme Maluf (1999, p. 1): "A desapropriação é um poder do Estado, inerente à sua própria natureza, para restringir o direito de propriedade de particulares". Sobre esse fenômeno, frisam-se as doutas palavras de Cretella Júnior (1991, p. 11):

> Em sentido genérico "latíssimo sensu", a desapropriação é o procedimento complexo de direito público, pelo qual o Estado, fundamentado na necessidade pública, na utilidade pública ou no interesse social, obriga o titular do bem, móvel ou imóvel, a desfazer-se por transferência deste bem, mediante recebimento de justa indenização.

Mello (2006, p. 734) endossa o posicionamento de Maluf e Cretella Júnior, ao dizer que a desapropriação concerne à faculdade do Estado "fundado em necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, compulsoriamente despoja alguém de um bem certo, normalmente adquirindo-o para si, em caráter originário".

A doutrina majoritária não apresenta qualquer controvérsia, haja vista que a norma já é taxativa por si só, conforme já explicitado. Sobre a taxatividade da norma, insta frisar o disposto no inciso XXIV do Art. 5º da Constituição Brasileira de 1988.

Há que se ater, ainda, à chamada desapropriação indireta, que é alvo de muitos debates acerca de sua constitucionalidade. Para Di Pietro (2017, p. 224), este instituto consiste na desapropriação que não salvaguarda o procedimento legal. Campanella (2014) dialoga com Di Pietro (2017) ao manter este posicionamento e, ainda, completá-lo dizendo que embasa-se no Art. 35 do Decreto-Lei nº 3.365/41. Em tempo, determina o referido dispositivo legal:

> Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos. (BRASIL, 1941).

Logo, ainda que a desapropriação não preserve a forma solene insculpida no Art. 5º, XXIV e não atenda ao interesse social ou necessidade/utilidade pública, ao serem incorporados à Fazenda Pública não poderão ser reavidos os bens, restando a quem de direito apenas reclamar o valor em perdas e danos. Frisa-se que não é afastada a obrigatoriedade da indenização uma vez que seja considerado nulo o procedimento de desapropriação, tampouco é impossibilitado ao proprietário lançar mão dos interditos possessórios que lhe couberem, visto que, nessa situação, a desapropriação equipara-se ao esbulho (CAMPANELLA, 2014).

2.2. A REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA

Tal instituto anteriormente já encontrava arrimo legal no Art. 72, §17 da Constituição de 1891, que rezava: "§ 17: O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indenização prévia", e, ainda, no Art. 113, § 17 da Constituição de 1934, que exarava:

> […] A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito a indenização ulterior. (BRASIL, 1934).

O histórico legislativo desse instituto não se restringe às Constituições aqui abordadas. Em 1936, findados os tempos de guerra, insta frisar a figura do Decreto nº 51.664-A/62, que instituiu a Lei Delegada nº 04/62, que em seu Art. 2º previa a chamada Intervenção no Domínio Econômico e, no inciso III, exarava que ela aconteceria: "na desapropriação de bens, por interêsse social; ou na requisição de serviços, necessários à realização dos objetivos previstos nesta lei". Em 1977 outra previsão legal de requisição administrativa surgiu, dessa vez por intermédio da Lei nº 6.439, que em seu Art. 25 abrangia:

> Art. 25: Em caso de calamidade pública, perigo público iminente ou ameaça de paralisação das atividades de interesse da população a cargo das entidades do SINPAS (Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social), o Poder Executivo poderá requisitar os bens e serviços essenciais à sua continuidade, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

Para que se inicie qualquer abordagem ao que concerne à hodiernidade da Requisição Administrativa, enfatiza-se a figura do inciso XXV do Art. 5º da atual Carta Política Brasileira, que salvaguarda a faculdade de uso de propriedade particular por parte do Estado, aqui representado por autoridade competente. O Art. 5º, XXV possui redação muito similar à do Art. 113, § 17 da CF de 1934 que já fora abordado.

Para Guimarães (2006, p. 485), o ato de requisitar consiste na:

> [...] utilização, por força coativa, de bens ou serviços particulares pelo Poder Público, por ato de execução imediata e direta da autoridade requisitante e indenização ulterior, para atendimento de necessidades coletivas, de caráter urgente e transitório.

Embasando-se nos dois conceitos, é possível inferir que a Requisição Administrativa compreende-se como sendo a forma de intervenção estatal na qual transitoriamente, por alguma situação emergencial, arrimando-se na necessidade de socorro público, um agente competente no átimo de suas funções, de maneira coativa, utiliza dos bens ou serviços de um particular enquanto se perdure a iminência que deu fulcro à Requisição (ALEXANDRINO; PAULO, 2011).

Gasparini (2007, p. 755) preceitua ainda que "as requisições podem ser civis e militares", assim como também afirmado por Leite Filho (1931). Sobre as requisições serem Civis ou Militares, Souza Júnior (2013, p. 31) afirma que:

> A primeira tem por objetivo resguardar a segurança interna e a manutenção da soberania nacional e a segunda para evitar danos à vida, à saúde e aos bens da coletividade, diante de situações específicas, tais como: incêndios, inundações, epidemias e desastres.

As requisições civis geralmente são utilizadas em escala menos ampla que as militares; entretanto, há casos em que elas são de fato necessárias, conforme se explicitará.

3. A REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA

Para Lopes e Amaral (2008, p. 05), o conceito de política pública experimentou transformações conforme se galgava o tempo, deixando de ter caráter de defesa contra ataques inimigos que priorizava a segurança pública e passando a ter um viés mais abrangente, direcionado ao bem-estar da sociedade. Deste modo, Políticas Públicas são as ações, planos ou metas com escopo de atender aos anseios da população, que são formuladas por qualquer ente público; isso é, ações que resolvam os problemas de ordem geral do povo, partidas de todos os entes federativos dentro das suas atribuições.

A Requisição Administrativa costuma geralmente ocorrer com imóveis, porém, com a recente pandemia do chamado Coronavírus, esse instituto teve outras finalidades. Marques, Silveira e Pimenta (2020, p. 2–3) orientam que o alcunhado Coronavírus, transmissor da Covid-19, é uma moléstia potencialmente letal que teve início na cidade de Wuhan, na China, e tem alto índice de disseminação, sendo propagado principalmente pelo ar. Almejando obter seringas e agulhas para ensejar a vacinação contra a referida doença, o instituto da Requisição Administrativa fora invocado, conforme noticia Ortiz (2021):

> Somadas às outras 30 milhões requisitadas pelo Ministério da Saúde no inicio do mês, as indústrias serão obrigadas então a fornecer 60 milhões de seringas e agulhas ao governo.
>
> [...] De acordo com o superintendente da Abimo, o governo fez a requisição administrativa do material de três empresas — para cada uma, pediu 10 milhões de seringas, mas de 1 ml, para entrega até 13 de fevereiro, informação confirmada pelo Ministério da Saúde. Na primeira requisição, o pedido foi de seringas de 3 ml, para entrega até o próximo dia 30.

Resta evidente o risco de dano com o atraso da vacinação, tratando-se de uma doença de rápida propagação e que tem potencial ofensivo para ocasionar inúmeros óbitos, o que torna a celeridade algo essencial. Portanto, estão presentes os requisitos que legitimam a prática da Requisição Administrativa. Lopes e Boaventura (2021), sobre a questão do fundamento no caso da requisição de seringas, dispõem que:

> O fundamento dessa modalidade de intervenção estatal, notadamente em relação a bens móveis e imóveis, é a urgência do seu uso para atendimento de uma finalidade pública. Ela se diferencia da desapropriação, porque objetiva o uso do bem, e não a sua propriedade. É um instituto que pode ser utilizado quando há situações de perigo público iminente, mediante o pagamento de indenização a posteriori, quando houver dano.

As seringas, por serem bens efêmeros, não poderiam ser temporariamente utilizadas, cabendo, portanto, a indenização às fabricantes advindo de seu perecimento. Dentro desse contexto, é essencial observar a figura da Lei Federal de nº 13.979/2020, que, em seu Art. 3º, VII, deixa indubitável que é admissível a requisição tanto de bens quanto de serviços diante do cenário pandêmico vivenciado.

Lopes e Boaventura (2021) trazem, ainda, algumas outras considerações acerca da Lei Federal nº 13.979/2020 e a figura da Requisição Administrativa, enfatizando inicialmente que, para além do disposto no Art. 5º, XXV da Constituição, também é mister verificar o disposto no Art. 22, III, do mesmo diploma legal, que elenca: "Compete privativamente

à União legislar sobre: [...] III — requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consequentemente ao que se levantou através da busca bibliográfica, restou evidente que, embora haja divergência doutrinária no que tange à soberania do interesse público, pautada na suscitação de dúvidas concernentes à suposta mitigação do que, de fato, vem a ser esta soberania, tanto a doutrina majoritária quanto a orientação jurisprudencial vão em sentido único pelo entendimento de que o interesse público se sobressai e deve prevalecer sobre o privado.

Os institutos da desapropriação e da requisição administrativa não são novidade, posto que já eram contemplados em normas anteriores — como por exemplo na Constituição Brasileira de 1891, na qual eram meramente vislumbrados no Art. 72, §17; e na Constituição de 1934, em seu Art. 113, §17, na qual foram consolidados. Foi também rememorada a existência desses institutos no Decreto nº 51.664/66 e na Lei nº 6.439/77.

Foi apurado também que a Desapropriação e a Requisição Administrativa podem ser empregadas tanto na modalidade civil quanto na militar. Embora esses institutos geralmente tenham uso comum quando se trata de imóveis, podem adquirir novas facetas conforme a necessidade que lhes deu fulcro, vide o já mencionado uso da requisição de seringas para vacinação contra a Covid-19.

Em que pese os conceitos de ambos os institutos, restou evidente que a Requisição Administrativa é o ato fato temporário pelo qual uma autoridade que goze da benesse constitucional de prerrogativa fá-lo-á em virtude de situação de risco iminente que legitime a prática, e, tão somente cesse o risco, a legitimidade consigo vai-se embora.

Já no que tange a Desapropriação, consiste-se no ato pelo qual o Poder Público, valendo-se de sua prerrogativa, dispõe da faculdade de, almejando atender ao princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Particular, desapropriar propriedade de outrem para fins de promover melhoria ao público de modo geral.

Há que se frisar que com o debate doutrinário abrangido anteriormente, foi possível inferir que o Interesse Público, embora não possua um

conceito concreto e tenha sua supremacia mitigada veementemente pela corrente doutrinária minoritária, tem se consolidado paulatinamente há anos no meio jurisprudencial como sendo aquele que deve imperar.

Mesmo que o âmago da Requisição Administrativa tenha um caráter protecionista voltado a questões de segurança pública, ainda é possível lançar mão dele de outras maneiras, tendo sido de suma importância no fomento à vacinação e embate ao cenário pandêmico ocasionado pelo novo Coronavírus, sendo esse o fator gerador de risco de dano que legitimou a prática de requisitar seringas, agulhas e outros insumos durante a pandemia.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado.** 19. ed. São Paulo: Método, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Diário Oficial da União. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 3 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941.** Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm. Acesso em: 3 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **REsp 1425350 RN 2013/0409580-1.** Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 20/02/2014. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 2014.

CAMPANELLA, Luciano Magno Campos. Análise crítica da desapropriação indireta. **Jus**, 2014. Disponível em: https://jus.com.br/arti-

gos/27879/analise-critica-da-desapropriacao-indireta. Acesso em: 26 jul. 2021.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** Repositório do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em: 6 dez. 2020.

CHAGAS, Mario Alexandre Fernandes. **Mitigação do Princípio da Supremacia do Interesse Público.** 2013. Artigo (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Administrativo) — Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_administrativo/edicoes/n1_2013/pdf/MarioAlexandreFernandesChagas.pdf . Acesso em: 6 dez. 2020.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Lei da Desapropriação.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico.** 8. ed. São Paulo: Rideel, 2006.

LEITE FILHO, Solidônio. **Requisições Militares e Civis.** 1. ed. Rio de Janeiro: J. Leite, 1931.

LOPES, Ronny Charles; BOAVENTURA, Carmen. O instituto da requisição administrativa à luz da lei nº 13.979/2020. *In:* **Inove Capacitação**. 2021. Disponível em: https://inovecapacitacao.com.br/o-instituto-da-requisicao-administrativa-a-luz-da-lei-no-13979-2020/. Acesso em: 3 out. 2021.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Teoria e Prática da Desapropriação.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MARQUES, Rita de Cássia; SILVEIRA, Anny Jackeline Torres; PIMENTA, Denise Nacif. A pandemia de Covid-19: Interseções e

desafios para a História da Saúde e do tempo presente. *In:* **Coleção História do Tempo Presente.** V. 3, 2020. Disponível em: https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/a-pandemia-de-covid-19_intersecoes-e-desafios-para-a-historia-da-saude-e-do-tempo-presente.pdf. Acesso em: 3 out. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ORTIZ, Delis. Governo requisita mais 30 milhões de seringas e agulhas, diz entidade de fabricantes. **G1**, 13 jan. 2021. Disponível em: https://g1.globo.com/bemestar/vacina/noticia/2021/01/13/governo-requisita-mais-30-milhoes-de-seringas-e-agulhas-diz-entidade-de-fabricantes.ghtml . Acesso em: 26 jul. 2021.

PIRES, Luis Manoel Fonseca. **Lições Administrativas à Propriedade e Liberdade.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SOUZA JÚNIOR, Edgard Antônio de. **Requisição administrativa de bem móvel realizada por policial militar de Minas Gerais.** 2013. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Segurança Pública) — Academia de Polícia Militar (APM) / Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro (FJP), Belo Horizonte, 2013. Disponível em: <http://monografias.fjp.mg.gov.br/bitstream/123456789/1879/1/Requisi%C3%A7%C3%A3o%20administrativa%20de%20bem%20m%C3%B3vel%20realizada%20por%20policial%20militar%20de%20Minas%20Gerais.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2020.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. O princípio da supremacia do interesse público: Uma visão crítica da sua devida conformação e aplicação. **Revista Âmbito Jurídico**, 1 mar. 2011. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/o-principio-da-supremacia-do-interesse-publico-uma-visao-critica-da-sua-devida-conformacao-e-aplicacao/. Acesso em: 26 jul. 2021.

ARTIGO - CORTES CONSTITUCIONAIS E INTERNACIONAIS

ANÁLISE DA DECLARAÇÃO DE INELEGIBILIDADE DO EX-PRESIDENTE LULA: ASPECTOS DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE A PARTIR DA DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO PETRO URREGO VS. COLÔMBIA

Jeane Santos Bernardino Fernandes[113]
Laercio Jorge De Souza Ramos Júnior[114]

INTRODUÇÃO

Desde a condenação de inelegibilidade do ex-presidente Lula, debates jurídico-acadêmicos, talvez pelo contexto de crises institucionais, se intensificaram em torno da discussão sobre a (in)constitucionalidade da Lei Complementar nº 135 de 2010, popularmente conhecida por "Lei da

113 Mestra em Direito Processual Civil pela UFES. Pós-Graduada em Direito Judiciário pela EMES. Professora Universitária.

114 Pós-graduando em Direito Internacional e Direitos Humanos pela PUC/MG. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Salesiano.

Ficha Limpa". As discussões, anteriormente concentradas na esfera penal, passaram a tratar de possível violação de dispositivos da referida lei em face do princípio da presunção de inocência, estampado na Constituição Federal de 1988 junto ao rol de direitos e garantias fundamentais (5º, LVII) e na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, item 2).

Acerca da relativização do princípio da presunção de inocência, a Suprema Corte julgou duas Ações Diretas de Constitucionalidade e uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, todas no ano de 2010. Em suma, conclui-se pela possibilidade de mitigação da presunção de não culpabilidade na esfera eleitoral, dando, assim, interpretação diferente daquela que se dava ao aludido princípio em âmbito penal, cujo ponto de inflexão é o trânsito em julgado de decisão condenatória.

Dessa feita, considerando semelhanças contextuais e jurídicas, o objetivo do presente estudo fora analisar a ocorrência de (in)convencionalidade da decisão de inelegibilidade aplicada em face do pedido de registro de candidatura do ex-presidente Lula, que teve por fundamento legal a aplicação do art. 1º, I, alínea *e*, itens 1 e 6, tendo como base a a Sentença da Corte IDH no caso Petro Urrego. O estudo se atém às análises dos desdobramentos judiciais e averiguação documental da prestabilidade das técnicas de transconstitucionalidade e de conversação em tais cenários, que buscam ver o sujeito para além de seu discurso, tendo como finalidade incentivar o desenvolvimento dinâmico da formação jurídica e das análises de decorrências transindividuais do modelo idealizado.

1 REFERENCIAL TEÓRICO

1.1 ESTADO COOPERATIVO E TRANSCONSTITUCIONALISMO

Com o advento da globalização e reunião da comunidade internacional para estruturação e sistematização dos sistemas de proteção de Direitos Humanos, houve certa flexibilização das soberanias, sobretudo devido à relevância — resultante das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial — dada às regras de Direito Internacional dos Direitos Humanos estampadas na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1945; e, posteriormente, amplificadas nos Protocolos e nas Cartas Re-

gionais. Para Mazzuoli, tal fenômeno, tido como flexibilização das soberanias, seria na verdade "ato de soberania por excelência", considerando que se trata de uma reunião da comunidade internacional para fins de proteção e promoção dos Direitos Humanos (MAZZUOLI, 2002, p. 338 apud NOSCHAG; PIUCCO, 2019, p. 366).

O Brasil, signatário da mencionada Carta, de âmbito Global, e também, em âmbito regional — Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) —, ao elaborar a Constituição da República de 1988, assumiu de forma precisa nova postura perante a comunidade jurídica internacional. A Carta Cidadã elencou rol de Direitos e Garantias Fundamentais fundados numa política de proteção e promoção dos Direitos Humanos, e previu que rege-se o Brasil, nas relações internacionais, pelo princípio da Prevalência dos Direitos Humanos[115].

Com a promulgação da Carta Magna, ocorrera uma conversação entre o sistema jurídico Interno e o Internacional, e a Pessoa Humana passou a ser centro de um novo modelo ideológico alicerçado na perspectiva universalista. Nas palavras de Cançado Trindade (2002, p. 641):

> A Declaração Universal, em suma, tem assim contribuído decisivamente para a incidência da dimensão dos direitos humanos no direito tanto internacional como interno. Os direitos humanos fazem abstração da compartimentalização tradicional entre os ordenamentos jurídicos internacional e interno; no presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno encontram-se em constante *interação,* em benefício de todos os seres humanos.

Nessa perspectiva, com o objetivo de explicar e reforçar a necessidade de diálogo entre os sistemas sem perder de vista a premissa de centralidade do sistema de proteção dos Direitos Humanos, diversas Teorias surgiram sob o enfoque jusfilosófico. Dentre tais teorias, pode-se destacar a Teoria

115 "Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I — independência nacional; II — prevalência dos direitos humanos; III — autodeterminação dos povos; IV — não-intervenção; V — igualdade entre os Estados; VI — defesa da paz; VII — solução pacífica dos conflitos; VIII — repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX — cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X — concessão de asilo político."

do Estado Constitucional Cooperativo, de Peter Häberle, e a Teoria do Transconstitucionalismo, do Professor Marcelo Neves.

A primeira teoria, fundamento da Teoria do Controle de Convencionalidade, tema central deste estudo, parte da premissa dos Direitos Humanos como Direitos Históricos que, quando moldados pelas Ordens Jurídicas Internas, necessita de vigilância, controle e fiscalização. A efetivação e proteção dos direitos humanos nos ordenamentos internos estão vinculadas às normas internacionais que, quando violadas pelos Estados parte, resultam em responsabilização perante os Sistemas, Regional ou Global (HÄBERLE, 2007).

O Estado Constitucional Cooperativo atribui à Carta Magna a tarefa de alinhar a unidade política da sociedade no determinado Estado, e de estabelecer fundamentos e critérios para efetivação das normas constitucionais em todo o ordenamento infraconstitucional. Ademais, deve garantir a preservação da legalidade e legitimidade do conteúdo imposto (MÜLLER, 2019).

> No que se refere a Teoria Transconstitucional, por sua vez, essa sustenta que o Estado não deve ser considerado como um ente restrito, mas que deve ser aberto e transversal, e para tanto se funda na ideia de diálogo e centralidade. De acordo com Neves, deve haver a ocorrência de "conversações constitucionais" entre os sistemas jurídicos, considerando a realidade cultural e social de cada país, acompanhada do fortalecimento da centralidade do Sistema Internacional de Direitos Humanos é a forma mais eficaz de garantir a efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais. (NEVES, 2014).

A partir das premissas teóricas mencionadas, verifica-se que os ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais (âmbito regional ou global) encontram-se em processo de interligação. As decisões tomadas no âmbito da jurisdição dos sistemas globais e regionais de proteção dos direitos humanos possuem eficácia perante os Estados Parte, considerando que os Tratados internacionais de Direitos Humanos, assim como as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, estão em sintonia com a ordem constitucional brasileira e com a concepção de soberania reconfigurada pelo Direito Internacional dos Diretos Humanos (NEVES, 2009).

1.2 CONTROLE JURISCIONAL DE CONVENCIONALIDADE

Sem adentrar a discussão acerca do status dos tratados sobre direitos humanos, é importante ressaltar que a Convenção Americana, apesar de assinada pelo Brasil na vigência da Constituição de 1967, foi ratificada sob a Constituição de 1988, de acordo com seu processo legislativo previsto no art. 5.º, § 2.º, e por isso possui status supralegal. No entanto, importante frisar que Mazzuoli nos ensina que, independente do status do tratado de direitos humanos em âmbito interno, todas as normas infraconstitucionais devem ser compatíveis com aqueles, o que o autor denomina Dupla compatibilidade vertical material:

> Todas as normas infraconstitucionais que vierem a ser produzidas no país devem, para a análise de sua compatibilidade com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, passar por dois níveis de aprovação: (1) a Constituição e os tratados de direitos humanos (material ou formalmente constitucionais) ratificados pelo Estado; e (2) os tratados internacionais comuns também ratificados e em vigor no país. A compatibilidade das leis com a Constituição é feita por meio do clássico e bem conhecido controle de constitucionalidade, e com os tratados internacionais em vigor no país (sejam ou não de direitos humanos) por meio dos controles de convencionalidade (em relação aos tratados de direitos humanos) e de supralegalidade (no que toca aos tratados comuns), tema até então inédito na doutrina brasileira (MAZZUOLI, 2011, p. 74).

Nesse ínterim, para aferição da dupla compatibilidade vertical material das normas infraconstitucionais, tem-se o exame de Duplo controle de verticalidade. No primeiro momento, verifica-se se a norma em análise está compatível com o texto legal da Constituição Federal de 1988. No segundo, verifica-se a compatibilidade do texto legal com os tratados de direitos humanos. A validade da norma estará condicionada à compatibilidade com a norma superior mais favorável, seja da Constituição ou do Tratado (MAZZUOLI, 2011).

A corte IDH realiza o exame de compatibilidade de duas formas: no âmbito da competência consultiva, denominado de "aferição de con-

vencionalidade", e por meio de "controle de convencionalidade", quando essa análise ocorre no âmbito contencioso da Corte. Dessa forma, as sentenças e as opiniões consultivas formam o bloco de convencionalidade, que nas palavras de Mazzuoli (2011, p. 93–94) "[...] deve servir de paradigma e referencial ético aos juízes e tribunais nacionais quando do exercício de compatibilização das normas domésticas com as do sistema interamericano de direitos humanos".

De antemão, convém advertir que há discussão acerca da base de legitimidade das decisões tomada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Tal discussão influencia no plano teórico e nas construções sobre Controle de Convencionalidade, tanto pela via difusa quanto pela via concentrada. No entanto, considerando a referida crítica e o tema do presente resumo, este será utilizado para contrapor a referida construção, na medida em que se trata de inelegibilidade, matéria de Direito Eleitoral, intimamente ligada ao conceito e manutenção do Estado Democrático de Direito, de Legitimidade, Representatividade e análise de (in)ocorrência de violação de direito político[116].

Sabe-se que desde o ano de 2006 a Corte IDH vem realizando controle de convencionalidade e solicitando que os Estados-partes realizem o referido controle em âmbito interno. A ideia é que haja o referido controle das leis domésticas frente à Convenção e à jurisprudência da Corte de forma prévia. De acordo com Flávia Piovesan (2013), o controle realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos somente será realizado quando os Estados-partes, por meio de suas instituições, forem omissos ou falhos na garantia e proteção dos Direitos Humanos.

1.3 ANÁLISE DA SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO PETRO URREGO VS. COLÔMBIA

No ano de 2013, fora levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, por conseguinte, à Corte Interamericana de Direitos Huma-

116 Autores como Burgorgue-Larsen (2010) e Pedro Grández Castro (2015), sustentam que a Corte IDH destoa dos limites básicos do diálogo e, em algumas situações, parte para uma imposição que vai de encontro à liberdade e igualdade. Os autores afirmam que a Corte não se adequou às transformações que a América Latina enfrentou nas últimas décadas.

nos, o caso Gustavo Petro Urrego contra a República da Colômbia. Em suma: o litígio posto à jurisdição da Corte se referia à alegação de suposta violação de direitos humanos do Estado da Colômbia em face de Gustavo Petro Urrego em um processo disciplinar que resultou na destituição e desqualificação do político como prefeito de Bogotá, Distrito Capital da Colômbia[117]. Gustavo Petro Urrego, que também era candidato a reeleição, teve seus direitos políticos suspensos restando inelegível por 15 anos através de uma Resolução de natureza administrativa disciplinar de ordem do Procurador Geral daquele país (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso Petro Urrego *vs.* Colombia, sentença de 8 de julho de 2020).

A Comissão Interamericana, na época, concedeu medida provisional suspendendo a decisão atada em Resolução no ano de 2014. Na oportunidade, o enfoque do exame prévio se justificou pela indispensável necessidade de preservação dos parâmetros convencionais para a restrição de direitos políticos, tão caros para a Convenção Americana de Direitos Humanos. A Comissão só veio a julgar o pedido em outubro de 2017, quando decidiu pela impossibilidade de autoridades administrativas e/ou políticas condenarem servidores públicos e mandatário à inelegibilidade. Em suma, a CIDH, de antemão, advertiu o Estado-parte acerca da inconvencionalidade da destituição disciplinar ou fiscal, via processo disciplinar, sem que haja condenação penal transitada em julgado (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe. CIDH, Informe Nº 130/17, Caso Nº 13.044. Fondo. Gustavo Francisco Petro Urrego. Colombia. 25 de outubro de 2017).

A decisão da CIDH, que afastou as inelegibilidades criadas pelas autoridades administrativas e que exigiu para o afastamento da capacidade eleitoral passiva a necessidade de condenação criminal transitada em julgado, foi corroborada pela Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que concluiu que Petro Urrego teve seus direitos políticos vio-

117 Gustavo Petro Urrego foi destituído e inabilitado por 15 anos sob alegações de irregularidades ocorridas em sua administração como prefeito da cidade de Bogotá. No âmbito do processo disciplinar fora reconhecido que Petro Urrego incorreu em desvio patrimonial por consequência de decisões tomadas em sua gestão como prefeito. Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2014/MC374-13-ES.pdf. Acesso em: 31 out. 2020.

lados pela sansão de destituição e inelegibilidade imposta pelos órgãos de controle da Colômbia.

Com base no conjunto probatório apresentado, bem como de análise fática e jurídica, a conclusão da Corte IDH teve como premissa as seguintes considerações: violação ao exercício da função eleitoral popular, do Sr. Petro Urrego, o que incorreu em violação ao princípio democrático; invalidade das normas que Conferiram ao MP o direito de impor sanções de inabilitação ou demissão de funcionários democraticamente eleitos; que o processo disciplinar seguido contra o Sr. Petro não respeitou a garantia de imparcialidade ou o princípio da presunção de inocência, visto que a Câmara Disciplinar concentrou poderes investigativo, acusatório e sancionatório; violação do princípio de jurisdição, uma vez que a sanção contra o Sr. Petro foi ordenada por uma autoridade de natureza administrativa; e, por fim, concluiu que Estado violou o artigo 23 da Convenção Americana em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, e pela violação dos artigos 8.1 e 8.2.d da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, caso Petro Urrego *vs.* Colombia, sentença de 8 de julho de 2020, p. 51 e 52 — Exceções Preliminares, Mérito e reparações e custas).

1.4 DECISÃO DE INEGIBILIDADE DO EX-PRESIDENTE LULA PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

O caso do ex-presidente do Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva — deixando de lado nesse primeiro momento os aspectos político-ideológicos de repercusão nacional e internacional —, foi motivo de muita discussão entre juristas e acadêmicos que se debruçam sobre direitos políticos, tendo por base a lei de inelegibilidades e o caso Petro Urrego x Colômbia, que já fora objeto de julgamento da Corte IDH, além de indícios contundentes de ocorrência da prática denominada *Lawfare*.

Lula, no desenrolar da famigerada Operação "Lava Jato", foi condenado criminalmente por um órgão colegiado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com incursos nos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. A condenação, à época, ainda não transitada em julgado, diante do pedido de candidatura de Lula, foi a causa de inelegibilidade

prevista no art. 1º, I, alínea *e*, itens 1 e 6, da LC nº 64/1990, com redação dada pela Lei da Ficha Limpa.

Posto o requerimento do registro de candidatura para o cargo de presidente da República, por meio da Coligação "O Povo Feliz de Novo", a Corte Eleitoral Brasileira, por meio de Acórdão prolatado no Registro de Candidatura Nº 0600903-50.2018.6.00.0000, de antemão, afastou sua competência para analisar se a decisão criminal condenatória (Súmula nº 41/TSE); destacou a existência de decisão condenatória proferida por órgão colegiado como caso de julgamento antecipado de mérito; e sustentou a ausência de caráter vinculante da medida cautelar concedida em 17 de agosto pelo Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) para que o Estado brasileiro assegure a Luiz Inácio Lula da Silva o direito de concorrer nas eleições de 2018 até o trânsito em julgado da decisão criminal condenatória. Para tanto, baseou-se em fundamentos formais e materiais (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, Acórdão. Registro De Candidatura Nº 0600903-50.2018.6.00.0000 — Brasília — Distrito Federal, 2018).

Do ponto de vista formal, o TSE pontuou que a decisão do Comitê da ONU não possui caráter vinculante e não está em vigor na ordem interna do país. Em sede material destacou que não havia risco iminente de dano irreparável ao direito previsto no art. 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e que a Lei da Ficha Limpa já fora declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal e que por isso não se trata de uma limitação infundada do Direito político à elegibilidade do requerente.

Em sede de Recurso Extraordinário, em face de mencionado Acórdão, o Eminente Ministro Celso de Mello considerou que o deferimento à substituição da Candidatura de Lula por Fernando Haddad ao cargo de Presidente da República configurava em típica hipótese de prejudicialidade, motivada pela superveniência de fato processualmente relevante, restando, então, prejudicado recurso extraordinário (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 1.159.797, 2018).

1.5 DISCUSSÃO

A condenação de inelegibilidade do ex-presidente Lula, conforme acima explanado, se deu com base na aplicação do art. 1º, I, alínea *e*, itens

1 e 6, da LC nº 64/1990. Eis o ponto central da discussão do presente estudo, pois, sob a ótica de um exame legalista e garantista dos direitos humanos, o referido dispositivo vai de encontro aos parâmetros mínimos de proteção aos direitos políticos emanados da Convenção Americana, em seu art. 23.2. Dada a magnitude dessa espécie de direito fundamental, o dispositivo — em seu item 2 — assegura que a restrição de direitos políticos deve ser somente, números *clausus*, por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação por juiz competente em processo penal.[118]

Nessa mesma linha, convém mencionar que a Comissão de Veneza, em seu Código de Boas Práticas em Temas Eleitorais do ano de 2020, definiu que para a restrição de Direitos Políticos deve haver acúmulo dos seguintes requisitos: i) deve a restrição constar em lei; ii) a proporcionalidade deve ser observada; iii) a privação deve ser baseada em incapacidade mental ou condenação criminal oriunda de um crime grave; e a retirada de direitos políticos ou a descoberta de incapacidade mental só pode ser imposta por decisão expressa de uma Corte de Justiça.[119]

Nesse liame, considerando o art. 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos, a mencionada prescrição de restrições para direitos políticos da Comissão de Veneza, bem como as decisões da CIDH e a Sentença da Corte IDH no caso Petro Urrego, pode-se concluir pela inconvencionalidade das inelegibilidades geradas por presunção constantes na da LC nº 64/1990 (art. 1º, inc. I alíneas, *i*, inc. II, 1 a 16, alíneas *b, d, f, h, g, i, j*), e, portanto, pela inconvencionalidade da decisão de inelegibilidade aplicada em face do pedido de registro de candidatura do ex-presi-

118 A Corte Interamericana pode se manifestar acerca dos direitos políticos em diversas demandas postas em face de Estados que aderiram à Convenção: Caso YATAMA vs. Nicaragu; Castañeda Gutman vs. México; López Mendoza vs. Venezuela; e Caso Gustavo Petro Urrego vs. Colômbia. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2018/portugues.pdf. Acesso em: 23 dez. 2020.

119 Comissão Europeia para a Democracia através do Direito (Comissão de Veneza) — órgão consultivo do Conselho da Europa sobre questões constitucionais ao qual o Brasil, por interesse da Suprema Corte, aderiu desde o ano de 2008. Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfCooperacao_pt_br&idConteudo=159669. Acesso em: 7 nov. 2020.

dente Lula, que teve por fundamento legal a aplicação do art. 1º, I, alínea *e*, itens 1 e 6 (PEREGRINO, 2015).

Para tanto, insta salientar que a natureza jurídica dos Direitos Políticos, estampados no Pacto de Direitos Civis e Políticos, na Convenção Americana de Direitos Humanos e na Constituição da República de 1988, se mostra suficiente para justificar a melindra que deve estar na consciência das autoridades competentes para delimitação e restrição desses direitos.

Deve-se efetivar a prescrição do art. 8º da Convenção Americana, que assegura a presunção de inocência como garantia do ser humano. Ao contrário da decisão emanada pelo Supremo Tribunal Federal, que mitigou a interpretação histórica dada ao referido conceito quando declarou a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, os Estados devem afastar a aplicação de efetividade imediata às decisões precárias, aquelas que podem ter efeito "definitivo" sobre a vida do cidadão (PEREGRINO, 2015). Ressalta-se que em ambos os casos, Gustavo Petro Urrego na Colômbia e Lula da Silva no Brasil, foi desconsiderada a possibilidade de haver a revisão das decisões por órgão superior.

É nesse sentido que, em virtude da semelhança entre matéria ventilada no caso Petro Urrego x Colômbia, de antemão suscitadas pelo Comite de Direitos Humanos da ONU, e pela matéria fática e de direito suscitada pela defesa do ex-presidente Lula, que pontos contundentes sustentam a inconvencionalidade da referida inelegibilidade: violação ao exercício da função eleitoral popular do ex-presidente Lula, e, por consequência, violação ao princípio democrático; pela invalidade das inelegibilidades geradas por presunção constantes na da LC nº 64/1990, por uma afronta direta ao art. 8º da Convenção Americana; inconvencionalidade da decisão de Constitucionalidade pelo STF dos referidos dispositivos, por afronta ao item 2 do art. 29 da Convenção Americana, na mesma medida do Caso Petro Urrego; e, por fim, conclui-se que Estado violou o artigo 23 da Convenção Americana em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, ao restringir os direitos políticos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se verifica, ocorrera a relativização de uma garantia fundamental, convencionada pelo Pacto San Jose da Costa Rica, com base em

argumentos eficienticos, que, analisada após a prolação da Sentença pela Corte IDH no caso Petro Urrego *vs.* Colômbia, reclama estudo e averiguação em âmbito do sistema jurídico e legislativo interno e no âmbito do sistema interamericano de Direitos Humanos.

No que se refere a possível violação da garantia de imparcialidade, considerando que há debate sobre a concentração ou reunião de agentes públicos nos inconfundíveis poderes investigativo, acusatório e sancionatório, tal ponto carece de mais explicações que nesse momento não foram abordadas pelo presente estudo.

Por fim, diante do que fora explanado, mostra-se razoável a aplicação de um exame de convencionalidade ao passo que, conforme já emanado pela Corte Interamericana no Parecer Consultivo OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, a finalidade da Convenção é proteger os direitos e garantias dos indivíduos. Para isso, invoca-se a previsão constante no art. 29 da Convenção Americana, que prevê o princípio *Pro Persona* como pauta interpretativa, e que aponta no sentido de que "[..] nenhuma disposição do tratado pode ser interpretada no sentido de limitar o gozo e o exercício de qualquer direito ou liberdade que possa estar reconhecido de acordo com as leis de qualquer Estado-parte ou de acordo com outra convenção em que seja parte um destes Estados [...]" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**.** Parecer Consultivo OC-21/14, de 19 de agosto de 2014).

Insta salientar que o princípio *Pro Persona* já foi aplicado como critério da interpretação pelo Supremo Tribunal Federal em algumas decisões. O destaque vai para o HC 91.361, de Relatoria do Ministro Celso de Mello. Na oportunidade, o decano sustentou que "[...] O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável, deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais" (HC 91.361, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-9-2008, Segunda Turma, DJE de 6-2-2009).

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; NASCIMENTO Geraldo Eulálio do. **Manual de Direito Internacional Público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. de Virgílio Afonso da Silva, p. 91, 2008. Disponível em: https://www.docsity.com/pt/robert-alexy-teoria-dos-direitos-fundamentais-2015-completo/4880007/. Acesso em: 16 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **HC 91.361**, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23-9-2008, DJE de 6-2-2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=1079&tipo=CJ&termo=37. Acesso em: 6 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **HC 91.361**, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23-9-2008, DJE de 6-2-2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=1079&tipo=CJ&termo=37. Acesso em: 6 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.159.797 DISTRITO FEDERAL**. Relator: Ministro Celso de Mello. 1 de outubro de 2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=389385. Acesso em: 28 jul. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **ACÓRDÃO. REGISTRO DE CANDIDATURA Nº 0600903-50.2018.6.00.0000**. Brasília, 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/recurso-especial-lula.pdf). Acesso em: 28 jul. 2021.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe Nº 130/17, Caso Nº 13.044. Fondo. Gustavo Francisco Petro Urrego *vs.* Colombia. 25 de octubre de 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_406_esp.pdf. Acesso em: 14 ago. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Petro Urrego *vs.* Colombia**. Sentença de 08 de julho de 2020 (Exceções Preliminares, Mérito e reparações e custas). Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 30 jul. 2021.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Trad. Marcos Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.** 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia de Direito Constitucion**al. Trad. Peter Naumann. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. Brasília, 2014. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/502958. Acesso em: 12 jul. 2021.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NOSCHAG, Patricia; PIUCCO, Micheli. O Estado Constitucional Cooperativo de peter häberle e a teoria do controle de Convencionalidade das leis como um modelo de efetivação do direito Internacional cooperativo e comum. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 19, n. 2, p. 366, maio/ago. 2019.

PEREGRINO, Marcelo**. O Controle de Convencionalidade da Lei da Ficha Limpa:** direitos políticos e inelegibilidades. Rio de Janeiro: Editora Lumenjuris, 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/43814/o-controle-de-convencionalidade-da-lei-da-ficha-limpa/2. Acesso em: 3 ago. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Controle de Convencionalidade direitos humanos e diálogo entre jurisdições**. 2013. Disponível em: http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes).pdf. Acesso em: 4 maio 2021.

ARTIGOS - DIREITO CIVIL

PENSÃO ALIMENTÍCIA PARA FILHOS DE DISTINTOS RELACIONAMENTOS: ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM FACE DO ENTENDIMENTO DO STJ

Fernanda Diógenes Gomes Vieira[120]

INTRODUÇÃO

As transformações ocorridas nas configurações familiares ao longo do tempo podem ser observadas em três momentos: o primeiro é a formação da família tradicional baseada nas tradições da época, que visava o aumento do seu patrimônio para garantir a herança dos filhos e tinha o pai como autoridade familiar, além de os casamentos serem negociados entre famílias com a garantia de dote. Já no segundo, tem-se a união fundamentada no amor romântico, cuja repartição de responsabilidades e afazeres é dividida entre o casal após o casamento. No terceiro e último momento, dá-se o surgimento das famílias contemporâneas, nas quais o vínculo do casal se apoia no amor e no prazer, contudo, sua duração fica condicionada a esses sentimentos (SIMÕES; HASHIMOTO, 2012).

Nessa perspectiva, essa imprevisibilidade da duração dos sentimentos nas configurações familiares pós-modernas causa um aumento no núme-

120 Mestranda em Ciências Aeroespaciais pela Universidade da Força Aérea e graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza.

ro de separações e divórcios. Com isso, as responsabilidades dos pais perante os filhos da união anterior e dos que virão da nova formação familiar ocasionam certas obscuridades na questão da pensão alimentícia, haja vista que, com a colocação da mulher no mercado de trabalho para ajudar na renda da casa, tem-se o dilema sobre a fixação do percentual para os filhos de relações diferentes que possuem uma assistência maior na família em relação aos outros que não a têm.

Em relação à metodologia adotada neste artigo para se chegar a um desfecho, tem-se uma pesquisa básica, por não pretender uma aplicação prática dirigida ao proporcionar o conhecimento sobre tal questão. No que diz respeito aos objetivos, pretende-se descrever, analisar e relacionar os fatos do fenômeno. Tem-se a abordagem do problema mediante pesquisa quali-quanti, pois apresenta aspectos qualitativos com informações quantitativas, a fim de interpretar e elucidar o objeto de pesquisa valendo-se de pesquisas bibliográfica e documental, como livros, artigos e estatísticas, bem como a legislação e a jurisprudência vigente. Dessa forma, utiliza-se o instrumento da observação para identificar a realidade do objeto e averiguar dos dados pelo conteúdo.

Para melhor compreensão acerca da temática, faz-se imprescindível delinear sobre o conceito e a tipificação do Princípio da Igualdade Jurídica dos Cônjuges e Companheiros, além de mostrar sua importância como garantia constitucional para as mudanças ocorridas na constituição das entidades familiares, bem como sua aplicação nas relações familiares. Ressalta-se ainda a inserção da mulher no mercado de trabalho como forma de contribuir no sustento da prole.

Em razão disso, buscar-se-á explanar sobre o surgimento da guarda compartilhada estabelecida pelo Código Civil, como consequência às transformações no âmbito familiar, compreendendo um meio eficaz de amenizar o encargo dos pais para salvaguardar o bem-estar dos filhos — fato que torna-se cada vez mais comum no ordenamento jurídico atual.

Identifica-se ainda a consagração do princípio da igualdade e isonomia entre os filhos na Constituição Federal de 1988, que veda qualquer diferenciação entre os filhos havidos ou não do casamento, ou de união estável pelos genitores. Expõe-se, também, o entendimento da jurisprudência sobre o tema, fazendo uma contrariedade à interpretação literal dos dispositivos legais abordados.

Dessa maneira, há a relevância no debate jurídico-dogmático relativo à problemática, proporcionando o fomento de pesquisas científicas e a disseminação de conhecimento na sociedade. No âmbito social, abrangem-se os direitos individuais que são inerentes a todos, devendo ser protegidos e garantidos pela Constituição Federal de 1988 e observados pelo Estado.

1. A IGUALDADE ENTRE OS CÔNJUGES E A INSERÇÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO

A entidade familiar brasileira passou por diversas mudanças com o advento da Constituição Federal de 1988, fazendo com que o poder patriarcal na família, cujo detentor era o homem, acabasse. Passou-se a adotar o Princípio da Igualdade Jurídica dos Cônjuges e Companheiros, que tem por finalidade a igualdade entre o homem e a mulher no poder de chefia da sociedade conjugal formada pelo casamento ou união estável. Nesse sentido, o artigo 226, §5º da Constituição Federal de 1988 traz expresso o seguinte: "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher" (BRASIL, 1988, online).

Diante do reconhecimento dessa igualdade, foi instituído, no Código Civil de 2002, o Direito de Família, que tem como premissa básica a isonomia constitucional entre os cônjuges em defesa do princípio da dignidade da pessoa humana. Nessa perspectiva, os artigos 1.565, 1.566 e 1.567 do Código Civil de 2002 explanam que:

> Art. 1565 — Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.
>
> Art. 1566 — São deveres de ambos os cônjuges: [...]; IV – sustento, guarda e educação dos filhos; [...].
>
> Art. 1567 — A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos (BRASIL, 2002, online).

Com isso, a mulher, que desempenhava o papel de submissão em relação ao homem dentro da entidade familiar, passa a equipará-lo em direitos e deveres. Assegurada constitucionalmente a igualdade entre os cônjuges, agora a família é fundada na divisão de obrigações, razão que passa a orientar com força a inserção da mulher no mercado de trabalho, diante da necessidade de contribuir na manutenção do âmbito familiar. Nesse contexto, o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu que os cônjuges são iguais tanto nos direitos e deveres quanto na relação de trabalho:

> É entendimento dominante que, com a isonomia conjugal, em que marido e mulher têm os mesmos direitos e obrigações, e em razão da abertura do mercado para as mulheres, a nova realidade socioeconômica dos cônjuges os coloca em pé de igualdade com relação ao trabalho e ao sustento da família, ao contrário de algumas décadas atrás, em que normalmente apenas o homem trabalhava, enquanto a mulher cuidava dos filhos e dos afazeres domésticos (BRASIL, 2020, online).

Contudo, constata-se que, apesar dessa abertura de mercado, a mulher ainda enfrenta algumas dificuldades para conseguir alcançar a contratação, de modo que o fato de ter filho menor de idade mostra-se um obstáculo para a contratação por parte das empresas. Tem-se que o nível de ocupação por mulheres com filhos é de 54,6%, enquanto o de mulheres sem filhos é de 67,2%. Além desse fator, a questão racial é outra adversidade que a mulher encontra, haja vista que a porcentagem referente ao nível de ocupação das mulheres negras ou pardas com filhos é menor que 50%, enquanto a das mulheres brancas corresponde a 62,6% (RODRIGUES, 2021).

Assim, a mulher, para exercer seu direito de igualdade assegurado constitucionalmente, encontra essas privações, visto que o Estado não garante os seus direitos de forma efetiva. Por essa razão a mulher gasta mais tempo fazendo seus afazeres domésticos: cerca de 21,4 horas semanais — consequentemente, há uma redução da participação da mulher no mercado de trabalho (RODRIGUES, 2021). Nesse sentido, o levantamento realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) aduz o seguinte:

> A responsabilidade quase duas vezes maior por afazeres domésticos e cuidados ainda é fator limitador importante para maior e melhor participação no mercado de trabalho, pois tende a reduzir a ocupação das mulheres ou a direcioná-las para ocupações menos remuneradas (RODRIGUES, 2021, online).

Diante disso, o acesso da mulher à atividade laboral é importante, pois traz efeitos na organização e na estrutura familiar contemporânea, resultando na formação de novas configurações e diferentes arranjos familiares com incidência direta na relação da família; além de fazer com que a mulher garanta sua independência financeira, isto é: ela passa a não mais depender do homem como acontecia antigamente, atendendo a sua realização pessoal e exercendo com gratificação a profissão escolhida.

1.1. GUARDA COMPARTILHADA

As mudanças ocorridas nas entidades familiares afetam fortemente a vida das crianças e adolescentes, pois houve um aumento gradual de separações e divórcios, conforme aponta o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em sua pesquisa de Estatísticas do Registro Civil do ano de 2019. Na pesquisa, "foram apurados 383.286 divórcios concedidos em 1ª instância ou por escrituras extrajudiciais", ocorrendo uma predominância das mulheres na responsabilidade da guarda dos filhos (IBGE, 2019, p. 5).

Nessa pesquisa, contata-se que, dentre os arranjos familiares existentes, a maior parcela de divórcio ocorre nas famílias que possuem filhos menores de idade, apresentando um valor de 45,9% em 2019 e um crescimento de 5,7 pontos percentuais entre os anos de 2009 e 2019. Esse acréscimo se dá em sentenças judiciais que constam guarda compartilhada devido à previsão na Lei nº 6.515/77 e no Código Civil, atingindo 26,8% dos casos (IBGE, 2019).

Atualmente, os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil estabelecem as diretrizes sobre a guarda compartilhada: esta consiste na responsabilização conjunta dos genitores pelo bem-estar dos filhos, recaindo sobre eles todos os direitos e deveres (BRASIL, 2002). A guarda compartilhada melhora o convívio da criança ou do adolescente com os pais, propor-

cionando uma relação harmoniosa cujo objetivo principal é a felicidade do menor, retirando a ideia de escolha entre o pai ou a mãe. Além disso, possibilita o contato com os parentes das famílias dos genitores para que contribuam com a educação da criança ou do adolescente.

Ademais, há a extinção do regime de visitas, passando a vigorar a divisão do tempo de convívio do menor com os genitores de forma equilibrada, a fim de atender o melhor interesse da criança, bem como a não ocorrência de sobrecarga do ônus para qualquer um dos pais, como havia na guarda unilateral (BRASIL, 2002).

Salienta-se que o instituto da guarda compartilhada não desobriga a prestação de alimentos por parte dos genitores, bem como não a diminui, uma vez que é um dever salvaguardado na Constituição Federal de 1988. Portanto, precisa-se considerar a posibilidade finaceira do alimentante e a necessidade do alimentado para que não haja danos a ambas as partes.

Desta forma, a guarda compartilhada, segundo Dias (2018), é o exercício conjunto da custódia legal e física, mostrando-se como uma consequência dos desdobramentos do poder familiar e instrumento que pode ser utilizado para diminuir os conflitos encadeados pelos genitores.

1.1.1. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E ISONOMIA ENTRE FILHOS VERSUS PENSÃO ALIMENTÍCIA DIFERENTE PARA FILHOS DE RELACIONAMENTOS DISTINTOS E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da igualdade e isonomia entre os filhos, proibindo qualquer discriminação entre os filhos havidos ou não do casamento ou união estável pelos genitores, de forma que eles terão seus direitos iguais. Nesse sentido, Maria Helena Diniz entende que:

> Com base nesse princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, não se faz distinção entre filho matrimonial, não-matrimonial ou adotivo quanto ao poder familiar, nome e sucessão; permite-se o reconhecimento de filhos extramatrimonias e proíbe-se que se revele no assento de nascimento a ilegitimidade simples ou espuriedade (DINIZ, 2009, p. 27).

Isso posto, compreende-se que, com o fim da relação conjugal e, posteriormente, a formação de uma nova entidade familiar, os filhos tanto do relacionamento anterior quanto os do atual deverão ser tratados igualmente, passando a ter os mesmos direitos e deveres. Assim, as crianças deverão ser assistidas em todas as suas necessidades básicas, tais como educação, habitação, saúde, alimentação e lazer.

O instituto da pensão alimentícia é entendido como o valor devido à determinada pessoa para suprir suas necessidades básicas em razão de não conseguir manter seu sustento por conta própria. Além de alimentos, esse valor engloba custos como moradia, vestuário, educação e saúde e, conforme dispõe o artigo 1.694 do Código Civil, podem também os "cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação" (BRASIL, 2002).

Essa obrigação de prestar alimentos decorre do poder familiar, o qual incumbe os genitores o dever de prover a sobrevivência e a manutenção da criança ou do adolescente, e, em caso de descumprimento, podem incorrer sanções pelo Estado, segundo o art. 1.703 do Código Civil. Indo na contramão dessa acepção, em decisão unânime, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu que pensões alimentícias pagas por um pai a filhos de relacionamentos diferentes possam ser fixas em valores distintos. O colegiado analisou a capacidade financeira das mães no sustento das suas respectivas crianças.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) não reconheceu nenhuma ilegalidade na decisão arbitrada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o qual havia reduzido a percentagem de uma das pensões sobre o rendimento líquido do genitor, isto é, passou de 20% para 15%. Dessa maneira, a Ministra Nancy Andrighi interpreta que:

> É dever de ambos os cônjuges contribuir para a manutenção dos filhos na proporção de seus recursos. Assim, poderá ser justificável a fixação de alimentos diferenciados entre a prole se, por exemplo, sendo os filhos oriundos de distintos relacionamentos, houver melhor capacidade de contribuição de um genitor ou genitora em relação ao outro.
>
> [...]

> Seria possível cogitar de uma potencial violação ao princípio da igualdade entre filhos se houvesse sido apurado que eles possuem as mesmas necessidades essenciais e que as genitoras possuem as mesmas capacidades de contribuir para a manutenção de tais necessidades, mas, ainda assim, houvesse a fixação em valor ou patamar distinto. Dessa situação, contudo, não se trata na hipótese dos autos, motivo pelo qual não merece reparo o acórdão recorrido no particular (BRASIL, 2018, online).

Segundo o entendimento da Ministra Nancy Andrighi, não há ofensa ao princípio da igualdade e isonomia entre os filhos, pois eles não possuem as mesmas necessidades básicas em virtude das genitoras apresentarem capacidades laborativas diferentes. Ressalta-se que uma das genitoras dispõe de renda suficiente para o sustento de seu respectivo filho, ao passo que a outra não tem recursos para tal, fazendo-se, assim, imprescindível a fixação de percentual maior da pensão alimentícia.

Diante do exposto, a Constituição Federal de 1988 é clara quanto ao seu texto no art. 227, §6º, que "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação" (BRASIL, 1988, online). Assim sendo, os filhos têm as mesmas necessidades básicas, independentemente se é um recém-nascido ou incapaz, ou adolescente, todos têm direito à alimentação, vestuário, moradia, saúde e educação, sendo responsabilidade dos pais bancarem tais condições.

No caso em questão, houve uma ofensa ao princípio da igualdade e isonomia entre os filhos, pois o genitor deveria pagar valores iguais para o sustento dos menores, ainda que uma das mães trabalhe. Deve-se olhar a figura do pai em relação aos filhos, uma vez que há uma oneração da parte da mãe, fazendo com que esta tenha maior contribuição tanto financeira quanto aos cuidados com a criança, tendo em vista que a guarda é da genitora.

Nesse contexto, deve-se observar que quem é a detentora da guarda do menor é a genitora, haja vista que a capacidade contributiva da mesma é representada também por meio da guarda. Como é sabido, a guarda de uma criança traz por sua natureza despesas para seu detentor, de modo que a obrigação dos pais de prover alimentos aos filhos tem que ser pro-

porcional e isonômica, segundo o entendimento da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> [...] averbe-se que a controvérsia a ser dirimida situa-se e resume-se na avaliação de eventual desnivelamento da capacidade econômica do alimentante e do grau de necessidade da credora da pensão alimentícia, tudo como forma de se quantificar o valor desta, ao passo que a contribuição da genitora do menor está representada pelo exercício da guarda, da qual também resultam gastos e despesas, sem prejuízo da possibilidade de se concluir que, à luz do preceito contido no artigo 1.703 do Código Civil, cabe a ela suportar as despesas de manutenção da filha na proporção de seus recursos (BRASIL, 2020, online).

Diante disso, se o fator preponderante for a condição de uma das mães estar trabalhando e a outra não, como ficaria se aquela decidisse não trabalhar mais? Desse modo, é explícito que tomar por base a capacidade contributiva financeira da genitora não é o meio certo, devendo igualar os valores dos alimentos para ambos os filhos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no que foi evidenciado, pode-se inferir que há um crescimento ao longo do tempo das demandas de divórcios e separações no Brasil, fazendo com que surjam diversas formações familiares. Em consequência disso, exige-se uma maior atenção às responsabilidades sobre os filhos oriundos das famílias anteriores quanto às recentes, segundo preceitua o artigo 1.566, IV do Cógido Civil.

A instituição da guarda compartilhada se manifesta como meio de evitar conflitos entre os pais, fazendo com que eles tomem decisões em conjunto para o bem-estar dos filhos e procurem dar toda a assistência necessária a eles. Além de facilitar as responsabilidades decorrentes da criação dos filhos, os filhos desfrutam da convivência equitativa com os pais. Assim, entende-se que a capacidade contributiva da genitora pode ser representada pelo exercício da guarda compartilhada devido aos gastos e despesas que lhe são inerentes.

A Constituição Federal de 1988 é expressa ao tratar a igualdade de direitos sobre o sustento e a assistência entre os filhos, razão pela qual a sua aplicação deve ser feita de forma imediata, não devendo haver a observância de outro dispositivo infralegal para o caso concreto. Com isso, o artigo 1.694, §1º do Código Civil, que aborda sobre a fixação da pensão alimentícia conforme as necessidades do menor e os recursos do genitor, deve ser interpretado de forma literal, isto é, fixar os alimentos sobre os recursos do devedor, sem que a premissa seja a capacidade contributiva da mãe.

Portanto, o genitor deve fornecer os alimentos sem que haja prejuízo ao seu sustento, considerando o binômio necessidade-possibilidade, segundo o artigo 1.695 do Código Civil. Esse preceito mostra também que não se deve aferir a fixação sobre a diferença de necessidade dos filhos, sendo necessário estabelecer uma quantia igual a todos os filhos sem que o genitor se desfalque.

A flexibilização do princípio da igualdade absoluta de direitos entre os filhos por parte da decisão proferida pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no caso apresentado, traz uma insegurança jurídica, visto que vai de encontro com a Constituição Federal de 1988, a qual prega a aplicação do dispositivo de forma restritiva. Além disso, abre margem à outra genitora de permanecer sem qualquer sustento ou continuar com renda reduzida para que a porcentagem da pensão seja maior em relação ao outro filho.

Contudo, o artigo 1.699 do Código Civil aduz que, se houver mudanças na situação financeira do devedor ou na do alimentado, ocorrerá modificações do encargo, se for pleiteado em juízo. Esse dispositivo tem que ser entendido baseado nos casos de desemprego por parte do genitor, onde ocorreria a redução necessária para que não haja dano à prestação alimentícia. Porém, ainda que ocorra essa situação, o texto da Constituição Federal de 1988 sobre a igualdade de direito dos filhos precisa ser cumprido.

Em face do exposto, a obediência ao texto supralegal relativo à igualdade da pensão de filhos de distintos relacionamentos pelos genitores é imprescindível para a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos. Ademais, a fixação dos alimentos não se deve fundamentar na capacidade contributiva financeira do outro genitor, independentemente

se este trabalha ou não; mas, sim, na necessidade inerente ao filho menor e a possibilidade do devedor sem que lhe cause malefício.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 2 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial. 2018. Processo: RESP nº 1.624.050 MG (2016/0082436-9). Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. Julgamento: 19/06/2018 Publicação: 22/06/2018. Tipo de documento: **Acórdão**. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/593046329/recurso-especial-resp-1624050-mg-2016-0082436-9/relatorio-e-voto-593046347?ref=juris-tabs. Acesso em: 2 jun. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 2 jun. 2021.

DIAS, Maria Berenice. Guarda compartilhada flexibiliza convivência em benefício do filho. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** direito de família. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

IBGE (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA). **Estatísticas do Registro Civil 2019**. Rio de Janeiro, v. 46, p. 1–8, 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2019_v46_informativo.pdf. Acesso em: 2 jun. 2021.

RODRIGUES, Léo. Estudo revela tamanho da desigualdade de gênero no mercado de trabalho. **Agência Brasil**, Economia, Rio de Janeiro, 4 de mar. de 2021. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.

br/economia/noticia/2021-03/estudo-revela-tamanho-da-desigualdade-de-genero-no-mercado-de-trabalho. Acesso em: 2 jun. 2021.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível. 2020. Processo: AC nº 1000430-14.2019.8.26.0019. Relator: ALEXANDRE COELHO. 8. Câmara de Direito Privado. Julgamento: 29/10/2020. Publicação: 29/10/2020. Tipo de Documento: **Acórdão**. Disponível em: https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1114163958/apelacao-civel-ac-10004301420198260019-sp-1000430-1420198260019/inteiro-teor-1114163977. Acesso em: 2 jun. 2021.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível. 2020. Processo: AC nº 1002514-42.2019.8.26.0001. Relator: RÔMOLO RUSSO. 7. Câmara de Direito Privado. Julgamento: 20/11/2020. Publicação: 20/11/2020. Tipo de Documento: **Acórdão**. Disponível em: https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1128886436/apelacao-civel-ac--10025144220198260001-sp-1002514-4220198260001/inteiro--teor-1128886456. Acesso em: 2 jun. 2021.

SIMÕES, Fatima Itsue Watanabe; HASHIMOTO, Francisco. Mulher, mercado de trabalho e as configurações familiares do século XX. **Revista Vozes dos Vales da UFVJM**, Minas Gerais, n. 2, out. 2012. Disponível em: http://site.ufvjm.edu.br/revistamultidisciplinar/files/2011/09/Mulher-mercado-de-trabalho-e-as-configura%-C3%A7%C3%B5es-familiares-do-s%C3%A9culo-XX_fatima.pdf. Acesso em: 2 jun. 2021.

TRÊS CORAÇÕES E UMA HISTÓRIA: UNIÃO ESTÁVEL PUTATIVA NO CONTEXTO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO EM COMUM

Mariana Galvan dos Santos[121]

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o intuito de, inicialmente, contextualizar a noção de família e de direito de família, buscando identificar seus fundamentos na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002, trazendo à tona também os princípios do direito de família, os quais pautam as relações de parentesco e os conflitos advindos das mesmas.

Ademais, trata-se também da distinção entre união estável, união estável putativa e concubinato, em que primordialmente há de se falar em boa-fé ou má-fé dos companheiros paralelos. Além de que, há duas formas em que se trata de relação simultânea: ela pode ser uma união estável em concomitância ao casamento ou podem coexistirem duas ou mais uniões estáveis simultaneamente.

121 Acadêmica do VIII Nível do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. Integrante do Grupo de Pesquisa A efetividade dos Direitos Humanos no plano internacional, vinculado ao PPGDireito — UPF, na linha de pesquisa: Executivo e políticas públicas. Integrante do Grupo de Pesquisa Transnacionalização, migração e trabalho, vinculado ao PPGDireito — UPF, na linha de pesquisa: Dimensões do Poder.

Entendemos a união estável putativa como uma entidade familiar; portanto, esta merece reconhecimento na ceara sucessória do companheiro em comum. Todavia, a doutrina e a jurisprudência ainda discorrem e discordam demasiadamente acerca do tema. Apesar disso, soluções já existem para levar segurança aos companheiros putativos, tais como a sucessão proposta por Maria Berenice Dias ou a "triação" de bens proposta pelo Desembargador Gaúcho Rui Portanova, seguido também por outros Tribunais brasileiros, tais como o Mineiro; todavia, o STF decidiu contrariamente em 2020 no Recurso Extraordinário 1045273.

1 UNIÃO ESTÁVEL PUTATIVA: CONTEXTUALIZAÇÃO E CONCEITO

A noção de família evolui conforme a decorrência do tempo, juntamente com o direito de família que, pós-Constituição Federal de 1988 e Código Civil de 2002, pautaram-se principalmente pelo princípio da afetividade, rejeitando assim o que pregavam Cartas anteriores (MADALENO, 2019, p. 41). Como exemplo, nesse caso, cita-se a situação dos companheiros que viviam décadas juntos e, havendo o falecimento de um deles, o companheiro sobrevivente não tinha direito na ceara sucessória do *de cujus*, tendo em vista a falta de documentação e institucionalização, situação que muito mudou com a evolução legislativa e jurisprudencial com o conceito de união estável, implementado pela Constituição.

Já dizia Maria Berenice Dias (2010, p. 1): "No modelo tradicional, família era a união de um homem e uma mulher pelos sagrados laços do matrimônio e com o fim precípuo de perpetuar a espécie". Evidentemente, a forma de constituir família modificou-se, passando de um modo sobretudo patrimonial e patriarcal — segundo o qual a mulher era tratada como um objeto —, para a atual formatação, na qual o interesse afetivo é o meio pelo qual constitui-se a família (SANTOS, 2008, p. 18) Dessa forma, a partir da Constituição Federal de 1988, além do casamento, concebe-se a ideia de União Estável como entidade familiar. Entretanto, pela Carta o conceito ficou em aberto, sendo fechado somente pelo Código Civil de 2002 (RIZZARDO, 2018, p. 851) em seu Art. 1.723, que a configura como uma: "convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família", no qual tanto na Carta

quanto no Código Civil tem-se como um fator importante a facilitação para que se possa converter a união estável em casamento.

Sendo reconhecida a união estável, esta pode coexistir com outra união estável ou pode existir em concomitância com o casamento, onde faz-se mister realizar uma breve distinção de acordo com o conhecimento do companheiro posterior sobre o relacionamento antecedente do companheiro comum. Ademais, existe a figura do concubinato e da união estável putativa. O concubinato constitui-se socialmente como uma relação extraconjugal, na qual existe um terceiro de "má-fé", ou seja, sabendo do impedimento, opta por manter uma relação. Esse terceiro é conhecido popularmente como "amante". Além de que, pacificamente, entende-se que o concubinato não consiste em uma entidade familiar (TARTUCE, 2020, p. 379). Legalmente, o concubinato está positivado no Art. 1.723 do Código Civil como: "relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar", ou seja, desde já se diferencia da união estável, por tratar-se de um impedimento explícito.

Em contraposição, a união estável putativa ocorre quando os companheiros não tem conhecimento de outra relação, seja ela um casamento ou outra união estável, referindo-se então a um terceiro de boa-fé (TARTUCE, 2020, p. 411), e, assim, considera-se a união estável putativa uma entidade familiar. Todavia, sendo reconhecida como entidade familiar, subsistem diversas dúvidas sobre o assunto, entre elas, principalmente, no que tange ao direito das sucessões e ao direito previdenciário do *de cujus*.

Atentando-se ao Princípio da Monogamia, uma norma imposta pela Constituição quanto ao casamento, apesar de existir a possibilidade de coexistirem duas uniões estáveis ou uma união estável em concomitância com o casamento, segundo o Código Civil, torna-se impossível a existência de dois casamentos civis simultâneos, salvo quando uma união já tenha sido extinta, "pela morte, pelo divórcio ou pela invalidade judicial do matrimônio (MADALENO, 2019, p. 14).

Rolf Madaleno (2019, p. 15), em sua obra, tem uma posição conservadora, dispondo acerca da impossibilidade de haver boa-fé do companheiro posterior, pois o autor determina que:

> Deve conter a presença de diligência, cautela e interesse da parte acerca das qualidades daquele que elegeu para ser seu parceiro,

> pois não se espera que a escolha de um companheiro não passe por um razoável e diligente crivo de informações precedentes [...] Casamentos múltiplos são vedados, como proibidos os relacionamentos paralelos, porque não se coaduna com a cultura brasileira uma união poligâmica ou poliândrica, a permitir multiplicidade de relações entre pessoas já antes comprometidas, vivendo mais de uma união ao mesmo tempo.

Ademais, nessa mesma ótica, Zeno Veloso também não admite a ocorrência de uniões estáveis simultâneas, porém, excetua a possibilidade do companheiro de boa-fé, divergentemente de Rolf Madaleno (2019, p. 18). Apesar dessas discussões, é necessário frisar que as relações paralelas existem socialmente, independentemente de positivação ou aceitação jurídica e da comunidade acadêmica. Portanto, discuti-las e regulamentá-las é de suma importância para a segurança jurídica dos companheiros que agem de boa-fé nessa situação.

Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Pereira (2020, p. 35) discorre:

> O sistema jurídico deve ter sua atenção voltada para a priorização do sujeito na relação, em detrimento do objeto da relação jurídica (instituição do casamento), ainda que isto signifique contrariar o princípio jurídico organizador da monogamia. [...] A tendência das organizações jurídicas ocidentais é relativizarem o princípio da monogamia, para não condenar milhares de famílias, que de fato existem, à invisibilidade jurídica, considerando-as como inexistentes.

Ou seja, ao invés de atentarmos na questão de haver ou não uma relação institucionalizada, devemos optar por atender as necessidades dessa relação fática, pois, como supracitado, essas relações existem e tem o dever gozar de seus direitos, sejam eles positivados ou não. Tendo em vista que na sociedade estes se consideram companheiros, e agindo de boa-fé para com essa relação, não há como discordar desse posicionamento. O que cabe ainda é falarmos da sucessão nesse âmbito, já que há uma grande discussão acerca do tema.

2 DIREITO SUCESSÓRIO NAS UNIÕES ESTÁVEIS PUTATIVAS

Como todo o direito, o direito de família tem seu cerne em princípios. Assim, disporemos acerca de alguns deles, nos quais a pesquisa se fundamenta: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (o qual discorre acerca da necessidade de tratar a pessoa como ser único e essencial, não podendo esse ser tratado como um objeto; o Estado, cumprindo seu dever, deve garantir meios mínimos de seguridade desse princípio); o Princípio da Afetividade (passa-se de relações meramente patrimoniais e patriarcais para a formatação de relações nas quais o afeto é a essência do relacionamento); e o Princípio da Monogamia (sobre o qual a doutrina diverge: uma parcela entende como princípio ordenador do direito de família; outra parte entende apenas como uma norma individual, moral e ética) (AENLHE, 2011, p. 26–40).

Ainda, segundo o autor Rodrigo da Cunha Pereira (2020, p. 77–105), há de se falar acerca de mais alguns princípios significativos do direito de família, sendo eles: o Princípio da Igualdade e o Respeito às Diferenças; o Princípio da Autonomia e da Menor Intervenção Estatal (“atua como instrumento de freios e contrapesos da intervenção do Estado e funda-se, ainda, no próprio direito à intimidade e liberdade dos sujeitos”); o Princípio da Pluralidade de formas de Família (a partir da Constituição Federal, saiu-se de um modelo único e tradicional de família e passou-se a admitir outras formas de constituição de família, quais sejam: união estável, família monoparental, casamento homossexual, entre outras); o Princípio da Solidariedade (“dever civil de cuidado ao outro”); e o Princípio da Responsabilidade (“não busca apenas a reparação para atos do passado, mas também cumprir os deveres éticos, voltados para o futuro”).

Sintetizando a concepção de ponderação de princípios de Robert Alexy (apud MAIA; CARNEIRO, 2013, p. 206) trata-se de “uma fórmula em que se considera o peso de cada princípio diante do caso concreto em que se faz uma ponderação, a fim de descobrir qual princípio deve ser sacrificado”. Portanto, é um demasiado rol de princípios que regem o direito de família brasileiro, devendo as relações de parentesco e os conflitos que delas possam advir serem resolvidos de acordo com os mesmos, ponderando-os no caso concreto.

Neste trabalho trataremos especificamente da aplicação de normas (regras e princípios) no âmbito das sucessões, em que a sucessão nas uniões estáveis putativas ainda não tem uma corrente pacificada. Ou seja, uma parcela de doutrinadores e juristas discorrem que não há de se falar em família paralela, pois pautam-se no princípio da monogamia que seria "um princípio constitucional não expresso" (PEREIRA, 2020, p. 85) seja o terceiro de boa-fé ou não; por isso, no contexto sucessório, somente o cônjuge, ou primeiro companheiro, ou ainda companheiro documentado, teria direito ao patrimônio.

Entretanto, outra corrente, seguida por Maria Berenice Dias (apud GRAEFF, 2012, p. 242), dispõe contrariamente, seguindo os princípios atuais do direito de família, pautando-se principalmente no princípio da afetividade, nos requisitos da união estável, e tendo como fundamento o argumento de que a monogamia não considera-se princípio "por não ser considerada um dever ser imposto pelo Estado", mas sim um mero modo de viver, no qual não cabe colocar um juízo de valor (VIEGAS, 2019, p. 19–21). Portanto, na situação de falecimento do companheiro em comum, entende-se que deve haver uma divisão singular dos bens restantes.

Ademais, há diversas correntes distintas quando se discorre acerca a forma de sucessão quando reconhecida a união estável putativa. Como considera Maria Berenice Dias citada por Fernando Graeff (2012, p. 242), no caso de uniões estáveis paralelas deveriam ser os bens partilhados entre os companheiros; já numa união estável em concomitância com o casamento, o adequado a fazer seria retirar a meação da esposa, afastar a herança da prole e, finalmente, o excedente do patrimônio conquistado ao longo da união estável deveria ser partilhado com a até então companheira. Ainda, entende a autora supracitada que "os partícipes das uniões paralelas ainda concorrem com os herdeiros necessários no que tange aos aludidos bens adquiridos na constância do convívio" (GRAEFF, 2012, p. 242), corrente que não se viu ganhar força dentro da jurisprudência ou da doutrina.

Já o desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), Rui Portanova, cria uma solução alternativa para essa situação. Esse recurso seria denominado de "triação de bens", sendo que em sua concepção compete a todos os partícipes da relação simultânea "um terço do patrimônio formado no período de concomitância e metade a quem

manteve a relação enquanto esta foi exclusiva" (apud RUSSOMANNO, 2016, p. 84), trazendo assim uma nova concepção de divisão de bens dentro do direito sucessório brasileiro.

Segue as ementas da Oitava Câmara Cível do TJRS, Apelação Cível n. 70021319421 de 2007, na qual o desembargador Rui Portanova reconhece uma união estável simultânea a um casamento, e a Apelação Cível n. 70022775605 de 2008, na qual o já citado desembargador fortalece sua tese de reconhecimento das relações paralelas e ainda sustenta uma "triação" de bens entre a companheira e a esposa e entre as companheiras simultâneas, já que nesse caso trata-se de mais do que duas relações, respectivamente:

> APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO. UNIÃO DÚPLICE. POSSIBILIDADE. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união estável entre a autora e o de cujus em período concomitante ao seu casamento. Reconhecimento de união dúplice. Precedentes jurisprudenciais (TJRS, Apelação Cível, Nº 70021319421, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em: 13-12-2007).
>
> APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO E OUTRA UNIÃO ESTÁVEL. UNIÃO DÚPLICE. POSSIBILIDADE. PARTILHA DE BENS. MEAÇÃO. "TRIAÇÃO". ALIMENTOS. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união estável entre a autora e o réu em período concomitante ao seu casamento e, posteriormente, concomitante a uma segunda união estável que se iniciou após o término do casamento. Caso em que se reconhece a união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre a esposa, a companheira e o réu. Meação que se transmuda em "triação", pela duplicidade de uniões. O mesmo se verificando em relação aos bens adquiridos na constância da segunda união estável. Eventual período em que o réu tiver se relacionado somente com a apelante, o patrimônio adquirido nesse período será partilhado à metade. Assentado o vínculo familiar e comprovado

> nos autos que durante a união o varão sustentava a apelante, resta demonstrado os pressupostos da obrigação alimentar, quais sejam, as necessidades de quem postula o pensionamento e as possibilidades de quem o supre. Caso em que se determina o pagamento de alimentos em favor da ex-companheira (TJRS, Apelação Cível, Nº 70022775605, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em: 07-08-2008).

Outros desembargadores do Tribunal Gaúcho seguiram a orientação do Desembargador Rui Portanova. Além disso, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) também seguiu nesse sentido; assim, cabe citar o Acórdão da Desembargadora Maria Elza, na Quinta Câmara Cível, que julgou a Apelação Cível n. 1.0017.05.016882-6/003 de 2008, dispondo precisamente sobre o assunto:

> Nesse período de convivência afetiva — pública, contínua e duradoura — um cuidou do outro, amorosamente, emocionalmente, materialmente, fisicamente e sexualmente. É o que comprova o conjunto probatório. Durante esses anos, amaram, sofreram, brigaram, reconciliaram, choraram, riram, cresceram, evoluíram, criaram os filhos e cuidaram dos netos. Tais fatos comprovam a concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isso é família. O que no caso é polêmico é o fato de o apelado, à época dos fatos, estar casado civilmente. Há, ainda, dificuldade de o Poder Judiciário lidar com a existência de uniões dúplices. Há muito moralismo, conservadorismo e preconceito em matéria de Direito de Família. No caso dos autos, a apelada, além de compartilhar o leito com o apelado, também compartilhou a vida em todos os seus aspectos. Ela não é concubina — palavra preconceituosa — mas companheira. Por tal razão, possui direito a reclamar pelo fim da união estável. Entender o contrário é estabelecer um retrocesso em relação a lentas e sofridas conquistas da mulher para ser tratada como sujeito de igualdade jurídica e de igualdade social. Negar a existência de união estável, quando um dos companheiros é casado, é solução fácil. Mantém-se ao desamparo do Direito, na clandestinidade, o que parte da sociedade prefere esconder. Como se uma suposta invisibilidade fosse ca-

> paz de negar a existência de um fato social que sempre aconteceu, acontece e continuará acontecendo. A solução para tais uniões está em reconhecer que ela gera efeitos jurídicos, de forma a evitar irresponsabilidades e o enriquecimento ilícito de um companheiro em desfavor do outro (TJMG, Apelação Cível N° 1.0017.05.016882-6/003, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do MG, Relatora: Maria Elza, Julgado em: 20-11-2008).

Ou seja, a partir da concepção do Desembargador Rui Portanova, tanto na questão de reconhecer as uniões estáveis simultâneas, quanto na ideia do mesmo de instaurar o conceito de "triação" de bens, este criou um novo olhar para o direito sucessório quando se fala em relações simultâneas, visto que deu um mínimo de segurança jurídica dentro desse meio, pois além do TJRS e do TJMG, outros Tribunais seguiram reconhecendo o vínculo e o direito desses companheiros não institucionalizados mas socialmente fáticos.

Entretanto, em 2019, em posição contrária, totalmente conservadora e com demasiado retrocesso, o Supremo Tribunal Federal (STF), julgando o Recurso Extraordinário 1045273, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes e nos termos desse, fixou a seguinte tese:

> A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro (STF, RE 1045273, Relator: Alexandre de Moraes, Julgado em: 21/12/2020).

Nesse contexto, no artigo científico "STF decide: amante não tem lar (?)" veiculado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), a autora Isabella Moraes Lopes leva em consideração a decisão do STF e a música de sucesso da cantora Marília Mendonça, e simplifica afirmando: "Para a cantora Marília Mendonça, o preço que se paga 'é nunca ser amado de verdade'. No mundo jurídico, embora seja verdadeiramente amado, o preço que se paga é não ter direitos" (2020, p. 1). Nada sintetiza mais esse assunto do que a frase da autora.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Além das citadas, outras doutrinas ainda versam sobre o assunto, sem ainda gozar de pacificação acerca da forma mais adequada de reconhecer as uniões estáveis putativas e estabelecer a sucessão em caso de famílias simultâneas. Portanto, seja no âmbito doutrinário, seja jurisprudencial, verifica-se uma demasiada insegurança jurídica para os companheiros que agem de boa-fé em detrimento da sucessão, ficando esses à mercê do entendimento dos julgadores, desprovidos, como supracitado, do mínimo de garantias.

Por isso, levando em consideração toda a bibliografia proposta e citada no presente trabalho, pode-se concluir que, culturalmente, a doutrina e a jurisprudência são conservadoras, situação que havia mudado em meados de 2007 e 2008, conforme os Acórdãos de Rui Portanova e Maria Elza, que prezaram essencialmente pelos Princípios: da Dignidade da Pessoa Humana, da Afetividade, da Igualdade e Respeito às diferenças, da Autonomia e Menor Intervenção Estatal, da Pluralidade das formas de Família, da Solidariedade e da Responsabilidade em detrimento do Princípio da Monogamia, usando de ponderação no caso concreto, de acordo com contexto probatório individual.

Todavia, no final do ano de 2020, com o Recurso Extraordinário 1045273, de relatoria do Min. Alexandre de Moraes, tudo o que havia sendo fortalecido e progredido caiu por terra, pois o STF decide acerca da impossibilidade de reconhecimento de mais do que um núcleo familiar concomitante. O retrocesso é gritante, tendo em vista que, havendo a relação simultânea de forma fática, não pode falar-se em impossibilidade de reconhecimento jurídico da mesma. Assim, com tal decisão, volta-se a um patamar de uma imensa insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS

AENLHE, Juliana Annes. **Possibilidade do reconhecimento da união estável putativa como entidade familiar frente os princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade.** 2011. Monografia (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais) — Faculdade de Direito, Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, 2011.

Disponível em: http://repositorio.upf.br/handle/riupf/114. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1045273. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Julgado em: 21/12/2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=RE%201045273&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&origem=AP. Acesso em: 21 jul. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Sociedade de afeto**. Maria Berenice Dias, 2010. Disponível em: http://www.berenicedias.com.br/manager/arq/(cod2_792)1__sociedade_de_afeto.pdf. Acesso em: 20 jul. 2021.

GRAEFF, Fernando R. Uniões paralelas e direito das sucessões. Porto Alegre: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 30, p. 216–251, 2012. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/71053/40319. Acesso em: 3 jun. 2021.

LOPES, Isabella Moraes. **STF decide:** amante não tem lar (?). IBDFAM, 2020. Disponível em: https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1614/STF+decide:+amante+n%C3%A3o+tem+lar+(?). Acesso em: 21 jul. 2021.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Editora Forense, 2019.

MAIA, Isabela Rebouças; CARNEIRO, Wálber Araújo. O que é isto – Ponderação de Princípios? *In:* SEMINÁRIO ESTUDANTIL DE PRODUÇÃO ACADÊMICA, 12., UNIFACS, 2013. Disponível em: https://www.revistas.unifacs.br/index.php/sepa. Acesso em: 21 jul. 2021.

PERERIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2. ed. Editora Forense, 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 10. ed. Editora Forense, 2018.

RUSSOMANNO, Felipe Matte. Famílias paralelas e triação de bens. **RJLB**, ano 2, , p. 55–92, 2016. Disponível em: https://webcache.

googleusercontent.com/search?q=cache:GL5Yx5_qcKsJ:https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_0055_0092.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em: 3 jun. 2021.

SANTOS, Sheila Galvan dos. Dano moral na separação e na dissolução da união estável: a responsabilização civil decorrente do descumprimento dos deveres conjugais. **Justiça do Direito**, v. 22, n. 1, p. 16–31, 2008. Disponível em: http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/2136/1376. Acesso em: 10 jun. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0017.05.016882-6/003, Quinta Câmara Cível, Relatora: Maria Elza, Julgado em: 20/11/2008. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0017.05.016882=6-2%003F&pesquisaNumeroCNJ-Pesquisar. Acesso em: 21 jul. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70021319421, Oitava Câmara Cível, Relator: Rui Portanova, Julgado em: 13/12/2007. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 21 jul. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70022775605, Oitava Câmara Cível, Relator: Rui Portanova, Julgado em: 07/08/2008. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 21 jul. 2021.

VIEGAS, Claudia Mara de Almeida Rabelo. Monogamia não é princípio jurídico: instrumento de opressão da mulher e de controle do patrimônio da Família. **Revista de Estudos Jurídicos UMA**, v. 6, n. 1, 2019. Disponível em: http://revistasgraduacao.una.emnuvens.com.br/rej/article/view/107. Acesso em: 1 jul. 2021.

VIEIRA, Laura Uhry. **Famílias paralelas:** Uma nova realidade na esfera do direito das famílias. Porto Alegre: PUC/RS, 2015. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/laura_vieira.pdf. Acesso em: 10 maio 2021.

A AUSÊNCIA DE RELAÇÃO SOCIOAFETIVA FAMILIAR E A EXCLUSÃO DO PATRONÍMICO

Nivea Maria Dutra Pacheco[122]

INTRODUÇÃO

O presente artigo gira em torno do direito que possui um filho que jamais teve uma identidade afetiva com seus genitores, de excluir de seu patronímico tendo por fundamento a inexistência da relação socioafetiva.

Busca-se, assim, por meio de leituras e pesquisas, identificar o histórico do direito, mais propriamente do direito ao nome e suas alterações conforme a necessidade da sociedade, a evolução e o conceito de filiação englobando a genética, bem como a socioafetiva. No que tange a esta segunda, falaremos sobre sua importância e os possíveis prejuízos que a ausência pode causar ao indivíduo, chegando, por fim, ao direito de exclusão do patronímico.

Com a evolução do direito e suas novas concepções da família, a importância do afeto passou a se destacar quanto à identidade real biológica entre pais e filhos, que até em certo momento histórico do direito era a única forma de se estabelecer um vínculo de paternidade.

122 Mestre em Direito Público e Evolução Social. Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil. Professora de Pós-graduação em Direito Civil e Imobiliário da Universidade Estácio de Sá. Professora de Direito Processual Civil e de Direito Constitucional da Universidade Cândido Mendes. Advogada e Consultora Jurídica. Mediadora. Conselheira Efetiva da OAB-Nova Friburgo.

Este artigo foi baseado em bibliografias sobre o tema, utilizando-se de livros de doutrinas e artigos, com o intuito de recolher entendimentos e conceitos, para assim aprimorar o desenvolvimento da ideia principal.

Como se sabe, o Direito é uma ciência construída ao longo de entendimentos controversos, que possibilitam a formação de leis. O trabalho possui embasamento em entendimentos que, ainda que possuam controvérsias, ao longo das pesquisas se conclui uma coerência e necessidade de que seja considerado em algum momento entendimento majoritário.

1 A FILIAÇÃO NO DIREITO

Faremos, inicialmente, uma análise da filiação tanto no Direito Romano como no Direito pátrio, destacando alguns conceitos relevantes para o presente artigo, para, então, ingressarmos no tema central.

No direito Romano, a família tinha uma visão muito voltada para a paternidade. O pai era o centro daquele conjunto de pessoas, a quem pertencia o poder e a autoridade maior. O afeto não tinha qualquer relação com o conceito de família, sendo baseado no Princípio da Autoridade. Os filhos eram tidos como legítimos e ilegítimos: os primeiros frutos do matrimônio e os segundos filhos havidos fora da união conjugal. Tal diferença tinha como função, na época, a de dar continuidade ao culto familiar, principal função da procriação na época.

De acordo com Coulanges apud Dill e Calderan (2011, p. 3), ao filho ilegítimo não era dada a oportunidade nem os direitos de conviver juntamente com os legítimos. Ele não participava das atividades comuns no âmbito familiar, sendo tido como pecador, fruto de um erro e, por esse motivo, não possuía qualquer reconhecimento como filho (assim como o tinham os filhos legítimos).

Ressalta Dias (2016, p. 383) que os filhos ilegítimos se subdividam em duas classes: os espúrios e os naturais. Os primeiros eram os filhos fruto de um adultério ou incesto, já os segundos eram os filhos frutos de uma relação concubinária, sem que houvesse qualquer impedimento para o casamento, diferentemente do primeiro caso. Os espúrios eram totalmente desprezados, sem poder ter contato algum com sua família, não podendo sequer buscar seus direitos judicialmente. Tendo em vista o tratamento radical dado a eles, ainda no passado, como forma de amenizar tanto cons-

trangimento, foi permitido que os espúrios passassem a conviver com o restante da família, por meio de adoção. Porém, os ilegítimos naturais não alcançaram tal solução e continuaram impedidos de ter qualquer laço com sua família. Somente anos após tiveram seus direitos reconhecidos, equiparando-se aos legítimos.

É certo que de muitas relações existentes de parentesco, a filiação é a mais significante — a palavra deriva do latim *filiatio*. Ela se dá a partir da relação entre filhos e pais, mostrando, assim, o real laço existente entre ambos.

A norma constitucional, em seu artigo 227, parágrafo 6º, deixa claro sobre a igualdade substancial entre os filhos, afastando de vez, aquela antiga e pouco saudosa discriminação que sofriam os filhos de pessoas não casadas. Até o advento da Carta Magna, não se previa em texto normativo qualquer reconhecimento de vínculo paterno-filial entre os filhos adulterinos, mesmo sendo de seu conhecimento a identidade de seu pai biológico, quando existente de uma relação extramatrimonial (BRASIL, 1988).

Fato é que tal condição antes imposta pelo não reconhecimento da filiação existente violava frontalmente o direito à dignidade de um filho, que se via limitado e desprotegido pelas normas àquele tempo vigentes. Com a Carta Maior todos os filhos tiveram o direito de serem reconhecidos sem serem rotulados pela origem ou situação jurídica de seus genitores, visando, com isso, eliminar de vez qualquer tratamento discriminatório entre os filhos; surgindo, por vez, a prática do Princípio da Isonomia, em favor dos mesmos.

Indo ao encontro com a ideia de modificações temporais, apresenta-se o trecho do Ministro Waldemar Zveiter em seu voto no julgamento no Superior Tribunal de Justiça:

> Mudou a época, mudaram os costumes, transformou-se o tempo, redefinindo valores e conceituando o contexto familiar de forma mais ampla que com clarividência pôs o constituinte de modo mais abrangente, no texto da nova Carta. E esse novo tempo não deve o Poder Judiciário, ao que incumbe a composição dos litígios, com olhos postos na realização da Justiça, limitar-se à aceitação de conceitos pretéritos que não se ajustem à modernidade (STJ, Ac.3ªT. j. 3.4.90, in RSTJ 40:236).

1.1 A FILIAÇÃO BIOLÓGICA E O FORTALECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Com o advento da Constituição de 1988, foi assegurado a toda e qualquer pessoa o direito de ter reconhecida a sua filiação. Porém, antes não era assim: a família era tomada pela paternidade, sendo o pai o centro de todas as decisões. Com a nova Carta Magna, esse controle paterno se dissolveu, dando lugar à igualdade entre os cônjuges. O filho, por sua vez, passou a manter um vínculo parental com o pai e com a mãe com absoluta igualdade.

A filiação biológica se dá pela relação consanguínea entre pais e filhos. Conforme o entendimento doutrinário, "uma verdade biológica, comprovável por meio de exame laboratorial que permite afirmar, com certeza praticamente absoluta, a existência de um liame biológico entre duas pessoas" (DIAS, 2016, p. 392).

Com o passar dos anos e seus avanços tecnológicos, com a chamada bioética, a ciência deu início à investigação de paternidade por meio da genética, passando a filiação a ser identificada por meio de DNA; vindo a ser considerada a paternidade, nos casos em que o genitor se recusa a realizar o exame, ocorrendo à presunção da paternidade.

Habitualmente, conforme Chaves e Rosenvald (2011, p. 638), no que envolve a filiação materna existe o ditado *mater semper certa est* — a maternidade é sempre certa. Quanto à paternidade, não se pode afirmar com total certeza: *pater semper incertus est*. Diante dessa dúvida criou-se o instituto da presunção de paternidade.

Há de se ressaltar que o ordenamento jurídico valoriza muito a existência da filiação, pois esta permite ao indivíduo a busca de sua origem. Muitas regras normativas existem em seu favor, como no Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe, no seu artigo 27, que a criança tem por direito perseguir a sua origem genética, além de qualquer tempo requerer sua origem de paternidade biológica.

Hodiernamente, a relação socioafetiva tem sua importância incontestável. Mas a importância da filiação biológica não deixou de existir e ser fundamental ao desenvolvimento do ser humano, sendo para o ordenamento jurídico, por via de regra, que pai é aquele que mantém um vínculo através do registro e consanguíneo com o filho.

Ultrapassada a questão da filiação biológica, faz-se necessário a realização de uma análise sobre a modalidade de filiação sociofetiva, um dos pontos principais deste artigo.

Diante das transformações sociais, o entendimento deixou de levar em conta somente a relação biológica e passou a considerar as relações que envolvam afetividade. É de conhecimento que antigamente a filiação se baseava apenas no caráter genético, porém, com o passar dos tempos e novas situações surgindo, o caráter afetivo começou a ganhar um papel importante no desenvolvimento do ser humano, bem como na busca de sua dignidade. Conforme o entendimento de Maria Berenice Dias (2016, p. 402): "A filiação socioafetiva funda-se em cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade e definição de personalidade."

Os estudos apontam que a figura do pai, que antes era correlacionada à sua genética tão somente e à sua imagem de prover e manter sua família, hoje toma um espaço um tanto diferente. O afeto passa também a caracterizar a paternidade.

Conforme Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2011, p. 666), esse conceito de filiação não é recente no Direito — apenas passou um tempo omisso por força do casamento —, estando presente no Código de Hamurabbi, que reconhece os efeitos à afetividade, conforme artigo 185: "Se alguém dá seu nome a uma criança e a cria como filho, este adotado não poderá mais ser reclamado."

Assim, a figura paterna nos dias atuais é baseada no cotidiano, na convivência que esse pai, que poderá ser biológico ou não, mantém com seu filho. Seus exemplos, seu amor, respeito e atenção ganharam grande importância para o desenvolvimento de uma criança ou adolescente, formando um cidadão, conforme corrobora o entendimento de Pereira (apud REIS; SIMÕES, 2012, p. 32): para tornar um indivíduo apto socialmente, basta "que alguém ocupe em seu imaginário o lugar imaginário, o lugar simbólico de pai e mãe," mesmo sem conter qualquer vínculo biológico.

A filiação socioafetiva está relacionada ao ato de vontade de exercício da paternidade de fato, que consiste em cuidados e inteira entrega para educação de um filho, bem como à publicidade que se dá a essa relação, desembocando no estado de filho, como prova de filiação e origem desta.

O afastamento da filiação socioafetiva da mera relação biológica representa uma verídica desbiologização da filiação, fazendo com que o vínculo paterno filial não esteja apenas vinculado à genética. Assim, como dispõe Villella apud Chaves e Rosenvald (2011, p. 283), "a verdadeira paternidade não é um fato da biologia, mas um fato de cultura. Está antes no devotamento e no serviço do que na procedência do sêmen."

É de se ressaltar que a doutrina, bem como a jurisprudência, diante das constantes mudanças que o Direito de Família vem sofrendo, passou a admitir novos valores e visões que o sustentam, como na aceitação de que o afeto é o elo entre indivíduos pertencentes de uma mesma família.

A realidade que se presencia nos dias atuais é trágica e mostra uma carência cada vez mais constante de valores e afeto no âmbito familiar. Essa ausência pode causar danos irreparáveis para um indivíduo ainda em formação, tornando-o, no futuro, um adulto com problemas de relacionamento afetivo e de convívio social.

Segundo John Bowlby (apud REIS; SIMÕES, 2012, p. 24–25), o afeto se dá no início na infância, nos primeiros dias de vida de um bebê e seus sinais — como risos e choros —, que automaticamente levam aos cuidados parentais. A essa consequência de sinais se dá o nome de Teoria do Apego. Aqui, cabe frisar um estudo citado na obra acima descrita, realizado por Henry Hsrlow, no qual analisou a afetividade com os macacos. Neste estudo elaborou-se "mães", uma era feita de arame e outra de pano macio e quente. A de arame lhes servia alimento e a segunda nada lhe oferecia. O curioso foi que os macacos preferiram a que nada lhes oferecia, dando ensejo para a teoria de que o alimento não se sobrepõe ao carinho e ao conforto, que, no caso em tela, a segunda mãe feita de pano e quente lhes forneceu.

A forma como o indivíduo, desde pequeno, se relaciona com seus pais, indica muito o ser humano que ele passou a ser. Assim, o ser humano é o resultado do somatório de afetividade recebida durante sua vida. Afeto, neste caso, englobaria educação, presença ativa dos pais, exemplos, bem como os carinhos — reações que demonstram diretamente a existência da afetividade.

Urge ressaltar que o Princípio da Afetividade não possui amparo em norma legislativa, mas deriva de outros princípios constitucionais, tais como: da Dignidade da Pessoa humana e da Proteção Integral.

Corroborando com isso tem-se a redação do artigo 3º da Lei 8.069/90 — Estatuto da Criança e do Adolescente:

> A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (BRASIL, 1990).

Portanto, o afeto é de extrema importância para o pleno desenvolvimento de uma criança.

Por outro lado, a ausência dessa relação afetiva entre os pais e filhos pode acarretar em prejuízos psicológicos e num retardamento em sua qualidade de vida. Conforme Bowlby (apud REIS; SIMÕES, 2012, p. 27), "Cada um de nós é capaz de fazer aquilo que nos foi feito. O adulto tirano, que maltrata os mais fracos, é a criança tiranizada e maltratada que cresceu. "

Assim como se é possível construir uma personalidade por meio de afeto, carinho e presença dos pais, o filho pode acarretar problemas e prejuízos para sua vida e desenvolvimento com a ausência deles. As experiências vividas por uma criança possuem relação com a sua capacidade de se envolver e se relacionar com os demais e criar laços afetivos no futuro. A ausência do afeto é uma das experiências que podem ser vivenciadas, vindo a trazer grandes prejuízos para a criança na vida adulta, assim como constantes brigas entre os pais, culpa por situações ruins que possam acontecer, ameaças entre os pais etc., tudo isso podendo refletir de maneira negativa, tornando-lhe um adulto inseguro, problemático, depressivo, dentre outros aspectos.

De acordo com Biddulph apud XVI Seminário Institucional de ensino, Pesquisa e Extensão- Tema: Infância e Adolescência a importância da relação afetiva na formação e desenvolvimento emocional (2011, p. 3), derivados de várias análises em longa escala, descobriu-se que nas sociedades em que há carência de afeto há mais adultos violentos. Ou seja, a falta de afeto acarreta grandes prejuízos na formação de personalidade e na vida afetiva que uma pessoa possa vir a ter. Obviamente, em toda regra

há exceções, e como vivemos em um mundo diversificado, é possível que pessoas vivenciem na infância situações ruins e não se desestabilizem, mas o problema decorrente daquela infância mal resolvida e vivida poderá ainda se manifestar em algum momento.

2 DIREITO DA PERSONALIDADE

No passado, o direito privado estava relacionado ao homem-patrimônio, ou seja, sua imagem estava sempre correlacionada ao seu patrimônio. A este último, era garantida sua tutela, pois a proteção do homem se concretizava a partir da proteção de seu patrimônio.

Historicamente, segundo Elimar Szaniawski (apud CHAVES; ROSENVALD, 2011, p. 147), o direito Romano não tutelou os direitos de personalidade, apenas existindo a chamada *actio injurium*, a ação contra a injúria, que era usada para atentados contra o indivíduo. Na Grécia ocorria o mesmo: apenas existia a chamada *dikeabranger,* utilizada para quem ousasse violar fisicamente ou moralmente um indivíduo.

O cristianismo e a pregação deram início às novas visões para a tutela da personalidade humana. Conforme Rizzardo (apud CHAVES; ROSENVALD, 2011, p. 147–148), após a II Guerra Mundial, diante de tantos atos contra a humanidade, sentiu-se a necessidade de existência de um conjunto jurídico que tutelasse aos direitos de personalidade. Assim, em 1948 foi promulgada a Declaração Universal de Direitos do Homem; a partir dessa declaração, então, os códigos passaram a tratar sobre a tutela dos direitos de personalidade.

Personalidade é nada mais que um conjunto de características ligadas à pessoa. Gomes (apud CHAVES; ROSENVALD, 2011, p.150) define os direitos da personalidade como direitos subjetivos, ou seja, ligados a situações jurídicas que poderão envolver a pessoa em determinados momentos da vida, sendo, portanto, fundamentais ao progresso da pessoa humana, materializados na prática por reflexos psíquicos, intelectuais e físicos do seu titular, que busca alcançar por meio destes a defesa da própria pessoa. Nesses direitos estão incluídos aqueles essenciais à pessoa e sua dignidade humana.

Hodiernamente, o direito de personalidade está relacionado à ótica civil-constitucional, uma vez que se associa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como da afirmação da cidadania. As-

sim, os direitos de personalidade passaram a garantir a tutela da dignidade do ser humano.

Dentre os direitos da personalidade está o direito ao nome. Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2011, p. 252) o direito ao nome surgiu anos antes de Cristo, tendo sua importância desde priscas eras. Sempre existiu a necessidade de se individualizar o ser humano dentro de um grupo social, tomando como exemplo os hebreus, que emprestavam seu primeiro nome aos filhos, como Jacó filho de Isaac. Essa nomenclatura, para um povo que até então era pequeno, se tornava suficiente.

Porém, com o passar dos anos, a população foi aumentando, gerando a necessidade de achar outra solução para a identificação, passando a integrar um segundo nome, relacionado à profissão, localidade ou acidente geográfico de nascimento.

Zalcmam e Souza (2016, p. 28) destacam como se deu o costume do uso do nome:

> Na Grécia, o nome de início era único e depois passou a ser composto por três partes: o prenome, o nome de família e o nome da família da qual o indivíduo fazia parte. Já em Roma possuíam também um nome composto por prenome, nome, cognome e, certas vezes, acrescido do agnome.
>
> Na Idade Média, voltou-se ao costume de dar nome único, geralmente nomes alusivos aos santos e, com o passar do tempo, passou-se a adotar um segundo nome que poderia ser relacionado à filiação, ao local de nascimento, a plantas ou animais.
>
> Essa forma de individualização iniciou-se entre as classes mais altas até ser disseminada a todos os integrantes da sociedade. No direito Brasileiro o nome é composto por três partes, quais sejam: o prenome ou nome, que é a indicação pontual propriamente dita; o sobrenome que engloba o matronímico e o patronímico, além de eventualmente conter um agnome.

Contemporaneamente, o nome consiste num direito personalíssimo, sendo resguardado pelo Código Civil, em seu artigo 16: "Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome" (BRASIL, 2002).

O nome possui a função de destacar cada indivíduo dentro de uma sociedade. Porém, com o passar dos tempos, sua importância passou de mero destaque para o autoconhecimento da pessoa. É a partir do nome que o indivíduo tem as suas origens, sua memória, bem como os seus antepassados, refletindo, assim, no ser humano que é.

A todos é garantido o direito ao nome, mesmo àqueles que ainda não nasceram. A aquisição do nome se dá por meio da filiação, com registro após o nascimento, conforme os artigos 54 e 55 da Lei de Registros Públicos (BRASIL, 1973).

Por ser um direito personalíssimo, o nome causa questionamentos quanto à sua imutabilidade — sendo admitidas apenas exceções—, sendo assim um princípio relativizado pela doutrina e jurisprudência.

De fato, algumas situações já conhecidas permitem a mudança do nome/sobrenome, comforme tipificadas no artigo 58 da Lei de Registros Públicos, 6.015/73, tais como: alteração pelo casamento ou união estável; divórcio, nulidade e anulação do casamento ou dissolução da união estável; adoção; homonímia; alteração motivada por razão fundamentada — ressaltando-se o abandono afetivo como causa (BRASIL, 1973).

Pelos artigos 56 e 57 da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), o nome civil pode ser alterado no primeiro ano, depois de atingida a maioridade, desde que não prejudique os apelidos de família, ou, ultrapassado esse prazo, por justo motivo, mediante apreciação judicial e depois de ouvido o Ministério Público (BRASIL, 1973).

A imutabilidade se sustenta muito na ordem de segurança jurídica. Porém, tal critério não faz sentido uma vez que o filho que deseja ter o patronímico excluído não deixa de ter sua identificação, sendo que reconhece sua filiação e sabe das suas origens; todavia, como forma de não se sujeitar a mais sofrimento, deseja não ter o nome daquele que o fez sofrer e ainda o faz.

O presente trabalho tem interesse na exclusão do patronímico diante da ausência de relação socioafetiva. Esta hipótese se encaixa na alteração motivada por razão fundamentada. O fundamento por óbvio será a comprovação da ausência de afeto bem como os prejuízos emocionais que lhe causa carregar um sobrenome de uma pessoa com quem não possui qualquer outro vínculo a não ser o biológico.

Com as mudanças ocorridas quanto à ótica de valorização do desenvolvimento do indivíduo, aquele conceito histórico de formação de família foi ignorado e o vínculo pautado no afeto priorizado.

2.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A NECESSÁRIA PONDERAÇÃO DE VALORES

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é universal a todos os outros princípios. É o fundamento para o Estado Democrático de Direito. Conforme Daniel Sarmento (apud DIAS, 2016, p. 47), este princípio é uma limitação à atuação do Estado, bem como um ponto de partida para o seu exercício. O Estado tem o dever de evitar que atos contra a dignidade sejam praticados, como também de garantir, por meio de atitudes, a tutela do mínimo existencial.

A existência do Princípio da Imutabilidade dos Registros Públicos é inquestionável. Por isso, há de se reconhecer a necessidade de uma ponderação de interesses, quando a dignidade da pessoa humana corre risco. O maior bem de um ser humano é sua qualidade de vida, seus direitos reconhecidos, sua identidade e sua dignidade exercida.

Ressalta-se o que pondera Maria Celina Bodin de Moraes (apud REIS; SIMÕES, 2012, p. 31):

> Em havendo conflito entre os princípios mencionados, será imprescindível, como já se teve ocasião de afirmar, ponderar os interesses de cada uma das partes, para verificar qual princípio, corretamente, terá mais peso. Isto significa que dadas duas situações jurídicas subjetivas, cada uma delas relativa a um dos princípios aludidos, estruturando-se, portanto, num conflito (ou colisão) de princípios, a medida da ponderação, a ser exercitada pelo magistrado, será dada pelo Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.

É de se concluir que o Princípio da Dignidade deve ser primordial ao indivíduo e garantido. Assim, possíveis normas infraconstitucionais que impeçam a exclusão do patronímico são afastadas perante a força vetorial do Princípio da Dignidade.

Como um filho, que não possui qualquer relação socioafetiva com seus genitores, se torna obrigado a manter o patronímico de uma pessoa com quem não possui qualquer vínculo? Dúvidas não há quanto à importância do afeto antes de qualquer outro aspecto em uma relação familiar, e que a sua ausência importa em grandes prejuízos para o indivíduo. Assim, além dos problemas emocionais que a ausência do genitor traz ao indivíduo, este, já vulnerável, ainda se vê obrigado a carregar em seu nome o patronímico daquele com o qual não possui nenhum vínculo socioafetivo e de amor.

O artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente é claro ao dispor sobre as responsabilidades dos pais quanto ao dever de cuidar, e isso engloba o afeto e todos os atos que o comprovam. Com o passar dos tempos, foram surgindo ações indenizatórias no judiciário com base no abandono afetivo, tendo como base a Teoria do Desamor, porém não pelo simples fato de não amar o outro, até mesmo porque não existe norma para reger tal ato, mas, sim, pelos malefícios que essa falta de amor pode causar (BRASIL, 1990).

Sabidamente o nome é uma forma pela qual o indivíduo se encontra e relembra-se de suas origens. Assim, indaga-se se seria justo para o indivíduo, que já sofre pela falta de afetividade, carregar ainda, em seu nome, lembranças que lhe trazem grandes prejuízos emocionais.

Corroborando com o pensamento, temos a decisão do STJ admitindo a exclusão:

> DIREITO CIVIL. EXCLUSÃO DOS SOBRENOMES PATERNOS EM RAZÃO DO ABANDONO PELO GENITOR.
>
> Pode ser deferido pedido formulado por filho que, no primeiro ano após atingir a maioridade, pretende excluir completamente de seu nome civil os sobrenomes de seu pai, que o abandonou em tenra idade. Nos termos da legislação vigente (arts. 56 e 57 da Lei 6.015/1973 — Lei de Registros Públicos), o nome civil pode ser alterado no primeiro ano, depois de atingida a maioridade, desde que não prejudique os apelidos de família, ou, ultrapassado esse prazo, por justo motivo, mediante apreciação judicial e depois de ouvido o Ministério Público. A propósito, deve-se salientar a tendência do STJ à superação da rigidez do registro de nascimento, com a adoção de

> interpretação mais condizente com o respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar de um estado democrático. Em outras palavras, o STJ tem adotado posicionamento mais flexível acerca da imutabilidade ou definitividade do nome civil, especialmente quanto à possibilidade de alteração por justo motivo (hipótese prevista no art. 57), que deve ser aferido caso a caso. Com efeito, o princípio da imutabilidade do nome não é absoluto no sistema jurídico brasileiro. Além disso, a referida flexibilização se justifica "pelo próprio papel que o nome desempenha na formação e consolidação da personalidade de uma pessoa" (Resp. 1.412.260-SP, Terceira Turma, DJe 22/5/2014). Desse modo, o direito da pessoa de portar um nome que não lhe remeta às angústias decorrentes do abandono paterno e, especialmente, corresponda à sua realidade familiar, sobrepõe-se ao interesse público de imutabilidade do nome, já excepcionado pela própria Lei de Registros Públicos. Sendo assim, nos moldes preconizados pelo STJ, considerando que o nome é elemento da personalidade, identificador e individualizador da pessoa na sociedade e no âmbito familiar, conclui-se que o abandono pelo genitor caracteriza o justo motivo de o interessado requerer a alteração de seu nome civil, com a respectiva exclusão completa dos sobrenomes paternos. Precedentes citados: Resp. 66.643-SP, Quarta Turma, DJ 21/10/1997; e Resp. 401.138-MG, Terceira Turma, DJ 26/6/2003. Resp. 1.304.718-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 18/12/2014, DJe 5/2/2015.

A não exclusão do patronímico acaba por ferir princípios Constitucionais, como o do direito ao nome, da personalidade e da dignidade da pessoa humana, uma vez que a não exclusão atinge o filho que já sofre por falta de afeto, sendo prejudicado no seu desenvolvimento. Portanto, cabe a possibilidade de o indivíduo alterar o seu nome, a fim de lhe permitir eliminar a constante lembrança de um relacionamento traumático que deriva de um abandono afetivo.

CONCLUSÃO

A existência do afeto é algo primordial na vida do ser humano para que se estabeleça uma relação. A relação socioafetiva ultrapassa a existên-

cia da relação consanguínea, que antes era tida como principal fonte de reconhecimento de paternidade.

Diante das inúmeras mudanças na sociedade, no Direito e no âmbito familiar, é possível nos depararmos com casos em que um dos genitores não tenha afeto pelo filho, jamais tendo existido uma relação de afetividade entre ambos. Essa ausência por diversas vezes gera confrontos pessoais, emocionais e psicológicos. Quando um indivíduo assina o seu nome completo, ele remete aos antecedentes, e, nesse caso, como não há essa lembrança viva de afeto, amor e carinho, gera-se a frustração a quem tem que sustentar um nome que não lhe identifica.

As leis infraconstitucionais não devem se sobrepor à grandeza das normas constitucionais, especialmente às garantias e direitos individuais. Hodiernamente, não cabe mais a alegação de insegurança jurídica e de prejuízo à ordem pública como forma de se proibir a exclusão de um patronímico que não revela a socioafetividade na relação entre pais e filhos, podendo a hipótese ser solucionada com a juntada da sentença que concederá a exclusão à margem do registro civil, para possíveis interesses e questões que possam surgir.

Salienta-se que, no caso da exclusão de um dos patronímicos, há a permanência do outro, o que ainda consistirá no nome, mantendo, assim, a existência da filiação.

Portanto, o presente artigo buscou trazer à tona, no ordenamento jurídico, a necessidade de uma ponderação de interesses entre o Estado e a Dignidade da Pessoa Humana, visando analisar até que ponto seria benéfica a interferência estatal na vida de um indivíduo e, numa visão mais ampliada e mais simples, se chegar ao objetivo de melhor tutelar os direitos e garantias individuais.

Nenhum direito tem o condão de ser absoluto. Assim como é possível acrescentar nomes, que, por vezes, não possuem relação consanguínea, mas são derivados do convívio, da relação sócioafetiva estabelecida, há de fazer sentido, quanto à exclusão diante da ausência desta relação, podendo se concluir que o menor impedimento à exclusão do patronímico afronta os princípios da Personalidade e da Dignidade da Pessoa humana, os quais estão intimamente ligados à busca da felicidade e da individualidade que cada ser humano almeja alcançar.

REFERÊNCIAS

BARROS, Jaqueline; BELZ, Caroline Weingartner; MOURA, Maristela; OLIVEIRA, Sélia Gomes; RODRIGUES, Tania Terezinha; SILVA, Stefani Cavalheiro; COSTA, Fatima Terezinha. Infância e Adolescência: A importância da relação Afetiva na Formação e desenvolvimento emocional. *In:* SEMINÁRIO INSTITUCIONAL DE ENSINO E PESQUISA E EXTENSÃO, 16. Disponível em: http://www.unicruz.edu.br/seminario/artigos/humanas/INF%C3%82NCIA%20E%20ADOLESC%C3%8ANCIA%20A%20IMPORT%C3%82NCIA%20DA%20RELA%C3%87%C3%83O%20AFETIVA%20NA%20FORMA%C3%87%C3%83O%20E%20DESENVOLVIMENTO%20EMOCIONAL Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 set. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Lei de Registros Públicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L6015consolidado.htm. Acesso em: 24 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 24 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm . Acesso em: 24 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Resp. nº 1304718 / SP (2011/0304875-5) Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 18.12.2014, 3ª Turma do Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em: http://magnofogaca.jusbrasil.com.br/noticias/173655463/stj-autoriza-filho-excluir-o-sobrenome-de-pai-que-o-abandonou-em-tenra-idade. Acesso em: 24 set. 2021.

CHAVES, Cristiano de Farias; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil Teoria Geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CHAVES, Cristiano de Farias; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3. ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Direito de Família e Psicanálise.** Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/5__direito_de_fam%EDlia_e_psican%E1lise.pdf . Acesso em: 22 abr. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das Famílias**. 9 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **Evolução histórica e legislativa da família e da filiação.** 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019. Acesso em: 22 abr. 2016.

REIS, Clayton; SIMÕES, Fernanda Martins. As Relações Familiares Sob a Ótica da Responsabilidade Civil Brasileira. **Revista Juris Plenum — Doutrina e Jurisprudência**, ano VIII, n. 46, Caxias do Sul, 2012.

SOUZA, Andreaze Bonifacio. **A respeito do Princípio da Afetividade**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=265. Acesso em: 22 abr. 2016.

ZALCMAN, Vivian Gerstler; SOUZA, Carlos Eduardo Silva e. **A alteração do nome:** o abandono afetivo e o vínculo socioafetivo. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-28/direito-civil-atual-alteracao-nome-abandono-afetivo-vinculo-socioafetivo >. Acesso em: 22 abr. 2016.

DIREITOS NEURAIS (NEUROLAW), BIOTECNOLOGIAS E PERSONALIDADE: TRATAMENTOS JURÍDICOS DIALÓGICOS ENTRE DIREITO CIVIL E NEUROCIÊNCIA

Rhuan Filipe Montenegro dos Reis[123]

INTRODUÇÃO

O cérebro humano é uma das estruturas mais complexas de que se tem conhecimento. Assim, compreender processos vitais para a prática jurídica passa por uma análise mais detida desse órgão. Em uma primeira abordagem, a empatia pode nos permitir competências sociais e emocionais, como a prática da alteridade, o que abarca se portar e planejar de maneira análoga e por imitação interna a outros indivíduos (VIERA, 2017). Fenômeno explicado por nossa arquitetura neural, sobretudo pelos neurônios espelhos; pelo córtex sensorial e motor; e pelo sistema límbico do observador, que, ao reagir a ações de terceiros, consegue entender emoções associadas (SAMPAIO, 2009). No campo político-jurídico, processos como legislar e julgar demandam, em muito, essa capacidade, pois

123 Advogado. Graduado em Gestão Ambiental pela Universidade de Brasília. Graduado e Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Especialista em Direito Ambiental pelo Centro Universitário do Distrito Federal. Pós-graduado em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas.

exigem sensibilidade com relação às expectativas e vivências de terceiros, por parte de multiatores que não vivem — ou viveram — diretamente as relações reguladas ou julgadas.

Nas relações negociais e jurídicas, compreender noções como dano a outrem e os possíveis resultados/causalidades de sua conduta demandam não só entendimento das regras sociais, mas fundamentalmente das expectativas e repercussões de suas ações para terceiros. Eis algumas das raízes biológicas da sentença romana *ignorantia juris non excusat*, pois nas infrações cíveis, penais e administrativas o desconhecimento do conteúdo textual dos regramentos legais não escusa a reparação do dano, que ganham lastro na capacidade empática que a maioria de nós dispõe. Despiciendo falar sobre a importância do julgamento moral na práxis jurídica, apesar de autores discordarem dos limites e conexões entre um campo e outro. Teorias como a de Claude Du Pasquer, de que direito e moral têm seus momentos de intersecção, parecem ser mais amistosas com nossa configuração biológica, mormente porque o julgamento moral é uma dentre as várias atividades neurais possíveis aos operadores, ao lado de outras que podem depender, autonomamente, ora dos saberes jurídicos ora das concepções morais.

Como exemplos, tem-se o cálculo e a aplicação de um prazo judicial, capazes de envolver regiões do cérebro como VNFA (*visual number form area*) — explicada por Grotheer (2016) — diferentes daquela ativadas nas decisões morais. Nessa ação, recorre-se aos prazos já expostos na legislação (técnica autonomamente jurídica) para operacionalizar os cálculos, sem grande interferência de julgamentos morais. Entretanto, quando um juiz, por exemplo, altera prazos calendarizados, por circunstâncias excepcionais, pode fazê-lo recorrendo a situações de imperativos morais e de alteridade, *e.g.* sensibilizando-se com relação à doença de uma das partes, o que envolve outras estruturas como o córtex pré-frontal ventromedial e as amígdalas cerebrais.

A linguagem constitui instrumento basilar para as Ciências Jurídicas. De acordo com a *semiótica jurídica*, esse é um processo amplo que nos permite entender os significados atribuídos a dados objetos, a interação entre esses vários significados em uma estrutura comunicacional e a relação que os diferentes sujeitos estabelecem com esses significados — dimensões sintática, semântica e pragmática, respectivamente (ARAUJO, 2017). Es-

sas relações estão intimamente associadas a várias dimensões humanas, como a cognição, a linguística e a capacidade discursiva, todas realizadas em consonância com nosso aparato biológico, conforme competente explicação de Lennie Bertoque (2018), que afirma o seguinte sobre a linguagem:

> um processo de interAção social, que envolve domínios linguísticos (fonológicos/fonéticos, morfológicos, sintáticos, semânticos), discursivos (pragmático-discursivos), cognitivos, por meio de um aparato biológico. (seleção de materiais e métodos), a fim de proporcionar uma aprendizagem mais significativa)" questões aliadas a processos como. (BERTOQUE, 2018, p. 277).

Ou seja, essa condição biológica se alia a processos como: assimilação social das normas; legística, que reforma o ordenamento com base na reconstrução de padrões antigos e até mesmo na tradução e coarticulação com outros ordenamentos; educação jurídica dos inúmeros operadores do Direito — todos passíveis de explicações por esse importante aparato biopsíquico, que tem lastro, primordialmente, na linguagem.

Na percepção estética das coisas, os estímulos sensoriais e a interpretação que lhes conferimos, como a visão (cérebro visual) e a descrição de objetos, são cruciais para a operação e investigação jurídicas, conforme se verá. Alberto Semeler e Juliano Carmo (2011) descrevem o primeiro sentido como "processo ativo em que o cérebro descarta mudanças e extrai o necessário para categorizar os objetos no mundo", o que contribui para a necessidade de apreender a "constância nos objetos do mundo exterior". Não se olvida, no entanto, de outros sentidos — como a audição, que concatena diferentes ondas de pressão advindas de objetos em frequências distintas (KANDEL, 2013) — e nem da percepção, que à diferença das sensações, não diz respeito aos estímulos do ambiente, mas sim à interpretação que a eles damos.

Porquanto nossos mecanismos sensoriais nos conferissem vantagens evolutivas, como perceber diferentes tonalidades dos alimentos e assim enriquecer nossa dieta ou localizar evento auditivo no espaço de escuta (GARAS, 2000) para nos alertar sobre perigos próximos, eles também podem contribuir para o incremento no apuro da nossa linguagem e no

modo de nos comunicarmos, tal como na compreensão de nossas emoções, previsões sensoriais e capacidade inventiva. Essa última, em especial, aproveita-se de muitos elementos postos na natureza. Ao tratar sobre Direito, sensibilidade e estética, Bittar e Almeida (2015) ressaltam a importância dessas dimensões para reinventar a maneira pela qual ordenamos as coisas. Em verdade, o texto parece tratar dessa ambivalência das artes e das percepções estéticas, que atuam ora para nos fazer compreender e imitar os elementos percebidos na realidade objetiva (*mimesis*) ora para instigar nosso ímpeto por mudanças.

Ou seja, o funcionamento da codificação neural *per se* pode ser questão adjuvante para as Ciências Jurídicas, com meras funções didáticas e alegóricas. Porém, entendê-la enquanto um dos determinantes do pensamento jurídico é fundamental, dado que esse fenômeno não está adstrito às calendas textuais ou comportamentais já postas, socorrendo-se da evolução dos processos interativos entre as estruturas sociais e a individualidade neural. As influências que podemos recolher das neurociências para compreender o fenômeno jurídico são vastas. Na *Teoria do Cérebro Trino*, concebida por Paul MacLean (1977), encontramos valiosos recursos filosóficos para o pensar e o agir jurídicos, pois passamos a compreender que as condutas humanas são revestidas por dimensões instintivas (cérebro basal), emocionais (cérebro límbico) que informam abstrações, raciocínios e inventividade (cérebro racional).

De tal modo que operadores jurídicos não devem se visualizar enquanto meros reveladores da técnica e dos conceitos teóricos em seu processo de tomada decisão. A rigor, eles precisam se adequar às respostas emocionais de seu grupo e destinatários, policiar-se com relação aos próprios ímpetos e recorrer, de modo sóbrio, à intuição, quando as enciclopédias não lhe bastem. A par dessas considerações, a *Neurolaw*, ou os direitos neurais, afigura ramo interdisciplinar que cuida, basicamente, de estabelecer conexão entre o cérebro humano, a neurociência e o Direito, de modo a passar, inevitavelmente, pelos estudos comportamentais (PETOFT, 2015). De mais a mais, acrescentamos que esse saber buscar tratar dos limites público-privados nas mudanças de comportamento provocadas por essa tecnologia ou, ainda, do acesso, da compreensão e modulação que se pode obter dos processos e das informações contidas ou apreendidas por meio do cérebro humano. Busca-se também nas estruturas neurais

alguns fundamentos político-regulatórios para os atos jurídicos. Como sói acontecer no fenômeno da interdisciplinaridade, é recorrente que a interação entre disciplinas gere criação de outras (NICOLESCU, 1999) o que alarga a fronteira do conhecimento e contribui para o crescimento de profissionais e surgimento de novas práticas. É essa tônica a ser reforçada pelo presente trabalho.

1. VISÕES ATUAIS E SUAS (RE)MODELAÇÕES PARA A COMPREENSÃO DA NEUROLAW: TRATAMENTO JURÍDICO DA PERSONALIDADE E DAS BIOTECNOLOGIAS

As aplicações da interação entre Direito e Neurociência são múltiplas. O já citado Arian Petoft fala sobre a compreensão dos comportamentos humanos em processos legais, de forma a mencionar também, em linhas próximas, os aspectos criminológicos desse novo ramo. Traz à tona, ainda, a possibilidade sua utilização em técnicas terapêuticas e de avaliação do grau de periculosidade do agente, o que ainda é muito nebuloso, mas pode ganhar repercussões na esfera civil, sobretudo nos efeitos extrapenais. Se, de um lado, é possível empregar a neurociência para entender aspectos atinentes à dosimetria da pena, por que não a admitir ao avaliar questões como extensão dos danos civis? Assim, pode-se utilizar tal recurso no *quantum* indenizatório em ações de danos morais, partindo-se do pressuposto que consigamos aferir os abalos psíquicos em dimensões minimamente quantizáveis. Raciocínio semelhante seria adotado para avaliar institutos como simulação, reservas mentais ou dolo no âmbito dos negócios jurídicos. A partir disso, os mesmos preocupes havidos no processo penal seriam estendidos às demandas cíveis, principalmente com relação ao imediatismo com o qual o exame desses fatos é procedido (GIACOMOLLI, 2019) uma vez que a confiança na precisão desses elementos pode ser corroída pelo tempo. Ainda sobre esses últimos aportes, agora conjugados ao campo dos direitos contratuais e obrigacionais, os estudos em neurociência são capazes de oferecer fundamentos regulatórios para a compreensão desses fenômenos econômicos transitórios, conforme se verá.

Sobre efeitos ricochetes no Direito Processual, a admissão da *neurolaw* no Direito Probatório parece perfeitamente cabível no desenho proces-

sual atual, não só como meio de prova, mas também de auferir a precisão de dado elemento probatório — vide os estudos sobre a fragilidade da memória episódica e a inexatidão da prova testemunhal, como os de Mariana Ferreira (2021). Ainda em relação aos testemunhos, se protocolos como *Six Channel Analysis System (SCAnS)* utilizam dimensões como a voz (paralinguagem), as microexpressões faciais e narrativas para averiguar a veracidade das informações prestadas em juízo (Cf. LANSLEY, 2017), poderíamos perfeitamente pensar na consideração de padrões neurais para adensar essa inteligência.

O processo judicante também pode ter algumas de suas linhas redefinidas, pois as redes neurais e sua *biomimética*[124] na criação de inteligências artificiais pode constituir novo recurso para o Judiciário. A questão que fica é: em que atos processuais poder-se-ia requisitar ajuda desses algoritmos e maquinários? Sua atuação ficaria adstrita a atos de mero expediente e aplicação de precedentes a casos semelhantes? Essa indagação se impõe pois os algoritmos decisórios e as redes neurais simuladas dispõem de capacidade limitada em relação aos seus paradigmas. Sabe-se que a rede neural consegue emular algumas funcionalidades, mas entender seu apuro e limitações parece ser essencial nesse novo modelo de justiça. Isso sem contar as discussões sobre seu repertório, que transita entre automação das decisões, aprendizagem de padrões e técnicas de simulação da consciência humana. Os critérios de competência saltam aos olhos, indagando-se se o valor da causa, conforme adotado em países como a Estônia, seria a melhor alternativa; parâmetro que espelha os ditames do art. 3º, *i*, Lei 9.099/98. As relações de suspeição e sua extensão para os operadores, programadores ou criadores da máquina também seriam indagadas, tal como a *cibersegurança*. O fornecimento de provas para as máquinas, ante o princípio da paridade de armas, demanda outras reflexões.

O *neuromarketing*, perfaz um domínio científico igualmente novo, que envolve complexos ferramentais para desvendar desejos e tendências mercadológicas, utilizando-se de perfilamento neural. Tanto grandes empresas, que lançam mão de estratégias para consumo em massa, quanto particulares, em situações mais paritárias de negócios jurídicos, podem recorrer a essa ciência Esse caráter dúplice, entre atos mercantis e paritá-

124 Tendência humana de se inspirar em elementos da natureza para promover suas invenções.

rios, desafia os regulamentos e convenções sociais a cuidar de tais práticas, nos conflitos entre privacidade e livre empreendimento.

Conforme se verifica, nem todas as finalidades investigadas pela *neurolaw* são nobres. Segundo exposição de John Lenca e Roberto Adorno (2018), no texto *Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology*, as preocupações com tecnologias que possam desvendar informações processadas no cérebro diz respeito à violação da privacidade. Assome-se a isso as possibilidades de induções comportamentais e represálias por parte daqueles que detenham tais tecnologias. Práticas que ameaçam a mente enquanto último refúgio da liberdade pessoal e da autodeterminação. Isso faz com que o autor imagine um novo rol de direitos humanos, cujos elementos, em tradução livre, são: o direito à liberdade de cognição, à integridade da mente, à privacidade da mente e à continuidade psicológica.

Dentro dessas preocupações de teor humanitário, estão englobadas todas as questões aqui tratadas (*neuromarketing*, neurotecnologias, neuroterapias). Uma vez que é possível abordar alguns cuidados para tratá-las mesmo ante a ausência de um diploma legislativo específico. De tal sorte, hoje, os padrões jurídicos mais próximos de qualquer regulação nesse sentido estão presentes nos atos normativos que cuidam da deontologia dos profissionais de medicina, tanto os que garantem sua autonomia laboral como aqueles que implicam zelo pelas relações de privacidade, autonomia e bem-estar do paciente. Além deles, as diretrizes do Código Civil podem ser auxílios valiosos, ainda mais no que concirna à operabilidade para converter preceitos gerais como esses em regras específicas para a neurotecnologia. Na legislação sobre pesquisas em seres humanos encontram-se outros instrumentos subsidiários, tanto mais na *Declaração de Helsinque*, que prevê cuidados como a deferência à literatura científica, a elucidação substanciosa do paciente, sopesamento de riscos, encargos e benesses aos pacientes, gerenciamento satisfatório de danos e perigos dos tratamentos médicos, dentre outros princípios.

Do acima exposto, dessume-se que a preocupação central é dar tratamento jurídico da *Neurolaw* condizente com a autonomia, inteligência e personalidade do indivíduo[125]. Nas políticas de Biotecnologia, sobre-

125 Autônomo ao permitir máxima participação dos destinatários nas decisões sobre seus direitos neurais. Inteligente em sua cientificidade, entendendo-se que tal saber se constrói com tempo satisfatório para tal e numa relação dialógica entre setores sociais (tanto técni-

tudo aquela esboçada no Decreto 6.041 de 2007, existem esforços para, nos marcos regulatórios, aliar valores pragmáticos como estratégias mercadológicas, processos de inovação e expansão da indústria aos imperativos bioéticos e de biossegurança, lógicas plenamente aplicáveis à *Neurolaw*. Em arremate, o respeito à personalidade ultrapassa o tratamento do tema dispendido pelo Código Civil, de forma a entender que cada indivíduo preserva identidade própria, de acordo com as vivências, ambiências, os componentes biofísicos, as interações intelectiva etc, não se podendo reduzi-lo às preconcepções de um órgão central, que pode transformar a *Neurolaw* num meio para uniformizar e arregimentar efetivos humanos.

2. CODIFICAÇÃO CIVIL E NEUROLAW: ENTRELAÇOS MAIS ESPECÍFICOS

Afora o exposto, é possível avaliar a aplicação desse saber em campos mais específicos do Direito Civil. A neurologia afetiva, *v. g.*, pode ser usada como método de compreensão da situação familiar. Desse modo, haveria a promoção da neuropsicologia enquanto ferramental para conciliação no Direito de Família. Alguns exemplos de sua aplicação se dão nas *constelações familiares*, por métodos resolutivos mais céleres e menos desgastantes para as partes, mormente do ponto de vista emocional. Os interesses de menores, sobretudo aqueles reputados como absolutamente incapazes, não podem ser imaginados sem a presença de equipe multidisciplinar. Entender, por exemplo, as necessidades de profissionais como psicólogos, psicopedagogos e psiquiatras infantis em procedimentos como adoção ou afastamento de alguma pessoa do seio familiar é fundamental.

Nesses primeiros atos jurídicos, grandes inovações poderiam ser efetivadas, pois sabe-se que, em muitos países, o desenho absurdamente exaustivo das adoções desencoraja esse processo, levando-se a uma solução bastante enigmática para os juristas, a *adoção à brasileira*, em que os infantes e adolescentes são de fato incorporados ao seio familiar, porém com uso de alguma medida em que se burle o controle publicamente definido para tal. A solução para esse problema pode estar na utilização de instrumentos que

cos quanto políticos).

aprimorem esse tipo de instituto e simplifiquem a avaliação da adaptação dos adotados ao novo lar e à realidade socioafetiva.

A *neuroafetividade* pode vir a contribuir para esse processo, pois ajuda na apuração dos estados emocionais que dão lastro às tendências comportamentais incondicionadas, às necessidades e fragilidades afetivas e às compreensões autorreferenciais dos indivíduos (ALMADA, 2014). Em vista disso, pode-se trazer novas técnicas para relacionar esses aspectos e cumprir com a finalidade do processo adotivo, que é o de avaliar as condições daquele microssistema familiar para abrigar novo indivíduo em possível situação de vulnerabilidade. Partindo-se para a relação constância/dissolução dos vínculos conjugais, por exemplo, discute-se muito a questão afetiva, não estando a responsabilidade e os deveres entre os cônjuges adstritos à abstenção de sevícias físicas, mas sim no amparo e na *responsabilidade emocional* do casal. Eis que a *neuroafetividade* pode ganhar um papel especial na extensão dos danos afetos à *responsabilidade afetiva*, principalmente quando o juízo tem auxílio de equipe multidisciplinar capaz de empregá-la. Os casos de tutela e curatela também podem ser iluminados por essas perspectivas, principalmente no que concerne à avaliação das direções dadas pelo curador ou tutor, seja na apuração dos cuidados dispendidos com relação à pessoa resguardada, seja ao avaliar as repercussões emocionais na gestão de seu patrimônio.

Tais compreensões neuroafetivas podem nos dar meios mais efetivos de compreender os danos extrapatrimoniais. Conforme explica Caio Mário (2016), a noção de dano moral é plenamente compatível com a concepção técnica de patrimônio, porém geralmente quando se fala de dano patrimonial estamos fazendo remissão a uma dimensão palpável das repercussões dos ilícitos civis. Outrossim, nos chamados *novos danos*, competentemente explicados por Flávio Tartuce (2018), emergem danos cujas extensões são difíceis de se quantizar[126]. A linha tênue entre mero aborrecimento e ilícito civil desafia, sobremaneira, o intérprete. Em face disso, padrões comportamentais e neuroafetivos podem dar novas pistas para a apreciação dessas temáticas. Outros desafios se impõem; por exemplo, en-

126 Na teoria da perda de uma chance, é difícil avaliar quais eram as reais intenções do agente em aproveitar oportunidade ocultada por outrem. No dano por desvio produtivo, não só o tempo dispendido nos atendimentos ineficientes são determinantes, mas a relação emocional que se guarda com um dado serviço.

tender melhor fenômenos recentes como o interessante expediente de *reparação não pecuniária dos danos morais*, entendendo-se o papel do Judiciário na motivação e manejo de formas não monetárias de ressarcimento (Cf. SOUZA, 2017).

Outrossim, algumas formas de responsabilidade dependem de uma compreensão situacional, especificamente geradas nos laços sentimentais e afetivos daquela comunidade. Os danos morais coletivos e do empregador por violação ao meio ambiente de trabalho e ao bem-estar dos obreiros são exemplos disso. Certamente, um dano ambiental, em sua dimensão moral, perpetrado no interior de uma comunidade quilombola, não será o mesmo do que aquele que afeta um grande centro urbano. A diferença entre *ethos* (tradições e vínculos com a terra) explica esse fator. Cada cultura organizacional corporativa poderá redimensionar a percepção dos danos e da responsabilidade do empregador para a produção dos resultados.

A neurologia comportamental na interpretação dos contratos e das decisões econômicas transitórias e na redefinição dos negócios jurídicos parece não ser cenário distante. Com os *nudges*, não só como padrões públicos, mas também privados de comportamento, poderíamos passar de desenhos negociais mais rígidos para ambientes sugestivos, que procurem conciliar autonomia e responsabilidade negocial. Dever-se-ia, no entanto, refletir sobre os limites de se utilizar *neurotecnologias* para monitorar situações jurídicas, como as lógicas securitárias e atuariais, valendo-se desses ferramentais para avaliar situações como agravamento de sinistros, a exemplo do resultado morte. Entender por meio de perfis neuropsicológicos como os usos e costumes locais definem padrões e comportamentos negociais resultaria na melhor compreensão à aplicação subsidiária da neurociência ao Direito.

A neuropsicologia social pode ser usada para compreender outros fenômenos como propriedade, disputas e organizações territoriais. No Direitos de Propriedade, dimensões como *animus domini*, boa-fé, precariedade e clandestinidade da posse convolariam de abstrações jurídico-filosóficas para padrões neurais melhor reconhecíveis e mensuráveis, de modo a configurar abordagens empíricas nas ciências jurídicas, que componham o universo de competência daqueles que julguem ou regulem demandas conexas a esses conceitos. Regras como as do Código Civil aplicadas ao regime condominial de "condutas antissociais" e do concei-

to vago de "sossego" no Direito de Vizinhança incorporariam visões da psicologia social e, mais do que isso, entendimentos de como as estruturas biológicas que lhe são adjacentes funcionam, numa avaliação da sociabilidade e os sensos comunitários entre aqueles que compartilham domínio sobre a mesma coisa ou coisas contíguas, entendendo-se se as condutas são comuns ou aceitáveis naqueles locais.

Desse modo, a *neuropolítica* explica como as estruturas neurológicas estão intimamente conectadas ao saber e à prática política, o que pode ser perfeitamente extensível às maneiras com que se coordenam a ordenação social das propriedades e das coisas (i)móveis. Antônio Laverada (2011), a título ilustrativo, cita a íntima relação entre processamento das emoções na formação das narrativas e atos políticos. O que, nos atos jurídicos, pode auxiliar a compreensão de fenômenos como decisões assembleares, conflitos e consensos estatutários, eleições de representantes, tais quais síndicos e membros de associações de moradores etc. O autor cita também a importância da *inteligência afetiva* na avaliação de cenários políticos, útil para a compreensão mais profusa de situações como regularização fundiária e invasões. De outra forma, as estratégias emocionais na construção de arranjos políticos poderiam ser adotadas em práticas de conciliação etc.

Quando o Direito Civil e as Políticas Públicas não estão atentos a essa realidade, novas relações de domínio e pertencimento vão se constituindo à margem dos desenhos e formalismos legais. O *princípio da taxatividade* dos direitos reais parece virar as costas para esses modos noviciários de usar, gozar, reaver e dispor das coisas. Relações, agora reconhecidas, como *multipropriedade*, fundos de investimentos e direito de laje já eram, há muito, praticadas, não sendo essa chancela simbólica-legislativa seu norte. Entender os Direitos Reais por uma perspectiva animada pela psicologia, pela neurociência e a sociologia pode nos trazer um desenho mais próximo daqueles imaginados pelos legisladores, que conferem diretrizes gerias a serem complementadas pelos particulares, que podem, nos limites da autonomia da vontade, tecer novos negócios de acordo com o modo com que suas necessidades e capacidades inventivas interajam.

Os avanços do *neurodiagnóstico* e da neurociência conformam soluções para a compreensão da capacidade civil, o que noz conduz a exames menos binários acerca da capacidade para os atos da vida civil. Por exemplo, os chamados *intervalos lúcidos* tendem a ser desprezados por questões de

realização da prova. Por vezes, as situações jurídicas não são judicialmente coordenadas pela exatidão do que ocorre no campo do direito material, mas sim de acordo com as dificuldades de prová-las ou elucidá-las em juízo. Desse modo, pode-se entender, com maior profusão, fenômenos como prodigalidade e competência para avaliação de enfermos, *e.g.* etilistas crônicos, e sua capacidade para os atos negociais, de forma a precisar a magnitude dos danos neurológicos na formação livre e consciente da vontade. Isso nos prova que os avanços diagnósticos nesse campo da medicina podem rearranjar as relações entre os aspectos processuais e materiais, já que permitem formas de perícia que aprimoram a subsunção do contexto fático aos construtos legislativos, contornando as dificuldades de esclarecimento perante os juízos. Eis outro ponto de intersecção entre Neurociência e Direito.

O acesso a informações neurais como memórias e emoções processadas pode parecer também realidade longínqua. A série televisa *Black Mirror* retrata bem alguns embates morais nessa temática. A trama do episódio *The Entire History of You* nos apresenta um cenário distópico em que pessoas podem consumir livremente um aparelho cuja função é registrar as memórias episódicas dos usuários, permitindo a eles o compartilhamento para terceiros e a reprodução dos eventos vividos numa tela frontal, o que está bem esboçado na sinopse da obra, assim descrita: "Num futuro próximo, todos terão acesso a um implante de memória que grava tudo que se faz, vê e ouve. Você jamais esquecerá um rosto novamente — mas isso, apesar de tudo, é uma coisa boa?" (THE, 2011).

Pode até parecer uma conjuntura, por ora, adstrita aos muros da ficção, porém tecnologias recentes põem essas inovações em perspectiva e delas se destacam protótipos criados pelo Instituto de Tecnologia de Massachusetts e pela Universidade da Califórnia do Sul. Isso teria muitas aplicações no Direito Sucessório. Possibilitando-se, de início, o perfilamento e a compreensão comportamental do *de cujus* para, nos conflitos hermenêuticos, haver mais um recurso que assegure a "observância da vontade do testador" (Art. 1.899, Código Civil). Seria possível ver registros de memórias com definições de termos mais exatos para compreender a linha temporal da evolução patrimonial do indivíduo. Causas de exclusão ou deserdação seriam passíveis de verificação e registros neurais e de memória dos atos de disposição da *legítima* poderiam abrandar os chamados erros de

designação do Código Civil. Assim, os aspectos textuais e redacionais dos últimos atos de vontade (testamentos e codicilos) não seriam mais prisões para o intérprete ou para aqueles que extrajudicialmente os cumprem, obtendo-se para a posterioridade acesso a conteúdos armazenados sobre as vivências do *de cujus*. Atendo-se a um princípio humanitário, poder-se-ia resolver muitas dificuldades formais de registro testamentário com relação aos portadores de deficiência e em casos de testamentos extraordinários.

No campo do Direito Constitucional Civil, sabe-se que a discussão sobre o direito à privacidade é fundamental, de modo que é vital avaliar quais esferas (intimidade, segredo etc.) são afetadas e quais os exatos limites em que o acesso a registros de memória pode se dar. Por outro lado, as comodidades que esse recurso é capaz de oferecer são incomensuráveis, permitindo, por exemplo, a alocação do *princípio da primazia da realidade* para as relações cíveis. No campo do Direito Autoral, a gestão de informações neurais, em tempo real ou a posteriori, com anuência do Judiciário, permitiria desvendar as reais relações entre autor e obra, garantindo a proteção das criações e dando maior sentido ao resguardo jurídico desde a gênese do invento – um dos traços distintivos desse para outros meios de propriedade intelectual.

Entretanto, não se advoga aqui que o domínio das estruturas neurais possa substituir as disposições e a dinâmica da consciência humana, dos quais derivam, por corolário, os atos jurídicos. Um interessante conceito que pode ser utilizado para explicar tal inviabilidade é o de *meme*. Para Daniel Dennett (1995), o termo designa uma unidade de interação cultural capaz de se replicar. Isso é importante para a interpretação dos atos jurídicos, já que as atividades não devem ser reguladas por lógicas pré-constituídas, na medida em que inexistem encaixes mecânicos para "determinada *fattispecie* abstrata" (PERLINGIERI, 2011, p. 615) e porque tais *memes* estão constantemente interagindo, combinando-se e se *especiando*. Ou seja, não é só a evolução fática que explica a necessidade de readequação do ordenamento do ponto de vista textual e hermenêutico, mas as produções constantes de novos sentidos culturais. Tal como ocorre nos genes, as combinações desses elementos nos ajudam a constituir novas apreensões e noções de cultura, o que muda nossa própria experiência jurídica. Ideias essas inspiradas em Preston e De Waal (2002).

Numa abordagem jurídica, Ana Dias (2018) rememora que os atos importantes para o mundo jurídico dependem, sim, da "ação de estruturas físicas concretas, nomeadamente dos neurónios". Contudo, a mesma autora adverte que os atos e fatos jurídicos mudam. E o mesmo acontece com suas respectivas compreensões. Para esclarecer tal premissa, tomemos o seguinte raciocínio: na atualidade, consideramos o negócio jurídico como ato bilateral e, em regra, "[dotado] uma vontade qualificada, sem vícios, manifestada por pessoa maior e que tenha o necessário discernimento" (GONÇALVES, 2021). Entrementes, os entendimentos não ficam estabilizadas, o que é considerado vício capaz de inquinar uma relação negocial pode mudar.

Se hoje o silêncio nos é "fato incolor, equívoco, como tal absolutamente insignificativo" (ANDRADE, 2003, p. 104) amanhã novas interações linguísticas e discursivas poderão lhe atribuir outro valor. Se nossa cultura, nas balizas atuais, assimila a boa-fé em todas as fases, nem sempre o fez. Vale lembrar, por exemplo, que a boa-fé pós-contratual foi construção recente, inspirada, em larga medida, em esforços doutrinários alemães. Se o fato jurídico da expulsão de uma vida do ventre acarreta personalidade jurídica (*teoria natalista*), é possível que, no futuro, os sentidos que atribuímos aos eventos de formação neural do nascituro, sua gestação e nascimento podem não ser mais os mesmos, dando azo à adoção de outro termo para a capacidade jurídica.

Assim, é difícil conceber maquinário de tal refino capaz de prever os resultados dos compartilhamentos de significados e o curso das evoluções culturais, inclusos a fenomenologia e o raciocínio jurídicos. É possível que a arquitetura neural seja a mesma, mas sua replicação não depende apenas de entendimentos aprofundados sobre sua estrutura, mas das mudanças que sofre quando da interação com mecanismos similares. A própria *neurofilosofia* parece encetar uma série de discussões que frustram nosso ímpeto de compilar e artificializar a consciência, pois não ainda existem consensos sobre aspectos basais da relação *corpo-mente*, conforme bem explica Camila Gomes Victorino (2009)[127].

127 Persiste a discussão se corpo e mente são realidades cindíveis ou distintas (monismo e dualismo) e se os mecanismos conscientes possuem obrigatoriamente uma superveniência física. Ainda assim, debate-se as extensões e vínculos entre comportamentos observáveis e parâmetros ambientais etc.

É dizer, se a base de todo ordenamento civil se mostra volúvel, alterando-se, por arrastamento, seus campos especializados, ou ainda se atualmente não alcançamos uma solução tecnológica para replicar estruturas capazes de acompanhar os *memes* e as evoluções culturais, fica difícil advogar a *neurolaw* como sucedâneo de toda a inteligência jurídica. Assim, a *neurolaw* está bem mais para um recurso do que uma estrutura capaz de, por si só, ordenar as operações jurídicas e adequar seus processos aos novos sentidos culturais e fáticos que se anunciam. Suas utilidades podem, sobretudo, aumentar a capacidade de se apreciar determinados fatos em juízo, conferir critérios mais claros a conceitos jurídicos indeterminados, discernir com maior profundidade fenômenos e perfis socioafetivos, conferir sentidos e soluções regulatórias antes desconhecidos etc.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por derradeiro, é preciso afirmar que as investigações jurídicas não têm necessariamente de recair sobre realidades ubíquas e concretizadas. Tal como qualquer outra ciência, a inferência e conjectura, se bem utilizadas, podem levar a uma postura de antever problemas e, dessa forma, criar diretrizes teóricas para eventos iminentes. Esse texto, de fato, serve de baliza para fomentar uma reflexão sobre essas questões e suas respectivas interações. Conforme se viu em outros campos, como o do Direito Penal, processual ou material, essa temática urge com mais força.

Por evidência, a abordagem aqui não é suficiente para abranger as interações e os arranjos entre o campo da *neurolaw* e a amplidão dos institutos presentes nos diversos ramos do Direito Civil, tampouco é exauriente naqueles que abeira. Cada fenômeno jurídico, a depender da abordagem e delimitação teórica, pode produzir uma pesquisa riquíssima, digna de tese e publicações em periódicos. Entretanto, a atuação científica, nesse caso, visa iniciar essas proposições e raciocínios, e, de certa maneira, revela a esperança de que se possa inspirar outros para aclarar esse campo, ainda pouco explorado nos contextos cíveis.

REFERÊNCIAS

ALMADA, L. F. A neurociência afetiva como modelo explicativo das emoções básicas. **Psicologia Argumento**, v. 32, n. 79, p. 69–77, 2014.

ANDRADE, M. A. D. de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**. Volume II. 9. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

BERTOQUE, L. A. D. P. Linguagem, neurociência e cognição: ampliando os fundamentos para o planejamento de aulas de língua portuguesa. **Polifonia: estudos da linguagem**, v. 25, p. 273–300, 2018.

BITTAR, E. C. B.; ALMEIDA, G. A. Direito, Sensibilidade e Afeto. *In*: BITTAR, E. C. B.; ALMEIDA, G. A. **Curso de Filosofia do Direito.** São Paulo: Atlas, 2015.

DENNETT, D. **Darwin's Dangerous Idea:** evolutions and the Meanings of Life. London: Penguin Books, 1995.

FERREIRA, M. S. P. **Neurodireito da memória:** a fragilidade da prova testemunhal e de reconhecimento de pessoas. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

GIACOMOLLI, N. J.; AMARAL, M. E. A. Possíveis intersecções entre neurociência e a prova pericial no processo penal: abordagem crítica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 157, ano 27, p. 247–284. São Paulo: Ed. RT, julho 2019.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro:** Parte Geral. Volume 1. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

GRIMM, C. **Dosimetria da pena utilizando redes neurais**. 2006. Monografia (Graduação em Direito) — Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006.

GROTHEER, Mareike.; HERRMANN, Karl-Heinz.; KOVÁCS Gyula. Neuroimaging Evidence of a Bilateral Representation for Visually Presented Numbers. **Journal of Neuroscience**, v. 36, n. 1, p. 88–97, 2016.

LANSLEY, C. **Getting to the truth:** a practical, scientific approach to behavior analysis for professionals. Manchester: Emotional Intelligence Academy, 2017.

LAVAREDA, A. Neuropolítica: o papel das emoções e do inconsciente. **Revista USP**, v. 90, p. 120–146, 2011.

LENCA, M.; ANDORNO, R. A. Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology. **Life Sciences, Society and Policy**, v. 13, n. 5, 2018.

MACLEAN, P. D. **The triune brain in conflict**. Bethesda: Psychother, Psychosom, 1977.

NICOLESCU, B. **O Manifesto da Transdisciplinaridade**. Triom: São Paulo, 1999.

ONIANS, J. **Neuroarthistory:** from Aristotle e Pliny to Baxandall and Zeki. London: 2007.

PEREIRA, Ana Elisabete Farinha Ferreira e Dias. **A responsabilidade no vértice das neurociências:** da neuroética ao neurodireito. 2018. Tese (Doutorado em Bioética) — Universidade Católica Portuguesa, 2018.

PEREIRA, C. M. da S. **Responsabilidade civil.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PERLINGIERI, P. **Perfis do Direito Civil:** introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PETOFT, A. Neurolaw: A brief introduction. **Iranian Journal of Neurology**, v. 14, n. 1, p. 53–58, 2015.

PRESTON, S. D.; DE WAAL, F. Empathy: Its ultimate and proximate bases. **Behavioral and Brain Sciences**, v. 1, n. 25, p. 1–20 2002.

SEMELER, A. M. R.; CARMO, J. A neuroestética como retomada da experiência estética enquanto forma de conhecimento visual. **Intuitio**, Porto Alegre, v. 4, p. 4–16, 2011.

SOUZA, F. G. de. A reparação não pecuniária do dano extrapatrimonial? Racionalidade, Efetividade e Coerência. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, v. 23, 2017.

TARTUCE, F. **Manual de responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Método, 2018.

THE Entire History of You. *In:* BLACK Mirror. Direção de Brian Welsh. Escrito por Jesse Armstrong. Realização de Netflix. Londres: Zeppotron; Channel 4, 2011. 44min, terceiro episódio da primeira temporada da série exibida pela Netflix. Acesso em: 7 jun. 2021.

VICTORINO, C. G. Uma introdução à neurofilosofia: o problema mente-corpo. **Revista da Biologia**, v. 3, p. 15–20, 2009.

ARTIGOS – DIREITO CONSTITUCIONAL

CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO: UM NOVO CONCEITO DE CRISE CONSTITUCIONAL?

Gabrielle de Sousa Silva[128]

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, ínfimo é o número de palavras e expressões que são mais encontradas no vocabulário de um brasileiro do que a palavra crise, quando se trata do nosso cenário constitucional e democrático. Muito se fala sobre ela, porém pouca é a preocupação em trazer, de fato, uma conceituação material e concreta do que esta seria. Para além, crise constitucional e ilegitimidade se tornaram sinônimos de discordância política ou ideológica, trazendo ainda mais mixórdia aos termos. A crítica genérica ao uso excessivo da expressão foi trabalhada pelo sociólogo italiano Carlo Bordoni em sua obra com Zygmunt Bauman, agregando a perda de significado a fatores econômicos:

> Qualquer acontecimento adverso, em especial os concernentes ao setor econômico, é "culpa da crise". Trata-se de uma atribuição de responsabilidade absolutamente despersonalizada, a qual liberta indivíduos de todo e qualquer envolvimento e faz alusão a uma entidade abstrata, o que soa vagamente sinistro. Isso acontece porque

128 Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e pesquisadora em Teoria Constitucional.

> algum tempo atrás a palavra "crise" perdeu seu significado original e assumiu uma conotação apenas econômica (BAUMAN; BORDONI, 2016, p. 2).

No que consistiria, afinal, uma crise constitucional? Toda violação constitucional configura-se como crise? Existem tipos diferentes de crises constitucionais?

O primeiro movimento para um esforço epistemológico costuma ser a retomada histórica. Um pequeno e rápido olhar nos permite perceber alguns elementos que costumam ser característicos das crises, a começar por seu caráter súbito e instantâneo. Tal fato não implica em alegar que seus efeitos tenham pouca duração — pois costumam perdurar por muito tempo —, também não nega que existem fatores antecedentes que contribuem para a queda do *status quo*. Não obstante, o que vem à tona e que existe no mundo material público, é a tal ruptura resultante destes fatores e geradora dos efeitos futuros. É chamado de crise por natureza, assim, o próprio ato ruptor.

O *status quo* ou estado das coisas já citado, é um outro elemento característico do que vem sendo apresentado como crise: a conjuntura pós crise precisa ser consideravelmente diferente da que era antes dela. Tal diferença não guarda necessária relação com uma quantidade mínima de elementos constitutivos da conjuntura que precisam sofrer alteração, porém, a mudança precisa ser estrutural ao ponto de tornar o estado das coisas atual irreconhecível se comparado com o anterior. À vista disso, a natureza rápida, una, imediata e terminantemente modificativa tem qualificado e formado o entendimento de crise ao longo dos anos, principalmente crises democráticas e/ou constitucionais caracterizadas pelo autoritarismo.

Inobstante, uma rápida observação ao cenário democrático mundial nos permite perceber uma tensão um tanto quanto densa, quase palpável, na compleição de conjunturas políticas de diversos países. Algo estranho paira no ar, ultrapassando os conflitos característicos de toda a disputa de narrativas na qual consiste a democracia, e a isto, muitos dão o nome de crise de fato. Sem o intuito de incorrer na mesma falha teórica e conceitual do uso excessivo do termo, este estudo pretende analisar a evolução de crises em democracias constitucionais e iniciar um esforço para entender o que seriam essas novas tensões e tendências, que transcendem o

jogo democrático conflituoso por natureza, e ao mesmo tempo não são fidedignos às rupturas que já conhecemos ao longo da história.

1. CRISE CONSTITUCIONAL: UM ESFORÇO CONCEITUAL

Conforme Jack Balkin afirma, o indício de uma crise constitucional se dá com a possibilidade austera de que a Constituição falhe em sua função central, sendo esta, a de "manter a discordância dentro dos limites da política comum, ao invés de se dividir em anarquia, violência ou guerra civil" (BALKIN, 2018, p. 147–148.). Destarte, a função medular de uma carta constitucional é manter-se; não como um texto morto e estanque, mas sim ater-se às escolhas estruturais que a instituiu e constituiu sua identificação, e proteger a si mesma de tudo que possa estorva-la de ser ela própria.

Estorvar a constituição é mais do que simplesmente violá-la. Toda constituição é composta por um *ser* e um *dever ser*, ou seja, por um caráter que expressa a realidade da decisão fundamental de um povo (SCHMITT, 1992, p. 47–48) e um caminho a seguir. Assim sendo, violar a identidade de uma constituição é mais do que simplesmente descumprir um dispositivo jurídico, mas não avançar com o projeto decidido por um povo. Levar definitivamente a constituição para caminho desviante daquele que sua identidade propôs — a partir de tomadas de poder fora dos limites descritos, desobediência declarada aos seus axiomas — é estar diante de uma crise constitucional.

Posto que uma primeira conceituação do que é a crise de fato foi feita, passemos para uma análise primária do que ela não é. Valendo-me, ainda, dos escritos de Balkin, o termo crise constitucional é constantemente usado por cidadãos quando há discordância em relação a atos de governos (BALKIN, 2018, p. 149). Tal situação não configura crise uma vez que, toda sociedade pressupõe a discordância, sendo papel da constituição, como supracitado, delimitá-la. Precipuamente, quando falamos de uma democracia constitucional, a controvérsia é uma premissa.

Para além, utiliza-se muito o termo crise para descrever situações que não passam de disputas de interpretação da lei, principalmente no que se refere a adversários políticos. Mais uma vez, tratando-se de uma democra-

cia constitucional, a mera interpretação da Constituição, de leis e de institutos de diferentes formas, por si só, não constitui uma crise, apenas constata que a democracia é um conceito em constante disputa, juntamente com os elementos que a cercam. A política democrática não permite que a simples interpretação divergente de um indivíduo visto como opositor político, carregue por si só o título de anomalia ou ameaça. É sobre o que versa Chantal Mouffe, ao tratar do termo "Democracia Agonística", que centra sua discussão na existência do conflito como pressuposto para a própria democracia existir:

> A política busca a criação da unidade em um contexto de conflitos e diversidade; está sempre ligada à criação de um "nós" em oposição a um "eles". A novidade da política democrática não é a superação dessa oposição nós-eles — que é uma impossibilidade —, mas o caminho diferente em que ela é estabelecida. O ponto crucial é estabelecer essa discriminação nós-eles de um modo compatível com a democracia. Vislumbrada a partir da óptica do "pluralismo agonístico", o propósito da política democrática é construir o "eles" de tal modo que não sejam percebidos como inimigos a serem destruídos, mas como adversários, ou seja, pessoas cujas ideias são combatidas, mas cujo direito de defender tais ideias não é colocado em questão. (MOUFFE, 2006, p. 164).

A crise como conhecemos até então, principalmente no que diz respeito à experiência constitucional latino-americana, é marcadamente aquilo que Balkin chama de "crise tipo três":

> situações em que divergências publicamente articuladas sobre a Constituição levam os atores políticos a se engajarem em formas extraordinárias de protesto para além de desacordos legais e protestos políticos: as pessoas tomam as ruas, os exércitos se mobilizam e a força bruta é usada ou ameaçada para prevalecer. (BALKIN; LEVINSON, 2009, p. 707).

As crises constitucionais, em sua maioria, caracterizam-se pela sua publicidade e sua fácil percepção, mesmo àqueles que não a reconhecem como tal. Assim dizendo, a fácil percepção da crise não diz respeito a um

olhar classificador daquele que a percebe, mas sim, a um elemento constitutivo do ato em si, de ser claro e público. Um exemplo que é, ao mesmo tempo bom e arcaico, é a gestão de Adolf Hitler na Alemanha. Não há quem não soubesse que algo grande estava acontecendo, que coisas estavam mudando e sendo feitas. Destarte, sendo assim conceituada ou não, a crise constitucional como conhecemos costuma ser cognoscível.

O que Balkin chama de crise do tipo três, Aziz Huq e Tom Ginsburg chamam de reversão autoritária. Tal conceito caracteriza-se por um "colapso rápido e grosso do autoritarismo. Pense em um golpe ou na declaração repentina de estado de emergência" (HUQ; GINSBURG, 2018, p. 83). A reversão autoritária acontece como uma transição rápida e repentina do estado democrático ao estado autoritário, e mesmo que não sejam permanentes, são completas. Assim versam Huz e Ginsburg:

> As reversões autoritárias são caracterizadas por uma mudança abrupta no tipo de regime, de democrático para autoritário e são comumente associados a golpes militares e ao uso de estados legais de emergência. Os golpes geralmente ocorrem em momentos de crise, quando os líderes militares invocam dispositivos constitucionais legitimadores para reivindicar o manto de um poder neutro e moderador. A subordinação militar dos regimes democráticos pode ser realizada através do mecanismo dos poderes de emergência. Um estudioso concluiu que a democracia constitucional só se estabelece na América Latina com uma reforma drástica desses fundamentos constitucionais de tirania (HUQ; GINSBURG, 2018, p. 83).

No próximo tópico veremos algumas vivências de momentos de crise no modelo de reversão autoritária com um recorte na América Latina.

2. CRISES CONSTITUCIONAIS COMO CONHECEMOS: RÁPIDAS PASSAGENS PELAS EXPERIÊNCIAS LATINO-AMERICANAS

O século XX definitivamente não foi um bom período para as democracias latino-americanas. Estas foram feridas, violadas e com muito

pesar, lutaram para se reerguer. Tal fenômeno marcadamente regional e político, se dá por uma série de razões, mas a principal delas é por uma herança colonialista, que gera um neocolonialismo econômico, social e cultural, uma vez que, grande parte das instituições de governos autoritários deram-se com forte influência dos Estados Unidos e por influência da guerra instaurada contra qualquer ingerência comunista. A verdade é que, a América Latina viveu períodos sombrios de instabilidade — períodos ainda não superado por determinados países, vale lembrar — por uma conflagração da qual, em tese, não fazia parte. Serviu basicamente como uma espécie de cobaia, para os regimes dominantes na Europa e Estados Unidos. Dito isso, vamos às vivências.

Uma primeira experiência a ser descrita é o golpe militar do Chile, em 1973. O ex-presidente Salvador Allende realizava uma série de reformas de base, como a agrária e a estatização de empresas, principalmente as mineradoras, e de bancos (AGGIO, 2008, p. 74). Eleito por apenas 36% dos votos, assumindo ainda uma governabilidade difícil, a existente insatisfação, independentemente de legitimidade, era clara, o que contribuiu para a instabilidade e conspiração para a reversão autoritária.

Sumarizando, em 1973, com a renúncia do até então Comandante Chefe do exército chileno, Carlos Prats, por se recusar a instaurar um golpe de estado, Augusto Pinochet assume o cargo, liderando assim uma tropa que, no dia 11 de setembro, bombardeou e tomou a sede da Presidência da República do Chile, o *Palacio de La Moneda*, instaurando assim, a tomada de poder pelas forças militares chilenas, resultando na morte de Salvador Allende, que, até os dias hodiernos, divide opiniões sobre as causas. Caracterizado como um período de intensa violação aos direitos humanos a ponto de ter sido condenada pela comissão de Direitos humanos das Nações Unidas em 1977 pelo tratamento com os presos políticos, o governo de Pinochet se caracterizou como uma ditadura pessoal, realizada através de decretos inconstitucionais, dando a si mesmo e às forças militares e partidos conservadores mais autonomia e poder.

O descrito resultou, em 1980, em uma nova Constituição, com trâmites de plebiscito e referendo completamente questionáveis, uma vez que, o alto número de votos no referendo gerou diversas desconfianças, dada a situação em que o país se encontrava, com muitos exilados, presos políticos, com difícil acesso à informação aos movimentos

de oposição, e principalmente, sem registro formal ou fiscalização ao ato eleitoral. A constituição promulgada em 1980, de caráter autoritário, dava ao Pinochet o poder de continuar na Presidência do Chile por mais 8 anos.

Percorrendo o caminho até a América Central, falemos da Guatemala, que protagonizou o primeiro golpe dado pela Agência Central de Inteligência (CIA) na América Latina. Com medo de uma aparentemente "ameaça soviética" com os feitos do até então presidente democraticamente eleito Jacob Arbenz, precipuamente no que diz respeito à reforma agrária, uma vez que distribuiu terras não utilizadas aos camponeses. Vejamos um relato mais descritivo dado por Soledad Loaeza:

> El 17 de junio de 1954, tropas rebeldes guatemaltecas cruzaron la frontera hondureña con su país bajo la dirección del coronel Carlos Castillo Armas. Tuvieron el apoyo del embajador Peurifoy; y de una guerra psicológica orquestada por la cia, que consistió en hacer creer a los guatemaltecos que la operación estaba respaldada por numerosos refuerzos militares. El ejército temeroso de una invasión de tropas estadounidenses, abandonó a Árbenz. El 26 de junio la prensa informó que el presidente de Guatemala había renunciado y que había pedido asilo para él y su familia en la embajada mexicana. (LOAEZA, 2016, p. 768–769).

A reversão autoritária na Guatemala diferencia-se da que aconteceu no Chile, pois apesar daquela ter um ato de tomada de poder repentino, esta se deu de modo mais gradual, a partir de investimentos dos Estados Unidos nas forças armadas da Guatemala visando o golpe de Estado. Nada obstante, a gradação não descaracteriza seu elemento "repentino", uma vez que todo ato repentino requer planejamento antecedente. Logo, o caráter instantâneo da reversão se encontra no ato completo da tomada de poder para aplicação do caráter autoritário.

Não há como findar este trajeto sem falar de nós. A experiência brasileira com a reversão autoritária mais afamada, apesar de nem sempre ser reconhecida como tal, é a ditadura-civil militar de 1964. Assim como os cenários supracitados, caracterizou-se com a destituição de um presidente visto como reformista, João Goulart. Nas palavras de Marcos Napolitano:

> O regime democrático e constitucional que, por sua vez, nascera de um golpe militar contra o Estado Novo de Getúlio Vargas, caia diante de outro golpe contra um dos herdeiros do getulismo em sua fase dita "populista-democrática". O esboço de uma política reformista, calcada em três estratégias — a nacionalização da economia, a ampliação do corpo político da nação e a reforma agrária — seria substituída por um regime militar anticomunista e anti-reformista, pautado por uma política desenvolvimentista sem a contrapartida distributivista. (NAPOLITANO, 2011, p. 210) .

A conjuntura que confirma a ingerência na América Latina de guerras de interesses estadunidenses, é a percepção de que o governo militar não teve uma constância ou uma ideologia fechada e característica. O ponto em comum dos governos militares no período da ditadura foi o "anticomunismo e a rejeição à política de massas [...] Estes dois princípios conviviam com a obsessão pelo desenvolvimento industrial e superação do subdesenvolvimento de forma associada ao capital multinacional" (NAPOLITANO, 2011, p. 210). À vista disso, não havia muita coesão no discurso político.

Foram diversas as violações constitucionais no referido período ditatorial, que, para além do ultraje próprio de um golpe de estado, promulgou uma constituição sob pressão dos militares que instituiu o regime militar, concentrou a maior parte do poder no Executivo, estabeleceu eleições indiretas para presidente e com muita lacuna para censuras posteriores a partir de leis. Dispensando mais detalhes despropositados e repetitivos, dada a riqueza da história que também se constitui como um conceito em disputa, o Brasil é um exemplo claro de reversão autoritária, por possuir todos os critérios de instantaneidade, violação clara a constituição e instauração de regime antidemocrático.

O passeio pelas rupturas constitucionais dos países aludidos faz-se mister para o entendimento de como as violações constitucionais vêm acontecendo na experiência latino-americanas principalmente no século XX. Não obstante, o objeto deste trabalho está em demonstrar que, ao longo do tempo, tais reversões e crises como conhecemos podem estar obsoletos.

3. INOCUIDADE DAS REVERSÕES AUTORITÁRIAS E O NOVO CENÁRIO

Os episódios de reversão autoritária foram tão comuns e alastrados por toda a América Latina que pode-se atribuir grande êxito ao movimento. Nada obstante, ao mesmo fato pode ser imputado seu sucesso e sua ruína, uma vez que, a experiência amplamente disseminada implicou na perspicácia dos cidadãos. Fazendo uso da experiência Alemã, temos o conceito de democracia militante, desenvolvida por Karl Loewenstein na década 30 para caracterizar os regimes que ativamente elaboram medidas para defender-se de regimes totalitários (LOEWENSTEIN, 1937, p. 417–432). O conceito foi definido diante do capítulo traumático que aconteceu na Alemanha de Adolf Hitler. Apesar dos elementos culturais, sociais, econômicos e políticos serem diferentes, o conceito de democracia militante demonstra uma característica sagácia, uma esperteza em um período pós autoritarismo, que leva à sua dificuldade de se instaurar novamente. Lamentavelmente, a forma que a afirmação resta provada, não se deu em virtude de claro posicionamento ativo por parte dos cidadãos em sua maioria, mas sim, pelos novos métodos e tentativas de violações constitucionais que vêm ocorrendo a partir de uma ciência por parte dos atores políticos. Fato é que, como o próprio conceito de democracia militante afirma, os processos de redemocratização e as constituições promulgadas em um contexto pós autoritarismo consideraram veementemente os ocorridos e passaram a postular sua proteção em seu texto constitucional. Não obstante, na mesma ou em maior velocidade em que a população vinha tomando maior consciência sobre a lógica das reversões, os atores políticos que outrora protagonizaram as rupturas, se organizavam de forma diferente, e ao meu ver, de uma forma ainda mais perigosa, não por *expertise* própria, mas pelos novos impedimentos destas constituições e pela probabilidade de que uma ação mais lenta e sutil seja bem-sucedida. É como versa Alessandra Pearce Monteiro:

> Atualmente, contudo, nenhum dos partidos rotulados como extremistas se declaram contrários ao pluralismo e alternância de poder do sistema democrático, mas tão somente a valores da democracia material, como a igualdade de cidadania entre nativos e imigran-

> tes e uma maior distribuição social das riquezas. Uma vez que os partidos extremistas atuais não colocam em risco a manutenção da democracia como regime de governo, os argumentos da "legítima defesa da democracia" não são mais suficientes para justificar o banimento de partidos políticos, já que o sistema democrático em si não está sendo ameaçado. (MONTEIRO, 2015, p. 13).

Logo, as já chamadas antigas formas de violações constitucionais têm se tornado cada vez mais arcaicas por conta da quantidade de vezes que foram instituídas, trazendo um senso de esperteza em relação às mesmas para os cidadãos, levando-os a atentar-se para as vivências e considerá-las em seus processos de redemocratização. Assim, dá-se início a um novo movimento, em tese com os mesmos objetivos, mas estrategicamente diferente, de agir dentro dos limites formais e aparentes da constituição. Em detrimento das reversões constitucionais que vimos até agora, Huq e Ginsburg chamam tais estratégias de retrocesso constitucional:

> [...] nem todo recuo é repentino ou completo. A existência de formas mais sutis de erosão institucional requer um conceito discreto. Empregamos o termo "retrocesso constitucional" para capturar uma decadência mais incremental (mas basicamente substancial) em três predicados básicos da democracia — eleições competitivas, direitos liberais de expressão e associação, e o estado de direito adjudicatório e administrativo necessário para que a escolha democrática prospere. O retrocesso exige mudanças simultâneas nesses predicados democráticos. Na prática, é diferente da reversão porque ocorre mais lentamente através de um acúmulo de mudanças graduais, cada uma delas talvez inócua ou até mesmo justificada isoladamente [...] O ponto final modal desse retrocesso é um regime híbrido que não é democracia pura nem autocracia sem restrições, mas inclui elementos de ambos. (HUQ; GINSBURG, 2018, p. 83–84).

O termo "retrocesso" tira da nomenclatura a ideia de algo abrupto e grandioso, quase acabando com a sua glória. Não obstante, carrega consigo a sensação de algo lento e mais sutil. Para além, não traz mais consigo a ideia de completa instituição de novo regime, mas sim, de algo que caminha para trás paulatinamente.

É a partir desse entendimento que Balkin, por sua vez, contrastando seu conceito de crise constitucional, apresenta o que seria a degradação ou o apodrecimento constitucional:

> O apodrecimento constitucional é um processo de decadência nas características do nosso sistema de governo que a mantém como uma república democrática saudável, e conforme este ocorre, o nosso sistema se torna simultaneamente menos democrático — porque o poder do estado se torna menos sensível à opinião popular e vontade popular — e menos republicano, porque os representantes não se dedicam mais a promover o bem público; em vez disso, eles buscam se manter no poder e agradar um conjunto relativamente pequeno de indivíduos e grupos poderosos. [...] a ideia de "crise" refere-se a um momento crucial no tempo, geralmente bastante breve onde o sistema constitucional ou será minado ou reconstituído com sucesso. O apodrecimento constitucional geralmente é um longo e lento processo de mudança e debilitação, que pode ser o trabalho de muitas mãos ao longo de muitos anos. (BALKIN, 2018, p. 151).

De forma diversa das reversões e atos de crises — enquanto momento ou ameaça de tomada de poder e instauração de novo regime —, independentemente de nomenclatura, resta provado que as novas estratégias são muito menos escandalosas e carregam consigo sutileza. Esta que, por sua vez, caracteriza-se pelo papel central que a legalidade ocupa na degradação constitucional, vide que, a grande estratagema da qual os atores utilizam-se hoje para violar a constituição é fazendo isso com sua aparente permissão. Logo, o ato de apodrecer a democracia constitucional se materializa na série de feitos mascarados por ela que minam pouco a pouco a sua identidade, e diante deles, os mecanismos da democracia militante, por mais seguros que pareçam ser, são insuficientes.

4. CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO: APRESENTAÇÃO DA POSSÍVEL SUBSTITUIÇÃO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA

De todas as conceituações, a que mais condiz com o objeto do presente trabalho, é o que David Landau chamou de constitucionalismo abusivo. Em suas palavras:

> O constitucionalismo abusivo envolve o uso dos mecanismos de mudança constitucional — emenda constitucional e substituição constitucional — para minar a democracia. Enquanto os métodos tradicionais de derrubada democrática, como o golpe militar, estão em decadência há décadas, o uso de ferramentas constitucionais para criar regimes autoritários e semi-autoritários é cada vez mais prevalente. [...] Ao me referir aos mecanismos de mudança constitucional, concentro-me aqui nos métodos formais e não informais de mudança — emenda constitucional e substituição constitucional (LANDAU, 2013, p. 189).

Na mesma orientação dos institutos supracitados, o constitucionalismo abusivo é cético quanto às rupturas constitucionais que desafiam com clareza a ordem constitucional, desde o seu pináculo nas décadas últimas do século XX, e, por sua vez, chama para o centro o próprio constitucionalismo, afirmando que, o perigo que tem sido apresentado ocorre dentro dos parâmetros entendidos como constitucionais. À vista disso, não se fala mais de grandes rupturas, quedas ou grandes tomadas de poder. Não há uma recusa clara em obedecer à constituição, contrariamente, há presente no discurso um suposto respeito e uma suposta aderência. Não se pretende mais, aprioristicamente, fazer uma nova carta constitucional, mas sim, valer-se daquela que vigora.

A única maneira pela qual o constitucionalismo abusivo apresenta-se como um perigo para as democracias frágeis e receosas que, ao redor do mundo, passaram por regimes autoritários, é a utilização das antigas formas para legitimação destas. Não há aqui, as características daquilo que outrora causou as reversões autoritárias; em oposição, há atores políticos valendo-se da democracia, utilizando-se, ainda, das antigas experiências para erradicar qualquer alegação de que a pretensão continua sendo a mesma. É, sobretudo, uma retroalimentação. Para além, a preleção de tais atores com tendências autoritárias costuma ser em nome da permanência do regime constitucional, utilizando-se da constituição como uma ferramenta legitimadora para destituir sua identidade.

As estratégias do constitucionalismo abusivo não residem em, apenas, utilizar de suas antigas técnicas e do medo criado por elas para se manter, assim dizendo; não crescem apenas por heranças negativas,

mas, sim, pelas próprias características atuais das democracias pós-regimes ditatoriais. Um grande exemplo disso é a centralidade das instituições, e no que tange a esse abuso constitucional, essas são basicamente a razão-de-ser das técnicas violadoras. Com a redemocratização, as instituições ganharam muita autonomia nos regimes ao redor do mundo uma vez que, estas garantem em tese, maior descentralização e fiscalização. Para governos receosos com autoritarismo, a confiança nas instituições permitiu que estas se estabelecessem de maneira rápida e fossem mais vistas como símbolos de legitimidade. Assim sendo, com a constituição sendo a carta maior de regência para a vida em sociedade e instituições, as responsáveis por sua interpretação, a constituição passou a ser mais do que está escrito, mais que uma letra, não obstante, tornou se aquilo que dela se interpreta. A interpretação da carta magna ganha grandeza para além das discussões de hermenêutica constitucional ou até mesmo mutação constitucional, mas sim, passam a ser sobre o que constitui de fato, sua identidade.

Tal fenômeno institucional e interpretativo traz, de certa maneira, uma grande oportunidade para os atores do constitucionalismo abusivo, uma vez que seus atos não necessariamente precisam contrariar explicitamente o texto constitucional, mas sim, utilizá-lo ao seu próprio interesse. É o que Richard Albert afirma ao trabalhar a possibilidade de normas não escritas mudarem constituições codificadas:

> Uma mudança informal ocorre onde o significado concretizável da constituição muda sem que se altere o texto constitucional, e um desses exemplos é através da interpretação judicial [...] Costumes constitucionais também podem alterar constituições escritas [...] Em um regime textual, o que resulta de um informal entrincheiramento do costume constitucional é um novo significado constitucional sem uma nova constituição escrita. (ALBERT, 2016, p. 11–12).

Isso não significa que as instituições mereçam ceticismo simplesmente por sua existência, uma vez que podem ser peças-chave para a boa manutenção de um sistema constitucional democrático; mas podem ao mesmo tempo, ser peças-chave para sua destruição, a depender do intento.

Sumarizando, o presente trabalho propõe a hipótese de que o maior perigo para as democracias tão instáveis e custosas da América Latina é a prática sutil e lenta do constitucionalismo abusivo.

O conceito de constitucionalismo abusivo não é incompatível ao de crise constitucional, ao passo que podem também não estar relacionados. O constitucionalismo abusivo pode ter o fim em si mesmo, de não almejar uma tomada de poder, mas de transformar constituições democráticas em regimes cada vez menos democráticos e constitucionais para seus próprios interesses — podendo vir a culminar em uma crise e, logo após, em uma derrubada definitiva ou não. Para além, há algo de proveitoso em não gerar uma ruptura, pois os atos sutis do constitucionalismo abusivo, pela aparência de legalidade, tendem a gerar governos mais duradouros.

4.1 A MATERIALIZAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO: UM ESFORÇO PRÁTICO

A identidade de certa constituição é um empreendimento difícil. Compreender os limites materiais e formais, explícitos e implícitos de uma constituição e elencar aqueles que são estruturais acaba se tornando um esforço ímprobo e a discussão exige um enfretamento para além dos limites deste trabalho. Não obstante, trazendo para o centro da análise a Constituição Federal de 1988, temos um bom caminho inicial: as cláusulas pétreas. A identidade constitucional de uma Carta Magna é definitivamente mais do que cláusulas petrificadas, mais até do que o texto literal e não é pretendido aqui reduzir o debate, apenas traçar uma linha na qual seja possível partir de algum ponto para demonstração prática do constitucionalismo abusivo. Assim sendo, tomemos como ponto de partida neste estudo, as cláusulas pétreas.

No artigo 60, §4º da CRFB/88 estão elencadas as cláusulas pétreas, sendo elas: a forma federativa de estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação de poderes e os direitos e garantias individuais. Logo, a CRFB/88 protege estes institutos de qualquer proposta de emenda constitucional que tenda à sua abolição. Uma proposta de emenda constitucional querendo atentar contra alguma das cláusulas ou um golpe de estado que outorgasse uma nova constituição seriam atos características das rupturas e reversões que vimos ao longo deste trabalho.

Os atores que agem a partir do constitucionalismo abusivo, porém, costumam fazer uso do que Mark Tushnet (2018, p. 523) chama de jogo duro constitucional. Constituições democráticas necessitam de mais do que uma obediência às formalidades legais, mas uma subordinação a práticas limpas que não estejam flertando sutilmente com limites constitucionais, e isto se expressa quando a práxis constitucional apesar de permitida pela Carta, desvia do que é publicamente esperado e praticado na interpretação ou atuação da mesma. Jack Balkin (2018, p. 159) dá o exemplo, nos EUA, da demissão de James Comey, ex-diretor do FBI, por Donald Trump, quando este era alvo de investigações pela instituição. É uma prerrogativa legal do presidente estadunidense demitir o diretor do FBI, porém, a maneira e o momento ensejam dúvidas acerca de suas motivações, questionando assim a legitimidade do ato e suas implicações democráticas.

No Brasil, seguindo a linha das cláusulas pétreas, vejamos alguns exemplos do que seria o jogo duro constitucional na prática do constitucionalismo abusivo. Usando como parâmetro a separação de poderes, qualquer incitação popular por parte de um Poder que tenha como objetivo a guerra contra uma instituição pertencente a outro poder, quando ultrapassa as críticas atinentes a própria democracia, e em nome desta, acaba por enfraquecer seu poder institucional e tornar seu funcionamento cada vez mais dificultoso. Para além, exonerações e nomeações em órgãos de fiscalização com amplos indícios de interesses pessoais configuram um governo cada vez mais pertencente a um poder apenas. A grande argúcia está em buscar agir a partir de meios oficiais e legais para desvigorar a democracia.

Um outro alvo fácil para enfraquecimento constitucional é o jogo duro na interpretação e prática de direitos e garantias individuais. Como supracitado, toda constituição é composta por um *ser* e um *dever ser*, que expressa a realidade de uma sociedade e o caminho que esta deseja seguir. Quando um direito individual como igualdade vem sendo interpretado a partir de um viés progressivo, de ampliação e alargamento, refletindo o ensejo constitucional, e tem sua prática freada para uma visão cada vez mais restritiva — sem negar sua validade — o projeto constitucional caduca em suas pretensões; o instituto "igualdade" permanece formalmente no texto constitucional, mas com seu significado transformado.

CONCLUSÕES

Este trabalho não buscou trazer uma resposta taxativa àquilo que pode estar acontecendo. Não obstante, busca teorizar algo que não é comumente discutido no Brasil e apontar um caminho. Como um soldado, que estuda um território e adquire todos os conhecimentos individuais e coletivos possíveis, a discussão sobre os meios revestidos de legalidades de constitucionalismo abusivo exigem mais do que a leitura do texto constitucional, mas de como a identidade constitucional vem sendo aplicada por instituições e atores políticos e como o antigo conceito de crise constitucional, como única forma de autoritarismo e totalitarismo, pode estar obsoleto.

A constituição exige compromisso, e o compromisso com ela é o compromisso com um povo. Não se luta pelo que não se conhece, e mais vale errar nas tentativas de proteção, do que assistir a um desmantelamento dos direitos individuais e de pressupostos básicos de Estado que custaram o sangue de muitas e muitos ao longo da história, de maneira tão sorrateira.

O intuito central deste levante é chamar a atenção para a discussão dos intérpretes rotineiros; a comunidade que todos os dias interpreta a constituição na prática do exercício de direitos, deveres e organização social e política, dando a ela, vida. A esta comunidade, cabe atenção e defesa da constituição que é construída diariamente, contra todo e qualquer abuso, seja em forma de ruptura ou de atos revestidos de legalidade, a constituição democrática resiste.

REFERÊNCIAS

AGGIO, Alberto. O Chile de Allende: entre a derrota e o fracasso. *In:* FICO, Carlos *et al.* (org). **Ditadura e democracia na América latina: balanço histórico e perspectivas.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.

ALBERT, Richard. Como normas constitucionais não escritas mudam Constituições escritas. **Revista Publicum**, v. 2, n. 2, 2016. Disponível em: http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum. Acesso em: 21 ago. 2018.

BALKIN, Jack M. Constitutional Crisis and Constitutional Rot. *In:* GRABER, Mark; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. (org.). **Constitutional Democracy in Crisis?** Nova York: Oxford University Press forthcoming, 2018.

BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. Constitutional Crises. **U. Pa. L. Rev. 707**, 2009. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol157/iss3/1. Acesso em: 5 set. 2018.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de Crise**. Tradução de Renato Aguiar. 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

HUQ, Aziz Z.; GINSBURG, Tom. How to Lose a Constitutional Democracy. **UCLA Law Review**, v. 65, paper n. 642, Forthcoming, U of Chicago, Public Law Working. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2901776. Acesso em: 11 set. 2018.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **47 UC Davis Law Review 189**, paper n. 646, FSU College of Law, Public Law Research, 2013. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2244629. Acesso em: 16 set. 2019.

LOAEZA, Soledad. La fractura mexicana y el golpe de 1954 en Guatemala. **Historia mexicana**, Ciudad de México , v. 66, n. 2, p. 725–791, 2016. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S244865312016000200725&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 26 nov. 2020.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights. **The American Political Science Review**, 31, n. 3 p. 417–432, 1937. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1948164. Acesso em: 7 ago. 2019.

MONTEIRO, Alessandra Pearce de Carvalho. **Democracia militante na atualidade:** o banimento dos novos partidos políticos antidemocráticos na Europa. 2015. Dissertação (Ciências Jurídico-políticas/ Menção em Direito Constitucional) — Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2015.

MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista de Sociologia e Política**, n. 25, 2005. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/7071. Acesso em: 28 out. 2018.

NAPOLITANO, Marcos. O golpe de 1964 e o regime militar brasileiro. Apontamentos para uma revisão historiográfica. **Contenporánea: Historia y problemas del siglo XX**, Uruguai, v. 2, 2011.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1992.

TUSHNET, Mark V., Constitutional Hardball. **37 J. Marshall L. Rev. 523**. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=451960 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.451960. Acesso em: 6 set. 2021.

CONFLITO ACERCA DE DOIS DIREITOS CONSTITUCIONAIS: O DIREITO DO AUTOR E O DIREITO À CULTURA E AO CONHECIMENTO

Catia Martins Gonçalves[129]

INTRODUÇÃO

O direito autoral é uma matéria que não tem um limite de abrangência, sendo muito fácil estabelecer uma conexão entre o direito autoral e qualquer atividade laboral, sejam elas artísticas, culturais, científicas e industriais. Assim, tal direito ganhou e tem ganhando uma importância ainda maior considerando o ambiente digital e todas as possibilidades que a internet e as inúmeras plataformas têm trazido. Cada vez mais as pessoas têm produzido obras intelectuais e migrado estas obras para o ambiente virtual, de maneira que o direito autoral só tem aumentado sua relevância e importância na atualidade.

Desse modo, é compreensível que o direito autoral seja controvertido, pois lida basicamente com a imaterialidade, característica da propriedade intelectual e de fácil propagação em meio virtual.

129 Advogada e graduanda em Administração Pública (UFF). Participante do Núcleo de Estudos e Pesquisa sobre Direito e Diversidades: Gênero, Etnia, Raça, Religião e Etnomúsica (NEPEDDE), da Mackenzie Rio. Frequentadora do Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos e Transformação Social (GPDHTS) da UNIRIO.

O presente trabalho tem por propósito examinar, a partir do posicionamento dos doutrinadores brasileiros e da Constituição Federal, se há conflito entre o direito autoral e o direito à cultura e ao conhecimento. Ainda, como objetivo secundário, pretende-se examinar, na ocorrência do conflito, qual direito se sobrepõe: o direito autoral ou o direito à cultura e ao conhecimento.

É de se esclarecer que não se objetiva esgotar o estudo do tema, mas apenas chamar atenção dos estudiosos do direito autoral, considerando a insuficiência de textos específicos sobre este assunto.

Esta pesquisa buscará confirmar a seguinte hipótese: No ordenamento jurídico brasileiro existe sim o conflito entre o direito autoral e o direito à cultura e ao conhecimento; e o direito autoral se sobrepõe ao direito à cultura e ao conhecimento.

Utilizando-se da metodologia de pesquisa bibliográfica, a partir do posicionamento dos doutrinadores brasileiros, objetivou-se examinar se há conflito entre o direito autoral e o direito à cultura e ao conhecimento.

Justifica-se este trabalho pela importância do direito autoral e do direito ao conhecimento e à cultura — todos eles expressos na Constituição Federal, em face do aparente conflito entre tais direitos.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O possível conflito existente entre o direito de propriedade do autor perante sua obra e o direito à cultura e ao conhecimento pela sociedade, aflige os debates jurídicos, tanto no cenário nacional quanto até mesmo no cenário internacional.

O direito autoral encontra-se garantido no artigo 5º, inciso XXVII e XXVIII da Constituição Federal da República Federativa do Brasil (CFRB/88), recebendo status de direito fundamental, e o direito à cultura e acesso a esta por parte da sociedade também é resguardado na CFRB/88 em seu artigo 215.

A revolução tecnológica e, principalmente, o advento da internet, fizeram com que o sistema de proteção autoral fosse desafiado pelo compartilhamento da cultura e da informação pela sociedade, que se espalham ao redor do mundo inteiro de maneira acessível, democrática e rápida.

O direito autoral é um ramo da ciência jurídica que protege o autor e suas obras intelectuais, as obras que são produzidas pelo intelecto humano, pela engenhosidade humana e são exteriorizados por qualquer meio, sendo fixadas em suporte tangível ou intangível. Esse direito protege o autor e suas obras intelectuais.

Considerando o Brasil como um grande potencial criativo, o direito autoral só se reafirma como um ramo muito importante da ciência jurídica, até mesmo porque todos nós somos, em alguma medida, autores de obras intelectuais, seja em nível profissional, seja em uma atividade complementar à nossa profissão ou mesmo de forma amadora em momento de lazer.

Na ordem infraconstitucional, a Lei ordinária de Direitos Autorais (Lei n.° 9.610 de 1998) dispõe os pormenores e as regras para garantia desse direito.

Conforme Paesani (2014), o conceito clássico de direito autoral se vincula ao próprio íntimo do autor da criação, tendo por objeto a própria ideia e caracterizado pela temporalidade da proteção que lhe é conferida, porém, encontra limite no direito da coletividade de gozar livremente da criação artística, científica ou técnica do autor.

Ainda conforme a autora, trata-se de um direito fundamental por guardar uma relação estreita com a dignidade da pessoa humana, que deriva da sistemática do direito francês por ter um olhar muito mais preocupado com a figura do autor. A obra é vista como um desdobramento da personalidade do autor, da pessoa que dedicou tantos aspectos da sua vida para que a obra nascesse (PAESANI, 2014).

Por outro lado, o direito ao conhecimento e à cultura que permeiam a função social tão buscada na Constituição de 1988 (Constituição Cidadã), demanda repensar maneiras de como adaptar a lei autoral à realidade deste século, uma vez que não é possível negar o direito constitucional de cultura e conhecimento à sociedade.

DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E DO DIREITO AUTORAL

A propriedade intelectual é gênero do qual a propriedade industrial e direito autoral são suas duas espécies. A propriedade industrial protege

o direito de invenção, o modelo de utilidade, o desenho industrial e a marca. Nesse caso, o registro torna-se imprescindível e constitutivo, ou seja, para a obra ser finalizada ela precisa de um registro com todas as formalidades exigidas.

O presente trabalho pretende explorar o direito autoral, portanto, não irá se debruçar sobre a propriedade industrial, deixando meramente aqui o seu conceito.

O direito autoral cuida de obras estéticas produzidas pelo intelecto humano, obras que não têm o compromisso de serem utilitárias; estas também não têm o objetivo de serem inéditas e são eminentemente estéticas. O importante nessa classificação é que a obra seja efetivamente original e criativa, uma transposição da intelectualidade e criatividade do autor. O Registro é eminentemente declaratório.

Para Menezes (2007), o objetivo do direito autoral é proteger o vínculo do criador com sua obra, bem como possibilitar a obtenção de frutos econômicos derivados da exploração comercial de suas obras.

HISTÓRICO DO DIREITO DO AUTOR

Os direitos do autor são decorrência da Modernidade. Apesar de o homem ser naturalmente um criador, um inventor, foi somente depois de um longo decorrer histórico, após o Renascimento, que os direitos autorais foram inseridos nos sistemas legislativos ao redor do mundo (BARROS, 2007).

Conforme Tenório Filho (2017), foi com a criação da imprensa que os direitos autorais começaram a se delinear na sociedade. A invenção da impressão gráfica com tipos móveis, na metade do século XV, tornou possível a grande capacidade de reprodução de um mesmo texto, produzindo livros em séries e a custos mais baixos. Tal invenção introduziu a forma moderna de impressão, possibilitando a divulgação e a cópia mais rápida de livros e jornais. Dessa maneira, houve um aumento considerável na quantidade de livros publicados na Europa e, consequentemente, na disseminação do conhecimento e do aprendizado.

Essa disseminação do conhecimento não foi bem recebida pela Igreja e pelas monarquias, os detentores de poder à época. Visando o controle do material publicado em seus domínios, o rei da Inglaterra outorgou, em

1557, o direito de exclusividade para publicação de livros a uma espécie de corporação de ofício dos editores e livreiros ingleses. Esse direito foi chamado de *copyright*, direito à cópia. Através da concessão deste monopólio, o poder real passou a dispor de um importante mecanismo de censura às ideias contrárias ao seu governo. Nasce, então, o sistema de direito autoral *copyright*.

No entanto, esse monopólio causou insatisfação nos autores e, em 1964, a Inglaterra se viu obrigada a extingui-lo, bem como a censura ao material impresso. Em meados de 1710 foi promulgada a primeira lei que versava sobre os direitos autorais propriamente ditos, o *Statue of Anne* (Estatuto da Ana) ou o *Copyright Act*. Esta lei instituía que, para haver a edição dos livros, seria necessário comprar dos autores seus direitos sobre a obra.

O outro grande sistema do direito autoral surge na França, no tempo da Revolução Francesa. É nesse país que primeiro se desenvolve um sistema de proteção ao autor propriamente dito. Segundo esse sistema, o autor teria sobre sua obra o direito de propriedade, colocando o direito do autor no ramo dos direitos reais. No entanto, percebeu-se que a utilização apenas do direito de propriedade era insuficiente para assegurar ao autor todas as garantias sobre sua obra. Dessa maneira, surgiram teorias que incluíam o direito autoral entre os direitos de personalidade, reconhecendo nas obras criadas uma extensão da personalidade de seus criadores, o que resultou na consagração dos conhecidos direitos morais do autor.

Já em 1886, em Berna, na Suíça, ocorre a Convenção de Berna, considerada um marco para o desenvolvimento dos direitos relativos ao autor, com a adoção constitucional no âmbito jurídico de vários países.

Nesse percurso histórico, é realizada, em 1952, a Convenção de Genebra — conhecida como Convenção Universal sobre Direitos de Autor —, cujo objetivo principal foi adequar as duas correntes: a francesa, que prioriza os direitos de autor, e a anglo-saxã, que se baseia no *copyright*.

A criação de normas internacionais para a proteção dos direitos do autor se tornou atividade constante com o avanço tecnológico. Dessa forma, as disposições criadas em convenções internacionais fizeram gerar um direito recíproco mundial que visa dar a mesma proteção legal, em qualquer país participante de determinado convênio, para um titular de uma obra, tal como se estivesse em seu próprio país, respeitadas algumas diferenças legislativas próprias.

BREVE HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO AUTORAL BRASILEIRA

Conforme Proner (2010), desde os tempos do Brasil colônia, o país permaneceu por longo período no regime dos privilégios de impressão e de defesa dos direitos autorais. Segundo a autora, a proteção foi regulamentada juridicamente em 1827, com a Lei de Criação das Faculdades de Direito de Olinda e São Paulo, por meio da qual os mestres nomeados deveriam encaminhar às Assembleias Gerais os seus compêndios das matérias que lecionavam, a fim de receberem ou não aprovação, com a qual gozariam do privilégio de sua publicação por dez anos.

Ainda segundo Proner (2010), com a promulgação do Código Criminal, em 1830, surgiu a primeira regulamentação geral da matéria, embora suas normas se limitassem a proibir a falsificação e a reprodução de obras compostas ou traduzidas por cidadãos brasileiros durante suas vidas — e por mais dez anos após sua morte, caso deixassem herdeiros.

O primeiro Projeto de Estatuto Civil, idealizado por Aprígio Guimarães, era composto por oito artigos que garantiam a propriedade intelectual aos autores brasileiros, estendendo-se a proteção *post mortem* por 30 anos. Esse e outros projetos deram origem à expansão da matéria de direitos autorais no Brasil. Já em 1889, o Brasil votou a Convenção de Montevidéu, bem como celebrou acordo com Portugal (introduzido no ordenamento pátrio por meio do Decreto n.° 10.353), garantindo os direitos intelectuais nacionais aos autores do outro país.

A regulamentação e a garantia dos direitos autorais civis, positiva e com amparo constitucional, deram-se a partir da promulgação da primeira Constituição Republicana, em 1891. Somente a partir dessa data é que a defesa dos direitos autorais passou a fazer parte do cenário jurídico nacional como um direito exclusivo e patrimonial dos autores.

Em 1896, a garantia constitucional foi pulverizada com a Lei Medeiros de Albuquerque, que teve vigência até a chegada do Código Civil de 1917, que regeu a matéria até o ano de 1973, quando surgiu a Lei n.° 5.988, instituindo o Conselho Nacional de Direitos Autorais e o Escritório Central de Arrecadação de Direitos Autorais.

No ano de 1998 surge a Lei Autoral n.° 9.610, tratando especialmente da matéria e deixando o Código Civil, revisado em 2002, como lei genérica de direito privado.

Conforme Barbosa (2010), por força da atual Lei de Direito Autoral n.° 9.610, a propriedade intelectual pode então ser compreendida como a soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, interpretações dos artistas intérpretes e execução dos artistas executantes, fonogramas e emissões de radiodifusão, invenções em todos os domínios da atividade humana, descobertas científicas, desenhos e modelos industriais, marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como firmas comerciais e denominações comerciais, proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.

O direito de autor é consagrado como direito absoluto, indisponível e hereditário, participando do rol de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, impossibilitando a supressão de tal garantia por lei ordinária e permitindo a interpretação constitucional em caso de ponderação de direitos.

Tomando como ponto de análise o acesso à cultura, a atual legislação brasileira tem sido considerada restritiva e desatualizada em relação às necessidades de acesso à cultura e ao conhecimento. O modelo regulatório autoral deveria garantir aos criadores o legítimo retomo pelo bem-estar que propiciam à sociedade, identificando que existem desequilíbrios: a diferença de poder econômico entre criadores e investidores; a perda de controle das obras pelos seus próprios criadores; a insatisfação geral com a repartição das receitas e benefícios.

O desafio, em caso de uma atualização na Lei de Direitos Autorais, reside em combinar a legítima proteção aos autores (inclusive no que concerne à melhor remuneração destes) e as inúmeras oportunidades de convergência tecnológicas, que favorecem o sistema nacional de propriedade intelectual moderna, promovendo assim uma sociedade menos desigual no acesso à cultura e ao conhecimento.

Há, portanto, a necessidade de se debater a modernização do sistema legal e o fortalecimento do poder público na supervisão e promoção do equilíbrio principiológico necessário à proteção e à efetividade dos direitos econômicos do autor e do editor, bem como dos direitos constitucio-

nais e coletivos da sociedade, que é constituída, em última instância, pelos consumidores das obras intelectuais. Torna-se necessário rediscutir temas como domínio público, limitações e exceções, novas formas de licenciamento, medidas tecnológicas de proteção, gestão coletiva de direitos, modelos de cessão e transferência de direitos patrimoniais, direitos autorais coletivos de grupos étnicos e populações tradicionais.

Para tanto, faz-se necessária a reanálise da propriedade intelectual como um todo, hoje tida como um ramo do Direito que protege as criações intelectuais, facultando aos seus titulares, os quais ditam a forma de comercialização, circulação, utilização e produção dos bens intelectuais ou dos produtos e serviços que incorporam tais criações intelectuais, direitos econômicos.

É importante salientar que o equilíbrio entre os diversos titulares de direito inventor, editor e consumidor não se resolve apenas com modificações pontuais da lei específica; torna-se necessária uma revisão global. Esse é o escopo dos recentes projetos de leis formulados e analisados pelo Ministério da Cultura Brasileiro, que, de forma inovadora, buscam proteger os direitos autorais e obter, com isso, o benefício coletivo que a sua criatividade acarretará para a sociedade como um todo.

DIREITO DO AUTOR

Conforme visto, o direito autoral possui dois grandes sistemas: o *copyright* e o sistema francês. O *copyright,* literalmente, o direito à cópia, foi criado e utilizado por países anglo-saxões que possuem fundamento na *common law*. Nesse sistema, a parte econômica (patrimonial) da obra se sobrepõe à parte moral (ligada ao íntimo do autor). Já o sistema francês segue a linhagem do *civil law*. No sistema do *civil law*, por sua vez, o direito do autor é visto como um direito moral, sendo a obra uma projeção da personalidade do autor, que dedicou tempo, energia, habilidade e desnudou sua alma para pôr no seu trabalho. Vincula-se a esse sistema a dignidade da pessoa humana.

O Brasil tem um olhar mais sensível ao sistema francês, constatado na expressa fixação deste direito no rol de direitos fundamentais no art. 5º, incisos XXVII e XXVIII da CRFB/88 e no plano infraconstitucional na Lei n.° 9.610/98.

Na Carta Constitucional, tais direitos personalíssimos — em caráter de exclusividade —, são assim retratados:

> XXVII — aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissíveis aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar (CRFB, 1988).
>
> XXVIII — são assegurados, nos termos da lei:
>
> a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
>
> b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas (BRASIL, 1988).

O direito autoral abarca o direito do autor, os traços do autor, o desdobramento da personalidade do autor e os Direitos conexos (direitos vizinhos), que são os direitos dos intérpretes, dos produtores fonográficos e das entidades de radiodifusão.

Lemos (2007) esclarece que o direito de autor é dotado de uma natureza *sui generis*, na medida em que seu conteúdo se desdobra em dois direitos autônomos. O primeiro diz respeito aos direitos patrimoniais, que consistem na exploração econômica da obra, elencados no artigo 29 da Lei de Direitos Autorais. Eles perduram por toda a vida do autor e são transferidos aos herdeiros pelo prazo de mais 70 (setenta) anos, contados a partir do dia 1º de janeiro subsequente ao seu falecimento, período após o qual a obra cai em domínio público. O segundo refere- se aos direitos morais, relacionados ao reconhecimento da paternidade da obra. São irrenunciáveis, inalienáveis e imprescritíveis, indicados no artigo 24 da mesma lei.

Para Silva (2014), o interesse social no tema se sobressai porque os direitos de autor também estão relacionados com a preservação do patrimônio cultural de um país, o qual está ligado à criação e manutenção de políticas públicas que fomentem a diversidade cultural, na medida em que esse direito serve como instrumento de sustentação de tais políticas. O bem intelectual não se resume a um produto de bem de consumo: a

obra reflete os valores e significados culturais que seguem além da relação privada de consumo.

Todos nós, em algum nível, somos produtores de obras intelectuais e, por diversas vezes, há uma migração muito grande dessas obras para as diversas plataformas digitais.

CONSIDERAÇÕES QUANTO AOS DIREITOS CULTURAIS

No Brasil, o tratamento dado aos direitos culturais teve seu maior marco com a Constituição Federal de 1988. Pela primeira vez, a abordagem dada a esses direitos na Constituição foi trabalhada. Assim, foram criados os artigos 215 e 216, que ressaltam a responsabilidade Estatal de garantir o direito à cultura. Assim dispõe o artigo 215 da CRFB/88:

> Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais (BRASIL, 1998).

A leitura do dispositivo acima permite constatar que o direito à cultura é regido pelo princípio da universalidade, isto é, são direitos garantidos a todos, são os denominados direitos sociais.

Conforme Silva (2016), devem ser considerados os seguintes direitos culturais na atual Constituição: (a) direito de criação intelectual, que compreende as criações científicas, artísticas e tecnológicas; (b) direito de acesso às fontes da cultura nacional; (c) direito de difusão da cultura; (d) liberdade de formas de expressão cultural; (e) liberdade de manifestações culturais; e (f) direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro e de proteção dos bens de cultura, que, assim, ficam sujeitos a um regime jurídico especial, como forma de propriedade de interesse público.

A vocação dos direitos culturais está no seu potencial de difusão de conhecimento e de cultura, atuando como ferramenta de aproximação e construção de consensos, de diálogo que pressupõe o conhecimento do outro (da cultura, da política, da economia, dos direitos, dos valores) como potencial para capacitar o entendimento e a busca

por soluções comuns, criativas e que podem ser apreendidas por métodos diversos.

O direito à cultura e ao conhecimento possui uma maior possibilidade de conflito com o direito de autor, principalmente na sociedade da informação, que tem a internet como um dos principais instrumentos de divulgação do conhecimento e do saber.

Com o avanço tecnológico e a internet, a possibilidade de acesso à informação e à cultura ampliou-se visivelmente. Com isso, o direito de autor também teve o seu âmbito de proteção ampliado, em virtude da divulgação das obras intelectuais nesse novo meio. O desafio que se impõe é o de equacionar o direito de autor com o direito social de acesso à informação e à cultura, de forma a que a esfera pública volte a ser um espaço destinado à livre formação da opinião pública.

Os direitos sociais, especificamente o direito à cultura, denotam sua importância na medida em que condiz não só com o princípio da dignidade da pessoa, mas também com o princípio democrático, já que privar um ser humano de seu direito a comunicar-se e a receber informações livremente é condená-lo ao empobrecimento intelectual e moral, com reflexo na construção da cidadania.

As restrições dos bens culturais são causas da desigualdade e exclusão culturais, afetando a dignidade humana, o exercício da cidadania e o fortalecimento da democracia. Portanto, o cerceamento do acesso ofende aos objetivos e fundamentos republicanos expostos em nossa Carta Magna. Qualquer restrição ao acesso tem de ser ao mesmo tempo legitimada, em razão da ponderação com outros direitos fundamentais, e, ao mesmo tempo, não causar nenhum dos desequilíbrios sociais apontados.

CONSIDERAÇÕES QUANTO AO CONFLITO ENTRE DIREITO AUTORAL E DIREITOS À CULTURA E AO CONHECIMENTO

Há no ordenamento jurídico nacional explícita referência legislativa tanto aos direitos culturais e ao conhecimento como aos direitos autorais. É incontestável o choque entre o direito do autor e o direito à cultura e ao conhecimento. São dois direitos fundamentais, isto é, há um embate principiológico. Para parte da hermenêutica jurídica atual, faz-se necessária a

utilização do princípio da proporcionalidade para equalizá-los em busca do bem-estar social com o intuito de também atender à função social da propriedade intelectual. Dessa forma, haverá concessões de ambas as partes envolvidas em um caso concreto para se chegar a uma solução plausível e consensual.

A própria temporalidade do direito autoral pressupõe uma proporcionalidade, na qual o autor terá resguardado seu direito, porém este não será eterno.

De acordo com Ascensão (2011) apud Silva (2014), a revolução tecnológica trouxe para primeiro plano a questão do acesso aos conteúdos existentes na internet, sobretudo se considerado que a cultura e o conhecimento cada vez mais se baseiam em produtos digitalizáveis, tornando a internet repositório desse acervo cultural e de conhecimento mundial.

Conforme Silva (2014), há um paradoxo no fato de que a sociedade informacional se estrutura a partir do primado da liberdade de informação em favor da disseminação do conhecimento e da cultura. Afinal, apenas pode haver uma sociedade informacional se existir garantia de liberdade de acesso à informação. Por outro lado, somente se justifica o sistema de tutela jurídica dos bens intelectuais caso se conceda um direito exclusivo ao autor. Assim, tem-se um conflito de direitos, na medida em que boa parte do conteúdo disponível na rede mundial de computadores é protegida por leis de direito autoral.

Embora parte das atitudes de usuários da internet possa configurar violação de direitos de autor, essa divulgação de bens culturais contribui para cumprir a função social do direito de autor, ao propiciar de maneira ampla e facilitada o acesso à informação, à educação e à cultura, em consonância com os preceitos constitucionais sobre o tema. Desse modo, verifica-se que a sociedade informacional acentuou um conflito que já existia, embora em menor escala: o interesse privado do titular do direito sobre a obra e o interesse público da coletividade em ver facilitado o acesso a bens culturais (SILVA, 2014).

Assim, diante desse impasse, surge o desafio de estabelecer um equilíbrio entre o interesse do criador e o interesse da sociedade no acesso à cultura e ao conhecimento, de maneira a manter também o direito de autor. É nesse sentido que esse conflito deve ser trabalhado, a fim de buscar o balanceamento entre dois interesses antagônicos.

Essa nova era tecnológica exige uma nova interpretação das regras protetivas dos direitos do autor. Colocando-se na balança os limites de proteção ao direito do autor e as garantias da coletividade. Nesse sentido, exemplifica Ronaldo Lemos (2013, p. 12):

> A propriedade intelectual é posta em xeque, por exemplo, quando se considera, do ponto de vista da realidade de nossos dias, a proteção a outros interesses, tais como a privacidade, a garantia de existência de espaços públicos (commos) na rede, a liberdade de expressão e a livre concorrência. Cada um desses interesses demanda formas de proteção jurídica não raramente conflitante com as tradicionais instituições da propriedade intelectual.

Consoante a lição de José de Oliveira Ascensão (2011) apud Scalco (2018):

> Todo o direito autoral cria zonas de acesso interdito ou pelo menos de utilização condicionada. Mas, quanto mais se reforça o direito autoral, mais se limita a normal liberdade de utilização de bens intelectuais. Estes são bens culturais, indispensáveis ao diálogo social. Mas por efeito do direito autoral deixam de poder ser utilizados livremente. No extremo, deixam de poder ser acedidos, se estiverem colocados na internet, ou de poder ser utilizados de todo por qualquer outro meio pelo mero arbítrio do titular — por exemplo, por descaso, ou para criar a escassez, que permita subir os preços num próximo lançamento (ASCENSÃO, 2011 apud SCALCO, 2018, p. 3).

Scalco (2018) também afirma que o foco da discussão não é a controvérsia acerca da necessidade de justificar a existência dos direitos autorais; deve-se debruçar os estudos e pesquisa na conciliação deste com o interesse público, tendo em vista que o bem jurídico protegido deve considerar sua função social. Dessa forma, a conciliação entre o direito autoral e a utilização social das obras se dá através da ponderação no caso concreto, de limites, buscando-se a proteção do interesse do autor, e, também, conferindo liberdade de criação cultural, à cultura e ao conhecimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma das áreas que mais tem proporcionado debates é a do direito de autor. Se por um lado, a internet possibilitou uma maior propagação das criações intelectuais, ampliando o acesso aos bens culturais, por outro, acentuou o conflito entre o direito do autor e direito à cultura e ao conhecimento, isso porque muito do que está disponibilizado livremente na rede mundial de computadores hoje é protegido pelo direito de autor.

As discussões concernentes ao direito de autor e ao direito à cultura foram intensificadas pela sociedade informacional. Com o advento da internet, muitos doutrinadores começaram a enxergar na proteção à propriedade intelectual um grande óbice para o desenvolvimento cultural e para a difusão do conhecimento, presumindo, assim, que essa proteção estaria em crise. Entretanto, essa presunção se mostra leviana, uma vez que é perfeitamente possível que tanto a proteção quanto a difusão se desenvolvam juntas.

Independente daquilo que o futuro reserva para a conservação desses institutos, é difícil imaginar uma sociedade na qual uma proteção do direito autoral não seja necessária. Não se deve vislumbrar na atribuição de crédito ao autor uma maneira de intervir na possibilidade de maior alcance à cultura e à informação, mas uma forma de reconhecer o esforço humano na elaboração de algo que, de uma maneira ou outra, contribuirá para o crescimento da sociedade.

Tem-se, assim, um conflito claro entre dois direitos constitucionais: o artigo 5º, inciso XXVII e XXVIII, que dá ao autor o direito de, exclusivamente, utilizar, reproduzir ou publicar suas obras, que são transmissíveis aos seus herdeiros, pelo tempo fixado em lei; e o direito à cultura e o acesso a esta, defendidos nos artigos 215 e 5º, XIV, também da Constituição Federal. Ora, por ambos serem considerados direitos constitucionais, devem ser tratados de maneira igualitária, sem nunca se sobreporem um ao outro.

Nota-se que o Brasil deu prioridade ao tratamento penal quanto à matéria do direito autoral, um método que não tem se mostrado muito eficaz atualmente. Ainda, ofereceu proteção apenas aos brasileiros, ignorando os estrangeiros. Nessa primeira normatização, a obra demorava apenas dez anos para cair em domínio público, após a morte do autor. Na

esfera constitucional, a matéria foi apresentada pela primeira vez apenas no ano de 1891.

O desafio então reside em combinar a legítima proteção aos autores com as inúmeras oportunidades de tecnológicas, que favorecem o sistema nacional de propriedade intelectual moderna, promovendo, assim, uma sociedade menos desigual no acesso à cultura e ao conhecimento. Para tanto, faz-se necessária a reanálise do sistema de propriedade intelectual como um todo, entendendo que o equilíbrio entre os titulares de direito não se resolve apenas com modificações pontuais da lei específica.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROS, Carla Eugenia Caldas. **Manual de Direito da Propriedade Intelectual**. Aracaju: Evocati, 2007. Disponível em: https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:livro:2007;000817478. Acesso em: 12 ago. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 jul. 2020.

DIAS, Kacerine Rodrigues. Direito autoral: Como a lei inibe o acesso ao conhecimento. **Revista Eletrônica do Curso de Direito Da UFSM**, v. 3 n.2, p. 67–81, jun. 2008. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/download/6859/4153. Acesso em: 12 ago. 2020.

FREITAS, Bruna Castanheira de; SANTOS, Nivaldo dos. O conflito constitucional existente entre o direito de autor, direito cultural e acesso à informação. **Revista Fragmentos de Cultura**, Goiânia, v. 23, n. 2, p. 123–133, abr./jun. 2013. Disponível em: http://revistas.pucgoias.edu.br/index.php/fragmentos/article/view/2759/1682. Acesso em: 12 ago. 2020.

LEAL, Diego de Lima. **Direito autoral x direito constitucional de acesso à cultura na era das tecnologias.** Disponível em: https://

ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/direito-autoral-x-direito-constitucional-de-acesso-a-cultura-na-era-das-tecnologias/. Acesso em: 27 jul. 2020.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. Disponível em: http://www.overmundo.com.br/banco/livro-direito-tecnologia-e-cultura-ronaldo-lemos. Acesso em: 3 ago. 2020.

OLIVEIRA, Rodolpho Silva. Direito autoral: evolução e funcionalidade. **Canal Âmbito Jurídico**, 2011. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/direito-autoral-evolucao-e-funcionalidade/. Acesso em: 27 jul. 2020.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet:** liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PANZOLINI, Carolina Raquel Leite Diniz**. Direitos autorais:** Aspectos essenciais e tendências. Dissertação (Mestrado em Propriedade intelectual e Transferência de Tecnologia para inovação). 2018. Programa de Pós-graduação em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para Inovação (PROFNIT), Universidade de Brasília, 2018. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/34485/1/2018_CarolinaRaquelLeiteDinizPanzolini.pdfAcesso em: 27 jul. 2020.

PRONER, Carol; PEREIRA, Larissa Alcântara. O papel do Direito para garantir acesso à cultura na sociedade da informação. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 41–64, jan./jun. 2010. Disponível em https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6172834. Acesso em: 10 ago. 2020.

SCALCO, Nathália Ceratti. **Direito Autoral e Internet** (Encontros e Desencontros). Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/nathalia_scalco.pdf. Acesso em: 8 ago. 2020.

SILVA. Rosane Leal da; RUE, Letícia Almeida de la. Constitucionalização do direito de autor e as potencialidades da internet para a difusão

da cultura. **Pensar**, Fortaleza, v. 19, n. 1, p. 270–298, jan./abr. 2014. Disponível em: https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2445. Acesso em: 12 ago. 2020.

SOUZA, Allan Rocha de. Direitos autorais e acesso à cultura. **Liinc em Revista**, Rio de Janeiro, v.7, n.2, p. 416–436, set. 2011. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/268348323_Direitos_autorais_e_acesso_a_cultura. Acesso em: 12 ago. 2020.

TENÓRIO FILHO, Geraldo Magela Freitas; MALLMANN. Querino. **Os Direitos Autorais na Era Digital:** Desafios e Novas Perspectivas Jurídicas. Disponível em: http://pidcc.com.br/artigos/012017/092017.pdf. Acesso em: 8 ago. 2020.

AS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO INSTRUMENTO PARA A EFETIVAÇÃO DA IGUALDADE SUBSTANCIAL

Francisco Alves da Cunha Horta Filho[130]

INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira possui uma incômoda característica: historicamente, há certos grupos que são marginalizados do acesso às oportunidades de galgar a educação formal — principalmente aquela de nível superior — ou a um trabalho com as regras de proteção social necessárias a tutela da dignidade da pessoa. O produto disso é a quebra de um salutar sentimento de solidariedade social que pode ser reputado como uma das origens do quadro de violência que assola a todos.

Por conta disso, a igualdade é alocada na atual ordem jurídica como um dos valores mais caros dentre aqueles que a integra. A concretização da igualdade, na realidade brasileira, é um dos mais árduos desafios.

O objetivo deste artigo, a partir de um método de revisão bibliográfica e de análise de alguns casos concretos, é compreender como as ações afirmativas se ajustam à ideia do valor constitucional da igualdade material.

Os argumentos favoráveis e contrários ao uso do instituto serão brevemente expostos para que se possa concluir sobre o acerto na eleição pelo

130 Mestrando em Direito no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis, na linha de pesquisa Processo e Efetivação da Justiça e dos Direitos Humanos (2021). Especialista em Direito Constitucional (2021). Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro (2006).

poder público de critérios de desequiparação entre pessoas que integram grupos preferenciais e não preferenciais.

1 AS DIVERSAS FACETAS DA IGUALDADE NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Se é possível dizer que um valor está espalhado ao longo do texto da Constituição Federal de 1988, este é a ideia de igualdade. Aliás, vale destacar, logo nas primeiras linhas, que se trata — de forma paradoxal — de uma saudável obsessão do legislador constituinte. Já em sua parte pré-normativa, no seu Preâmbulo, extrai-se a igualdade, ali mencionada como um dos "valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos". A isonomia retorna como um dos objetivos fundamentais da República (artigo 3º, inciso III), ingressa como direito fundamental (art. 5º, *caput*, e inciso I) e ressurge como princípio setorial da Administração Pública (artigo 37, *caput*), do Sistema Tributário Nacional (artigo 150, inciso III) e da Ordem Econômica (artigo 170, inciso VII).

Historicamente, considerando-se o período do constitucionalismo moderno, a igualdade é fruto dos ideais liberais presentes nas Constituições norte-americana de 1787 e francesa de 1793. Segundo Abreu (2006, p. 318) os *main points* da isonomia seriam: "a) os homens nascem livres e iguais; b) não consideração dos serviços feitos ao público; c) não são admitidas diferenciações nobiliárquicas; d) o direito de igualdade corresponde um dever de obrigação de igualdade".

Como um ideário autenticamente liberal, a isonomia surge, tão somente, com a sua faceta formal, isto é, o Estado deve abster-se de intervir de qualquer forma nas relações econômicas e sociais para que cada indivíduo, de acordo com as suas aptidões e esforço, possa estabelecer os seus projetos pessoais para, dessa forma, desenvolver-se. Trata-se de um argumento sedutor: o poder público deixa os indivíduos atuarem na sociedade de forma livre para que eles possam, segundo o seu mérito, realizar os seus projetos pessoais de felicidade.

Na isonomia formal todos são colocados em uma mesma posição e o Estado se dirige a cada um deles de forma indistinta igualitária. Silva (2020, p. 216) faz um importante diagnóstico a respeito da igualdade aplicada de forma hermética à realidade dos fatos:

> A afirmação do art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão cunhou o princípio de que os homens nascem e permanecem iguais em direito. Mas aí firmara a igualdade jurídico-formal no plano político, de caráter permanente negativo, visando a abolir os privilégios, isenções pessoais e regalias de classe. Esse tipo de igualdade gerou as desigualdades econômicas, porque fundada "numa visão individualista do homem, membro de uma sociedade liberal relativamente homogênea".

Com o fechamento do período das Grandes Guerras, o Estado Liberal, que sucedera o Estado Absolutista, começa a experimentar um declínio, notadamente pelas gravíssimas externalidades sociais provocadas por uma política essencialmente estruturada sobre o *laissez-faire*, *laissez-passer*: sem qualquer atuação do poder público nas relações econômico-sociais, os grupos vulneráveis acabavam, cada vez mais, vítimas dos obstáculos ao acesso aos bens de capital. Pode-se dizer que a desigualdade social e o abuso do poder são a tônica de um Estado pautado, exclusivamente, nos valores liberais, o que, atualmente, não se cogita.

Esta breve nota evolutiva é importante pelo fato de que a ideia de igualdade material assume especial relevo em um Estado que pretende constituir-se como social, mediante a afirmação de determinados direitos que, considerados como integrantes de um núcleo essencial a ser garantido a todos, devem ser prestados diretamente pelos organismos públicos, de forma a que a vulnerabilidade econômica não se consubstancie em uma barreira intransponível ao seu exercício.

A igualdade em sentido material é conceito diverso e pressupõe o reconhecimento de que não se concebe que todos em sociedade estejam em uma situação equivalente, e, por conta disso, dispensar-lhes um igual tratamento representa, sem qualquer pudor, perpetuar ou agravar o desequilíbrio. Por conta disso, àqueles que não estejam em uma situação de autêntica isonomia incumbe que seja dispensado um tratamento, na mesma medida, diferenciado. É o que bem ensina Canotilho (2002, p. 425) quando aborda o direito positivo constitucional lusitano:

> Intui-se, com facilidade, não ser no sentido da igualdade formal que se consagra no artigo 13º/1 da CRP o princípio da igualdade.

> Exige-se uma igualdade material através da lei, devendo tratar-se por "igual o que é igual e desigualmente o que é desigual". Diferentemente da estrutura lógica formal de identidade, a igualdade pressupõe diferenciações. A igualdade designa uma relação entre diversas pessoas e coisas. Reconduz-se, assim, a uma igualdade relacional, pois ela pressupõe uma relação tripolar (Podlech): o indivíduo *a* é igual ao indivíduo *b*, tendo em conta determinadas características.

É inegável que a igualdade em sentido formal, ao invés de garantir a justiça nas relações sociais, acaba por aprofundar os abismos existentes em uma sociedade como a brasileira, marcada por uma disparidade indiscutível no acesso ao exercício de direitos, inclusive, aqueles tidos como essenciais, *v.g.*, o acesso à educação formal, à uma moradia adequada, ao trabalho formal e com garantias, dentre outros aspectos que, negligenciados, colocam em xeque a afirmação de que o Estado se preocupe com a dignidade da pessoa.

A igualdade implica, necessariamente, no reconhecimento de que nem todas as pessoas partem de um mesmo ponto, e, a partir daí, a imposição ao poder público, através dos mecanismos típicos das políticas estatais, de buscar o reequilíbrio entre as pessoas.

Como um autêntico produto do seu tempo e refletindo uma preocupação com o indivíduo, a Constituição Federal da República de 1988 fincou a sua estrutura, de forma muito clara, na preocupação com a igualdade material, uma decorrência intuitiva do princípio da dignidade da pessoa. Muito mais do que afirmar a igualdade entre as pessoas — como de fato o faz — o legislador constituinte estabeleceu como um dos escopos do Estado Brasileiro reduzir as desigualdades, o que, certamente, se operacionaliza através da aplicação da isonomia em sentido material.

2 AS BASES DO DIREITO DE IGUALDADE

Soa incompleto, quiçá impossível, tratar a igualdade em nosso atual ordenamento jurídico sem dedicar algumas linhas, poucas que sejam, ao princípio da dignidade da pessoa e os objetivos para os quais se volta a República Federativa do Brasil por imposição do seu Constituinte. Isso

se justifica pelo fato de que estas são as bases para a afirmação do direito à igualdade.

O princípio da dignidade da pessoa, pode-se dizer, é a base jurídica — e de certa forma ética — que justifica a consagração do princípio da isonomia, em seus diversos matizes, como essencial para a consecução de um Estado Democrático de Direito em sua plenitude.

Como se sabe, o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal da República de 1988, que veicula o princípio da dignidade da pessoa, é um daqueles que foram considerados como fundamentais para estruturar a ordem jurídica vigente. Para alguns, como é caso de Sarmento (2002, p. 59–60), trata-se do vetor axiológico mais relevante do nosso sistema jurídico e que, por esse motivo, manifesta-se em todos os atos do poder público, sem olvidar, ainda, o seu acatamento pelos particulares:

> Nessa linha, o princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado. A despeito do caráter compromissório da Constituição, pode ser dito que o princípio em questão é o que confere unidade de sentido e valor ao sistema constitucional, que repousa na ideia de respeito irrestrito ao ser humano — razão última do Direito e do Estado.

Se por um lado a essência fluídica do princípio da dignidade da pessoa é evidente, por outro lado não se pode deixar de considerar que há um espaço de consenso acerca do que integra o seu conteúdo. A influência do pensamento de Immanuel Kant para o delineamento da substância da ideia de dignidade humana, notadamente quando preconiza que o indivíduo jamais pode ser compreendido como um meio para o que quer que seja, por se tratar a pessoa em um fim nele mesmo, além do seu caráter singular decorrente do seu valor intrínseco que inadmite a sua substituição.

Nesse sentido, do valor intrínseco da pessoa decorre a igualdade, como bem destaca Barroso (2013, p. 78):

> Um segundo direito diretamente relacionado com o valor intrínseco de cada indivíduo é a igualdade perante a lei e na lei. Todos

> os indivíduos têm igual valor e por isso merecem o mesmo respeito e consideração. Isso implica na proibição de discriminações ilegítimas devido à raça, cor, etnia ou nacionalidade, sexo, idade ou capacidade mental (direito à não discriminação) e no respeito pela diversidade cultural, linguística ou religiosa (o direito ao reconhecimento). A dignidade humana ocupa apenas uma parte do conteúdo da ideia de igualdade, e em muitas situações pode ser aceitável que se realizem as diferenciações entre as pessoas.

Seria uma incongruência intransponível considerar que cada indivíduo é um exemplar único e digno da proteção por parte do Estado em relação às opções que compõem o seu projeto de vida e, ao mesmo tempo, dispensar um tratamento diferenciado àqueles que possuem uma situação semelhante facilitando, de qualquer forma, a implementação de um deles. O privilégio imotivado acaba por tornar mais importante, na prática, um projeto pessoal em detrimento do outro.

Também é necessário compreender que o projeto constitucional traçado pelo legislador constituinte originário, em especial aquele do artigo 3º, inciso III, parte final, determina que as políticas públicas sejam executadas para permitir a redução das desigualdades sociais e regionais. De forma subliminar, quando a norma constitucional fixa este objetivo acaba por reconhecer que a desigualdade é uma incômoda marca da nossa sociedade: o Brasil é marcado por profundas desigualdades históricas, dos mais diversos gêneros, e que precisam — aliás, há muito tempo — ser enfrentadas de forma efetiva pelas políticas públicas dos mais diversos níveis.

É oportuno trazer o relato histórico sempre oportuno de Schwarcz (2019, p. 127):

> Já mencionamos, mas é bom relembrar, que o Brasil foi formado a partir da linguagem da escravidão, que é, por princípio, um sistema desigual no qual alguns poucos monopolizam renda e poder, enquanto a imensa maioria não tem direito à remuneração, à liberdade do ir e vir e à educação. A paisagem colonial foi tomada por grandes latifúndios monocultores, onde os senhores da terra tinham domínio absoluto e concentravam a renda. A corrupção e o enraizamento de práticas patrimonialistas também não auxiliaram a prover o país de uma realidade mais inclusiva. Ao con-

> trário, notabilizaram-se por dispor interesses privados acima dos públicos, privando os setores mais vulneráveis de nossa sociedade de benefícios que o setor público deveria proporcionar com maior equanimidade.

Esse incômodo diagnóstico serve como uma base sociológica para a consagração do princípio da igualdade como uma peça chave da ordem jurídica vigente, isso porque, apenas a partir dela é que algumas questões poderão ser enfrentadas a contento, como é o caso, por exemplo, do racismo em suas diversas concepções — individual, institucional e estrutural — e a subvalorização da força de trabalho da mulher, apenas para que se tenha em mente alguns exemplos.

3 UMA PERSPECTIVA HAMLETIANA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS: UTILIZAR OU NÃO UTILIZAR?

3.1 OS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À SUA ADOÇÃO

A partir da doutrina que abordou o tema é possível reunir os argumentos oferecidos para defender a adoção das ações afirmativas como uma política pública bem estruturada, sendo certo que em todos eles se observa a preocupação em garantir a igualdade no acesso às oportunidades de obter uma ascensão social a partir da educação e do mercado formal produtivo — não se deve falar apenas em direito de trabalhar, mas, também, de empreender —, o que se revela vantajoso por fortalecer um senso de coesão social.

Na medida em que todos tenham igualdade nas condições de realização dos seus projetos pessoais de vida, acaba por ser cultivado um espírito de solidariedade e de empatia que são extremamente relevantes para a efetivação do bem comum.

A pesquisa se abeberará, nas próximas linhas, da rica obra do ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, professor da Escola de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, que aborda com invulgar brilho e verticalidade a experiência norte-americana no uso das ações afirmativas. O seu livro, de forma escancarada, revela uma predileção pelas ações afirmativas.

O primeiro argumento favorável por ele apresentado é a compensação pelo quadro de desigualdade histórica a que certos grupos estão submetidos. Barbosa (2001, p. 61) se manifesta nesse sentido a partir de uma perspectiva de justiça compensatória:

> Subjacente a todas essas teorias explicativas e fundamentadoras das ações afirmativas encontra-se o argumento central, que tem por sustentáculo a necessidade, para as sociedades que por longo tempo adotaram políticas de subjugação de um ou vários grupos ou categorias de pessoas por outras, de corrigir os efeitos da discriminação passada.

Trata-se do argumento mais comumente utilizado pelos que defendem o emprego das ações afirmativas para viabilizar a igualdade material: a promoção de medidas que beneficiam os negros se justifica pelos danos causados por ocasião do degradante sistema escravocrata que foi abolido tão recentemente no Brasil ou a dificuldade de acesso ao trabalho formal das mulheres causado pelo enraizamento de um axioma patriarcal sobre o qual se estruturou a sociedade brasileira. As medidas afirmativas, dessa forma, se prestariam a compensar a desigualdade histórica.

As ações afirmativas também são defendidas a partir de critérios de justiça distributiva, na medida em que redistribuem de forma igualitária os ônus, direitos e vantagens entre todos os membros da coletividade.

Como se vê, a defesa da utilização das ações afirmativas está umbilicalmente ligada à ideia de uma isonomia material que somente pode ser realizada se o poder público atuar de forma proativa criando situações de disparidade no tratamento que oferece às pessoas.

3.2 OS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À SUA ADOÇÃO

Uma vez apresentados os argumentos favoráveis ao emprego das ações afirmativas para a realização da igualdade material, neste momento afigura-se oportuno arrolar os fundamentos racionalmente expostos pelos críticos ao instituto para não-recomendar o seu emprego como uma política pública.

Para tal tarefa, o artigo utilizará a obra do economista norte-americano Thomas Sowell, doutor pela Universidade de Chicago, um referencial

acadêmico no emprego das ideias liberais. Vale recordar, como já foi estabelecido há algumas linhas, que o Estado liberal exige para a consecução do seu escopo o absenteísmo do poder público, que deixa a cargo das forças sociais o equilíbrio das condições entre os sujeitos, o que colide em sua essência com a igualdade substancial. Em sua obra, uma das referências no estudo das ações afirmativas, o professor da Escola de Economia de Chicago fornece uma série de argumentos, das mais diversas naturezas, para justificar a sua oposição ao instituto.

O primeiro argumento coloca em xeque as bases do instituto, na medida em que compreende como um contrassenso estabelecer a temporariedade das ações afirmativas para enfrentar um problema histórico de desigualdade. Essa limitação temporal, que é sustentada por aqueles que defendem as medidas de desequilíbrio, seria utópica para solucionar o problema e faria com que se consubstanciasse em uma providência inócua, além de que se prestaria apenas a garantir a superação de eventuais obstáculos políticos.

O segundo argumento é o de que a desigualdade de condições entre as pessoas é algo inerente a qualquer sociedade. Esse quadro se agrava nas sociedades multiétnicas, como por exemplo, na Índia.

O terceiro argumento utilizado para questionar a legitimidade das ações afirmativas é a reclassificação dos indivíduos para que possam ser incluídos nos grupos preferenciais, o que pode se dar individual ou coletivamente. É o fenômeno descrito por Sowell (2016, p. 22):

> Alguns indivíduos de ancestralidade mista que foram considerados e se autoconsideravam como membros do grupo A podem decidir por si mesmos se reclassificar como membros do grupo B quando este último tiver direito a tratamento preferencial, e os integrantes do grupo A não. Nos Estados Unidos, durante a era do Jim Crow, alguns negros de pele clara "passaram" por brancos para escapar das desvantagens legais e sociais associadas à classificação de negro. Mais tarde, durante a época da ação afirmativa, brancos com traços fisionômicos de índios americanos e de outras minorias preferiram se reclassificar para aproveitar as políticas preferenciais voltadas aos grupos em desvantagem.

De forma semelhante é o movimento daqueles que buscam a inclusão nos grupos preferenciais a partir de um resgate da ancestralidade imemorial. É o caso daqueles que buscam nos confins da sua árvore genealógica uma pessoa que seria membro de um grupo preferencial, e, a partir daí, buscam o deferimento de um tratamento preferencial.

O benefício da política inclusiva também acaba enfraquecido quando não se considera no interior do próprio grupo aqueles indivíduos que possuem uma situação de mais aguda vulnerabilidade.

O quinto argumento parte da constatação de que a implementação das políticas inclusivas acaba por ocultar o esforço empreendido pelos beneficiários, creditando-se os seus êxitos profissionais e acadêmicos, tão somente, ao tratamento dispensado pelo Estado. Também reputa que os grupos não beneficiários não se esforcem o tanto quanto deveriam por acreditar que a sua chance de êxito seria remota no caso concreto diante da redução das vagas.

O sexto argumento cuida da dinâmica entre os parceiros em uma atividade profissional ou acadêmica. O estudo envereda acerca da cooperação e da colaboração no ambiente profissional e acadêmico, como discorre Sowell (2016, p. 31):

> A cooperação e a colaboração entre colegas pode ser essencial numa variedade de profissões, desde acadêmicas até policiais — e essa cooperação e colaboração podem ficar comprometidas pelos grupos preferenciais. [...] Nas situações de vida ou morte, como as encaradas por policiais, bombeiros e militares, a confiança mútua é ainda mais importante.

Ainda para convencer quanto ao descabimento das ações afirmativas, é argumentado como efeito maléfico da política pública a criação de um ressentimento intergrupos, ou seja, a sensação por parte daqueles que não são beneficiários de que foram alijadas de um direito que lhes seria próprio — mesmo que potencial o seu exercício — por conta do acesso dos membros dos grupos beneficiados. Em outras palavras, a utilização das ações afirmativas acabaria por fazer surgir um sentimento tribal de "nós e eles", o que, em qualquer sociedade, é algo maléfico às relações intersubjetivas.

No que tange a esse último argumento, é conveniente destacar que a gravidade do ressentimento é tamanha que ela não se restringe àqueles que não compõem o grupo beneficiário e que foram alijados do acesso à uma possibilidade acadêmica ou profissional, mas inclusive por quem não estaria na disputa. Mais uma vez vale citar Sowell (2016, p. 34):

> Num notório processo contra a ação afirmativa instaurado na Suprema Corte, em 1978, por Alan Bakke — um estudante branco que não conseguiu ingressar na faculdade de medicina da Universidade da Califórnia —, nenhum dos dois lados da disputa pôde estabelecer com segurança se Bakke seria ou não admitido na ausência das políticas de ação afirmativa que privilegiavam estudantes de minorias com menores qualificações acadêmicas que ele. [...] Contudo, a sensação de ter sido lesado levou-o a conduzir o caso até a mais alta corte do país.

Por derradeiro, os críticos às ações afirmativas dizem que aqueles que justificam as medidas, ao tempo em que trazem dados quanto à ascensão socioeconômica dos membros dos grupos vulneráveis beneficiados, não destacam que isso decorre de outros fatores que operam na sociedade ao mesmo tempo.

O que se vê, neste cenário, é que da mesma forma com que se reúnem argumentos que reforçam a necessidade de emprego das ações afirmativas para a inclusão de grupos historicamente alijados do acesso à educação ou oportunidades no mercado de trabalho, diversas são as razões expendidas para combatê-las.

4 ALGUNS EXEMPLOS DE AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL

Sem embargo das discussões que a utilização das ações afirmativas acarreta nos mais diversos ambientes — acadêmico, judicial e social —, é nítido que elas têm figurado como um dos mais importantes instrumentos de política pública inclusiva no Brasil. Apesar da resistência típica de um país cujos grupos dominantes parecem querer cultivar o cenário de desigualdade e de objetificação de grupos marginalizados historicamente, podem ser destacados diversos casos em que o poder público se vale de um

tratamento diferente para que possa, ao final, buscar a isonomia indistinta entre as pessoas.

No Brasil, as principais políticas públicas voltadas à equalização daqueles que historicamente são alijados do acesso às oportunidades de ascensão social são direcionadas ao enfrentamento dos seguintes quadros: a) a questão étnico-racial a partir das cotas para a seleção de estudantes para as universidades públicas e para o provimento em cargos públicos; b) a questão do gênero a partir da edição de uma lei voltada a enfrentar todas as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher; e c) a questão do acesso ao ensino superior a partir do financiamento público para pessoas que não tenham condições econômicas de suportar o custo de um curso em instituição privada de ensino.

Em todos esses casos, convém lembrar que já existe decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito, ratificando a legitimidade das providências adotadas para a busca da igualdade material.

Na ADPF 186 o Supremo Tribunal Federal julgou as cotas raciais para a seleção de estudantes nos cursos da Universidade de Brasília (UnB). A respeito dessa manifestação ensina Lenza (2021, p. 1.186):

> O STF declarou o reconhecimento da proclamação da Constituição da igualdade material, sendo que, para assegurá-la, o Estado poderia lançar mão de políticas de cunho universalista — a abranger número indeterminado de indivíduos — mediante ações de natureza estrutural; ou de ações afirmativas — a atingir grupos sociais determinados — por meio da atribuição de certas vantagens, por tempo limitado, para permitir a suplantação de desigualdades ocasionadas por situações históricas particulares. Cerificou-se que a adoção de políticas que levariam ao afastamento da perspectiva meramente formal do princípio da isonomia integraria o cerne do conceito de democracia.

Em relação ao PROUNI (Programa Universidade para Todos), a ADI 3.330 acabou sendo rejeitada e a Lei 11.096/2005 foi considerada como constitucional, isso porque seria um importante instrumento de inclusão de grupos alijados de acesso à educação e, portanto, ajustando-se ao que preceitua o artigo 205 da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Por fim, a ADC 19 confirmou a constitucionalidade da Lei 11.340/2006 como uma ação afirmativa necessária para combater a violência contra a mulher em razão do gênero.

Ao tratar das ações afirmativas na experiência brasileira, não se pode deixar de mencionar a providência adotada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro para fazer com que a política de cotas raciais, há muito adotada em seus concursos públicos de ingresso na classe inicial da carreira, deixasse o seu mero caráter figurativo no certame para revelar-se protagonista.

O Regulamento do 27º concurso público de provas e títulos para o ingresso na classe inicial da Defensoria Público do Estado do Rio de Janeiro não apenas estabeleceu uma quantidade mais destacada de vagas aos cotistas — é previsto 30% das vagas —, o que aumenta as chances para a concretização da política inclusiva, mas foi bem além e estabeleceu um critério diferenciado para a aprovação dos candidatos nestas condições.

O concurso, no momento da produção deste artigo, ainda não está encerrado, aliás, sequer o resultado da prova preliminar foi divulgado pela banca de examinadores, razão pela qual não se pode dizer, com uma base empírica segura, que as providências atingiram o êxito esperado. Todavia, é inegável que o modelo estabelecido pela instituição confere maior efetividade à ação afirmativa por ela proposta.

CONCLUSÃO

A igualdade entre as pessoas é uma das mais destacadas preocupações da nossa atual ordem jurídica, o que se conclui com muita facilidade a partir das diversas vezes em que a isonomia é mencionada no corpo da Constituição Federal Brasileira de 1988, até mesmo em seu Preâmbulo. Trata-se, decerto, da igualdade em sentido material, haja vista que se assim não o fosse acabaria por desconsiderar o valor valorativo da dignidade da pessoa.

As ações afirmativas, assim consideradas as políticas públicas que estabelecem um tratamento mais benéfico para que certos grupos — que sejam considerados como historicamente alijados das condições adequadas de acesso aos serviços públicos, à educação e ao mercado formal produtivo — possam buscar a realização dos seus projetos pessoais, devem ser repu-

tadas como o instrumento com maior aptidão para concretizar a isonomia material. Através delas os diferentes são tratados como tanto para viabilizar que todos tenham o mesmo acesso às oportunidades.

Decerto que há argumentos contrários, pautados racionalmente em ideais liberais, contudo, o que se vê é que as ações afirmativas foram abraçadas na experiência brasileira, que, ao fundar-se como um Estado Democrático de Direito pautado pela promoção da dignidade da pessoa, não pode se desviar, jamais, dos critérios universais de justiça distributiva e compensatória.

Em uma sociedade como a brasileira, pautada por graves e históricos problemas de desigualdade, apenas com o emprego e com o aprofundamento das ações afirmativas é que se poderá atingir, senão em um futuro próximo mas, certamente, em algum momento, a isonomia entre todos os membros que compõem a sociedade.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Sérgio. O princípio da igualdade: A (in)sensível desigualdade ou a isonomia matizada. *In:* PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento. (org.) **Os princípios da Constituição de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:** a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade:** o Direito como instrumento de transformação social. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

SOWELL, Thomas. **Ação Afirmativa ao Redor do Mundo:** um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais. São Paulo: É Realização, 2016.

O FGTS E O JULGADO DO RE 765.320: UMA ANÁLISE À LUZ DA PERSPECTIVA DOUTRINÁRIA, CONSTITUCIONAL E DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL SOPESANDO AS INFERÊNCIAS DECORRENTES

Paulo Vítor Prado Sampaio[131]

INTRODUÇÃO

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) foi criado em 1966 com o objetivo de substituir a estabilidade decenal. Nessa lógica, o FGTS se comporta como uma poupança compulsória em benefício do trabalhador, a ser levantada em hipóteses previstas na legislação própria, inclusive em situação de despedida do emprego. Por outra forma, é uma espécie de fundo de reserva.

Com o advento da CF/88, em seu artigo 7º, inciso III, albergou tipificado como um direito inerente aos trabalhadores urbanos e rurais. A explícita

131 Pós-graduado em Direito Empresarial pela Faculdade Legale. Ex-residente Jurídico da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo (PGE-ES). Especialista em Direito Público pela Damásio. Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). Advogado.

regulamentação desse direito, porém, está contida na legislação infraconstitucional, tal qual a Lei nº 8.036/90. Ocorre que a previsão normativa em âmbito constitucional ensejou o questionamento envolto do RE 765.320 junto ao Supremo Tribunal Federal, órgão guardião da Constituição Cidadã.

Este trabalho, em um primeiro momento, volta-se a uma abordagem histórica e principiológica acerca dos aspectos constitucionais e infraconstitucionais do FGTS, demonstrando que a Carta Magna adota uma estrutura normativa que sustenta toda a lógica trabalhista do nosso país.

Em um segundo momento, a pauta circunda o instituto da contratação temporária. Tal abordagem se dá elencando a matriz constitucional e o posicionamento doutrinário sobre, apercebido que o FGTS é um elemento econômico e social que nasce nas relações de trabalho.

Questiona-se, então, a decisão proferida pelo STF (RE 765.320), inclusive no sentido de discutir a constitucionalidade do referido julgado, invocando-se pormenores jurídicos não considerados na dita deliberação.

Na quarta seção, o artigo científico se debruça sobre a reviravolta jurisprudencial suscitada pela Suprema Corte ao adotar um entendimento diverso do que amiúde germinava, atando acareação com os julgados: RE 658.026, RE 596.478 e RE 705.140, todos copiosamente sedimentados na exegese do Tema 916.

Por último, amostrar-se-á as inferências decorrentes de um julgado desse peso, recorrendo sobremaneira ao fomento da feição legisladora do STF ao instituir uma novel situação jurídica, realçando as implicações e as consequências práticas advindas dessa condição atípica.

A metodologia empregada é constituída da análise da estrutura normativa que sustentou o contexto fundiário desde a criação do FGTS, com a Lei 5.107/66, até a normativa vigente, passando-se à análise do Acórdão e dos fundamentos que levaram ao reconhecimento da constitucionalidade do depósito fundiário aos contratados temporários, valendo-se, para tanto, da doutrina especializada acerca do tema, bem como da normativa constitucional e infraconstitucional atinente ao FGTS.

1 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS DO FGTS

A priori, é imperioso destacar que a sigla FGTS se refere ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, cuja regulamentação constitucional

está prescrita no art. 7º, inciso III da Carta Magna de 1988. É sabido que a existência desse direito não se coaduna com o advento da Constituição Cidadã, sendo sua normatização muito anterior a esse episódio. Exemplo disso é a criação do FGTS pela Constituição de 1967.

No plano infraconstitucional, contudo, o surgimento do FGTS seu deu através da Lei 5.107/66, cujo regramento normativo fora posteriormente revogado pela Lei 8.036/90 até então vigente.

Retornando ao contexto constitucional, impende relevante apresentar um paralelo histórico que culminou para o atual momento em que se mantém. Entre a Constituição de 1934 e a de 1967, o sistema brasileiro adotava o regime da estabilidade absoluta, que assegurava aos empregados o gozo da estabilidade decenal. Após a Constituição de 1967, o país viveu sob a convivência pacífica desses dois regimes até então instituídos. Desse modo, constitucionalizou-se o regime de opção do empregado.

Porém, com a chegada da Carta Política, tornou-se inviável a manutenção dessa relação harmoniosa entre o regime da estabilidade decenal e o do FGTS. Passou-se, assim, a prevalecer o regime do FGTS. Todavia, o legislador constitucional abraçou a teoria da nulidade da despedida arbitrária, respeitando-se os direitos adquiridos até a promulgação da Lei Maior. Em outras palavras, não consagrou a estabilidade geral.

Passado esse cenário disruptivo, a CF/88 reconheceu o FGTS como um direito fundamental do trabalhador. Trata-se de um direito de índole social, extensível aos trabalhadores urbanos e rurais. O poder constituinte originário, entretanto, não estendeu esse direito a todos os trabalhadores, ficando algumas categorias à margem. É o caso, por exemplo, da PEC dos Domésticos, que somente em 2015 expandiu esse direito aos trabalhadores domésticos.

Inclusive, mesmo antes da Constituição Cidadã, o STF já entendia ser o FGTS um direito de índole social, promana e trabalhista, sendo esse pensamento reafirmado recentemente pelo Plenário da Suprema Corte.

Aliás, tanto o corpo fixo quanto o ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) da Constituição Federal trataram de normatizar regras atinente ao tema. À frente, tem-se que a ''relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.''

Ulterior, queda-se estabelecido ''até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição, fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966".

No decorrer da mutação legislativa, a indenização compensatória sofreu significativas alterações. Eis o exemplo: no caso da indenização decorrente de despedida do trabalhador sem justa causa, a Lei 5.107/66 estatuía o percentual de 10% (dez por cento), alterando-se, posteriormente, para 40% (quarenta por cento). De forma não menos diferente, em se tratando de indenização resultante de dispensa por culpa recíproca ou força maior, a porcentagem passou a ser de 20% (vinte por cento).

Debruçando-se, ainda que de forma intimista, é pertinente destacar os preceitos consideráveis do FGTS na seara infraconstitucional. Nesse âmbito, é importante asseverar que a legislação estruturante está associada à Lei nº 8.036/90, compilado este que revogou expressamente as leis anteriores disciplinadoras.

Esmiuçando a lei em referência, percebe-se que o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço é um recolhimento pecuniário mensal feito pelo empregador em uma conta aberta em nome do empregado junto à CEF (Caixa Econômica Federal), justamente para o fim a que se destina.

Por se tratar de uma conduta, carrega um enorme valor em âmbito administrativo. Porém, o objeto deste trabalho queda-se, também, para o campo judicial. Nessa perspectiva, considerável realçar que ''é devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, §2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário."

A seguir, expõe que ''o saldo existente em conta vinculada, oriundo de contrato declarado nulo até 28 de julho de 2001, nas condições do *caput*, que não tenha disso levantado até essa data, será liberado ao trabalhador a partir do mês de agosto de 2002."

Em apanhado, se deduz que o tratamento jurídico dispensado ao FGTS seja *sui generis.* Por outra forma, pode-se dizer que o legislador ordinário outorgou aos agentes públicos a incumbência de realizar uma atividade peculiar, qual seja, a de fiscalizar o cumprimento da obrigação de recolher os valores devidos. Numa análise derradeira, insta salientar para o aspecto impenhorável das contas vinculadas em posse dos trabalhadores.

2 EXEGESE DA DECISÃO DE MÉRITO NO RE 765.320

Atentando-se ao nexo processual que envolve processos objetivos, forçoso discorrer sobre a sistemática das instâncias superiores. Via de regra, não é qualquer processo que paira sobre a guarida do Supremo Tribunal Federal, visto que este é o órgão máximo do Poder Judiciário, cuja atribuição institucional é defender a austereza constitucional.

Diante disso, é interessante enxergar que somente questões nas quais são reconhecidas a existência da repercussão geral são processadas no órgão de cúpula. Em outras palavras, serve o entendimento de que apenas assuntos que dizem respeito à CF/88 são enfrentadas pelo Observatório Constitucional.

Com esse amparo interpretativo, fica fácil a condução para o desenho da lógica interpretativa do STF no tocante ao RE 765.320. Em linhas gerais, esse é um julgado recente e que possui bases na seara social, política, jurídica e econômica. O caso em si trata de um servidor do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, admitido em caráter provisório e sem concurso público (de forma excepcional), para o desempenho da função de Oficial de Apoio Judicial.

Em tese, discutia-se a viabilidade jurídica de atribuir ao servidor temporário o direito constitucional do FGTS. No que lhe compete, o Supremo Tribunal Federal, por intermédio do Tema 916, concluiu pelo "direito de *levantar* depósitos de FGTS em casos de nulidade de contratação realizada pelo Estado", por aplicação do artigo 37, § 2º, da CRFB/88, combinado com artigo 19-A da Lei 8.036/90 (Lei do FGTS). Isto é, a Corte Constitucional, ao proferir uma decisão nestes exatos termos, realçou a nulificação das contratações como único critério objetivo a ensejar a extensão do direito do FGTS, parecendo desprezar o regime instituído por meio da contratação efetuada pelo ente estatal.

Consequência disso é que o STF, ao julgar contratações estatais, polemiza, mesmo que implicitamente, a uma inquirição útil e necessária, tal qual: quais as consequências práticas decorrentes da nulidade dos contratos por prazo determinado pela ausência de concurso público?

A reação, por sua vez, foi inovadora e dissonante da postura até aqui adotada. O órgão julgador assentiu pela percepção do salário referente ao período efetivamente trabalhado e, como se não bastasse, ao levantamento

dos depósitos fundiários para aqueles que mantivessem contrato temporário com o Poder Público.

O que se alinha, de primeira, é que a decisão de mérito proferida no bojo do recurso em esteira, careceu de uma linha de pensamento sedimentada e reiterada. Causa disso é que até então o Supremo vinha reconhecendo o direito ao FGTS tão somente aos celetistas, o que denota o aspecto revolucionário do respectivo julgado.

Buscando entender a exegese do parecer meritório, é ponderoso engendrar algumas anotações. Tem-se, para cá, um servidor submetido aos preceitos constantes da Lei Estadual nº 10.254/90, cuja contratação seja de natureza jurídico-administrativa.

Assim sendo, a hipótese retratada diverge dos casos anteriormente decididos pelo Supremo. Embora a Corte Suprema não tivesse enfrentado caso semelhante, parece razoável utilizar do regramento normativo da Lei instituidora do FGTS, visto que realmente embasou o julgado.

Feito isso, calha apontar os dispositivos elencados, a exemplo: ''é devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, §2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário.''

Numa rápida análise, assemelha que o STF desconsiderou a literalidade da norma em comento. Ao que tudo indica, o fundo de reserva só é devido quando o vínculo existente entre o servidor e a Administração seja regida pela CLT, pois o artigo é claro quando prevê ''contrato de trabalho''. Por conseguinte, qualquer tendência fora desse contexto vai na contramão do artigo 19-A da Lei do FGTS. Inclusive, o parágrafo único reafirma essa prevalência, ao ressair que ''o saldo existente em conta vinculada, oriundo de contrato declarado nulo até 28 de julho de 2001, nas condições do *caput*, que não tenha disso levantado até essa data, será liberado ao trabalhador a partir do mês de agosto de 2002.''

Nada obstante, o Supremo reteve uma interpretação restritiva no julgado em alusão. É nítido que a literalidade do *caput* do artigo 19-A foi vencida pelo Plenário do Supremo. Tal alegação encontra respaldo no conteúdo do próprio dispositivo, uma vez que a contida previsão se destina claramente aos trabalhadores imersos em contrato de trabalho, ainda que posteriormente venha a ser declarado nulo.

Nota-se, portanto, que mesmo no caso de a contratação ser considerada nula pelo Poder Judiciário por franca ofensa ao diploma constitucio-

nal (art. 37, parágrafo §2º), não retira a condição imposta pela norma, qual seja: ''não há contrato de trabalho declarado nulo.''

Por sinal, não há que se falar em salário quando um servidor está sujeito às normas administrativas. Desse jeito, resta improvável existir saldo de FGTS a ser resgatado, ou melhor, inexiste valor algum a ser levantado.

Ademais, o próprio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais exarou uma decisão que não estreita relação com o veredicto do RE 765.320. Com efeito, o embate jurídico em torno do STF e do TJ/MG guarda reverência com outros julgados da Suprema Corte. À vista disso, o que se constata é que o Supremo Tribunal Federal promoveu modificação no entendimento pretérito, pois, por meio da via indireta, instituiu novel situação jurídica.

3 REVIRAVOLTA JURISPRUDENCIAL: CONTRAPONTO ENTRE OS PRINCIPAIS JULGADOS

Porquanto, no ano de 2016 tiveram algumas decisões judiciais que promoveram alteração no entendimento até então consolidado — exemplo disso foi o RE 765.320. Todavia, essa nova exegese não esteve condicionada a uma mudança legislativa, mas tão somente a uma interpretação isolada do caso retratado.

De tal maneira, o texto constitucional e a legislação estruturante do FGTS não tiveram significativas modificações que pudessem predispor altercação de jurisprudência. Apesar disso, o STF propiciou uma reviravolta jurisprudencial, com a abrangência dos servidores temporários no rol de acreditadores do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Dos precedentes jurisprudenciais alusivos ao Tema 916, alvejam o RE 658.026, o RE 596.478 e o RE 705.140. Em todos eles, o tema atacado pôs-se a uma hipótese diversa do julgamento do servidor temporário do TJ-MG, dado que os três julgados versaram meramente sobre contratos nulos firmados sob o regime da CLT e não sob o regime jurídico-administrativo.

Posto isso, saliente sobressair que na decisão facilitadora da reviravolta jurisprudencial caberia ao Supremo proceder com a necessária diferenciação dos marcados, visto se tratar de temas que não guardam estrita relação com o caso *sub judice*. Encaixa-se aqui, perfeitamente, o clamor do instituto de direito processual alcunhado de ''*distinguish*''.

Consequentemente, observa-se que o Supremo fez uma análise um tanto quanto limitada do RE 765.320. Razão disso, é que ao invocar precedentes vinculantes que teoricamente não se amoldavam ao caso proposto, o STF tendenciou a uma interpretação equivocada ao desprezar o instituto de direito processual inglês.

À vista disso, cabe trespassar aos julgados correlacionados. O primeiro trata-se do RE 658.026. Este, capitulado sob o Tema 612 — Constitucionalidade de lei municipal que dispõe sobre as hipóteses de contratação temporária dos servidores públicos, cabe suas inerentes reflexões.

O ajuizamento da ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade tinha por marco legal a Lei Municipal nº 509/1999, especificamente o artigo 192, inciso III. Aqui, buscava discutir a plausibilidade jurídica de um permissivo legal municipal permitir a contratação de servidores públicos, ainda que temporariamente, para o desempenho de atividades ordinárias.

Diante de uma dialética bastante representativa, o STF depreendeu pela inconstitucionalidade da supradita norma, com o pretexto de que não foram respeitados alguns comandos constitucionais, dentre eles, a prevalência da regra da obrigatoriedade do concurso público. Aliás, na própria decisão, a Corte Constitucional fez questão de mencionar que a imposição constitucional da indispensabilidade do concurso público é uma regra peremptória e tem como objetivo resguardar o cumprimento de princípios insertos no texto constitucional.

O segundo trata-se do RE 596.478. Este, por sua vez, procurava esgrimir a constitucionalidade do artigo 19-A da Lei do FGTS. Tal pretensão se defronta com a oportunidade de assegurar o direito constitucional do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço àqueles que tenham sido contratados sem concurso público.

Na mais alta corte jurídica do país está carimbada sob o Tema 191 — Recolhimento de FGTS na contratação de servidor público sem a prévia aprovação em concurso público. Ao sentenciar, a Corte interpretou pela constitucionalidade do dito artigo, asseverando que mesmo quando fosse reconhecida a nulidade da contratação do empregado público — nos moldes do artigo 37, inciso II da CF/88 — subsistiria o direito ao depósito do FGTS.

Diferentemente do RE 765.320, essa decisão possui suas origens na égide celetista. Nisto, as premissas recursais foram construídas em opo-

sição ao acórdão proferido pelo TST (Tribunal Superior do Trabalho). Logo, a diferença suscitada evidencia que os casos são dessemelhantes, não podendo servir de base para o Tema 916. Inquestionavelmente, aqui se está diante de um contrato de trabalho.

O terceiro e último julgado é o RE 705.140. Sob o abrigo do Tema 308 — Efeitos trabalhistas decorrentes de contratação pela Administração Pública de empregado não submetido à prévia aprovação em concurso público, coube ao Supremo analisar o recurso interposto para impugnar a constitucionalidade de acórdão do TST, por entender incompatível com o princípio da inafastabilidade do concurso público.

De antemão, pode-se asseverar que é mais um caso de contrato de trabalho, pois visa combater um Acórdão do TST. Ultrapassado o relatório, o STF seguiu consciência no sentido de que a contratação de pessoal pela Administração Pública sem concurso público comina sua nulidade. Em sequência, geram efeitos jurídicos válidos em relação aos empregados, quais sejam: a percepção dos salários atinentes ao período efetivamente trabalhado e o levantamento dos depósitos fundiários.

Igualmente, esse julgado esteia com a pertinência temática do RE 596.478. Ambos retrataram a lógica do sistema normativo do regime celetista, ventilando a explícita literalidade do artigo 19-A da Lei nº 8.036/90. Por essa razão, o Supremo, ao julgar FGTS em contratações do Estado, deve sopesar as características inerentes a cada julgado, pois a reviravolta jurisprudencial carreada pelo Tema 916 denota o desinteresse da Corte em particularizar todo e qualquer veredito.

Destarte, as decisões proferidas em sede de controle concentrado são imbuídas de efeitos vinculantes, culminado a submissão das instâncias inferiores e dos outros poderes. Nesse patamar, a ingerência do STF é transvertida na concatenação do arcabouço normativo pátrio, o que é diferente do fomento a uma conduta atípica do Tribunal, a tão controversa feição legisladora.

4 AS IMPLICAÇÕES E AS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA ATIVIDADE LEGIFERANTE DO STF

Hodiernamente, a função precípua do Supremo Tribunal Federal é o controle de constitucionalidade concentrado, conforme os artigos 102 e

103 da CF/88. Entretanto, a Pretório Excelso vem mostrando uma atuação além dos limites legais, diga-se, uma postura ativista.

Há quem sustente a ideia de que isso, em parte, se deve ao intérprete de garantidor de direitos que assumem os Ministros da Suprema Corte. Por outro lado, tem-se os que defendem a usurpação de competência dos outros Poderes.

O que se sabe, de fato, é que o STF incorpora uma atividade proativa e expansiva do conteúdo da Constituição Federal. Diante disso, surge o fenômeno batizado de ''ativismo judicial''. Alguns renomados doutrinadores arriscam conceituar o que seja esse episódio jurídico. Em seu artigo *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*, o Ministro Luís Roberto Barroso elenca posturas tidas como ativistas.

As características ventiladas pelo Exmo. Ministro Barroso são corriqueiramente empregues no campo jurídico. Forte exemplo disso é o Tema 916 — Efeitos jurídicos do contrato temporário firmado em desconformidade com o art. 37, IX, da Constituição Federal. Nesse julgado datado de 2016, o Supremo Tribunal Federal — com base em um direito fundamental social ordenado no artigo 7º, inciso III da CF/88 —, estabeleceu ser extensível aos servidores públicos admitidos sob a égide precária da contratação temporária, o direito ao levantamento dos depósitos fundiários.

O papel encarnado pelo STF revela, de forma cabal, uma espécie de ativismo judicial. A categoria aqui desenhada é denominada de legiferante, que, em termos gerais, significa dizer quando o juiz inova no ordenamento jurídico usurpando a função legislativa. Segundo Ramos, trata-se de um ''pró-ativismo, visto que o juiz se antecipa ao legislador do futuro e cria, ele mesmo, uma nova regra, que não pode ser inferida de nenhuma outra fonte normativa existente''.

É inegável que a atividade legiferante propiciada pelo Supremo Tribunal Federal carrega implicações e consequências práticas. Nesse ínterim, oportuno trazer os reais efeitos desse dinamismo. Inicialmente, é salutar informar que a última instância do Poder Judiciário, ao assumir uma pose de criador de regras, cumula o exercício de autoridade com o desempenho de poder.

Nas últimas décadas, deveras, são inúmeros os exemplos que ilustram as investidas do STF em assuntos da autoridade política do Congresso Na-

cional. Por certo, pode ser classificada na categoria legiferante, uma decisão não muito recente, mas que reverbera até hoje. Trata-se da verticalização para as eleições presidenciais de 2002. Nas eleições do referido ano, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) editou uma norma que determinava a obrigatoriedade da coligação partidária em âmbito nacional e estadual.

Sob o pretexto de patente afronta ao texto constitucional, chegaram até o Supremo Tribunal Federal duas ADIs – Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 2626/DF e ADI 2628/DF) pleiteando a inconstitucionalidade da Resolução em comento.

O emblema em torno de toda a situação reside na circunstância de que o TSE havia adotado entendimento diverso em outro momento. Por exemplo, quatro anos antes, o TSE entendeu pela não verticalização, ao ser consultado sobre a interpretação das disposições normativas que versavam sobre coligações partidárias segundo a Lei Eleitoral (Lei nº 9.504/97).

Porém, na eleição subsequente, manifestou conhecimento divergente ao que havia decidido anteriormente. Ressalva-se, aqui, que não houve qualquer alteração legislativa no tocante à Lei em parâmetro. Ou melhor, durante o interstício entre as duas eleições não teve mutação legislativa que impusesse mudança de percepção.

Apesar disso, o Supremo resolveu não deliberar sobre a decisão anterior do Tribunal Superior Eleitoral, ''que determinava que as regras de coligações valeriam para as eleições de outubro — e, assim, permanece a decisão sobre as coligações já dada pela Justiça Eleitoral'', sob o convencimento de que a Resolução nº 20.993 se referia a um ato normativo secundário, e isso afrontava jurisprudência da própria Corte quando assentou que somente atos primários são passíveis de controle judicial.

Outro exemplo marcante da feição legisladora do STF, e não menos importante, é a aplicação da lei de greve do setor privado aos servidores públicos. Desdobrando o caso em citação, o Supremo aplicou o direito fundamental de greve (art. 9º da CF/88) a todo servidor público. Para tanto, usou-se da disposição normativa infraconstitucional que dispunha sobre o exercício desse direito e, por analogia, o estendeu aos estatuários.

Explicitando, não há regulamentação constitucional acerca do direito de greve atinente aos servidores públicos. Todavia, a decisão aludida pelo Supremo quanto ao direito de greve dos estatutários (vide MI 670/ES, MI 708/DF e MI 712/PA), efetivou um direito fundamental ao aplicar, no que

couber, a Lei nº 7.783/89, que dispõe sobre o exercício desse direito na iniciativa privada.

À custa dos Mandados de Injunção em pesquisa, cabe sublinhar que as decisões proferidas são provisórias, isto é, sua validade está associada ao tempo em que a omissão será suprida pelo poder competente. Não obstante, são muito confiáveis e possuem efeito educativo.

Paralelamente, várias são as decisões criativas do Supremo que desencadeia na prática legiferante. Algumas dessas já foram explanadas acima. Contudo, tantas outras são alvo de esclarecimento. É o caso, por exemplo, da instituição da fidelidade partidária e a interpretação da Lei de Responsabilidade Fiscal em relação ao Distrito Federal.

Resumidamente, pode-se dizer que cada julgado detém suas peculiaridades, e isso faz com que o RE 765.320 guarde estrita relação com as decisões ativistas do STF, como as anteriormente retratadas. Como se viu, a semelhança entre elas reside no fato de que a soberania do legislador ordinário não foi devidamente respeitada, haja vista a inovação legal promovida pela Corte Constitucional.

Resultante disso, temos um aparente conflito entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, dado a interferência daquele neste. Simultaneamente, tem-se também o descortinar da forte ligação dos Poderes em um Estado Federativo, corroborado pela sujeição do Poder Executivo às ordens de um julgado que, queira ou não, impacta diretamente a performance estatal.

Daí, é exigível dos Poderes um comportamento de parcimônia e de equilíbrio ao exercerem suas atribuições típicas. Isso não quer dizer, de maneira alguma, que o exercício de condutas atípicas tende a ser desvirtuoso ou abatido. O que se está querendo avistar é o sentido da alçada de sua jurisdição: que não pareça razoável ao Tribunal que seja, desfigurar do real propósito para, então, desbocar nas funções inesperadas.

CONCLUSÃO

Em virtude do que foi mencionado, pode-se abonar que o FGTS — Fundo de Garantia por Tempo de Serviço foi, teoricamente, um direito criado para atender aos contratados celetistas. Esse argumento assiste razão na literalidade do dispositivo normativo contido na Lei regulamentadora do direito aqui retratado.

Todavia, a égide trabalhista do nosso país não se resume apenas aos subordinados à CLT — Consolidação das Leis Trabalhistas, mas também aos servidores públicos e aos contratados temporários. Cada vínculo, no entanto, possui as especificidades que os diferenciam e, simultaneamente, formam a sustentação de toda a lógica normativo-trabalhista pátrio.

Com o advento da matriz constitucional até então vigente, surgiu concomitantemente a figura do estatutário. Os celetistas, por sua parte, também foram acolhidos pela Constituição Cidadã. De outro modo, o legislador constitucional tratou de muito regimentar as disposições normativas inerentes a cada ligame.

Diversamente, não aconteceu o mesmo com os contratados temporários. Estes, por sua vez, embora assentem no corpo fixo da CF/88, não tiveram seu surgimento de forma simultânea com a Lei Maior. Foram provenientes de um tempo pós-constituição, imbuídos pela excepcionalidade de sua qualidade precária. Nada obstante, o Constituinte transferiu aos entes federativos a incumbência de regular seus próprios preceitos ao institucionalizá-lo.

Foi justamente esse cenário que permitiu ao Estado de Minas Gerais a criação de regramento ínsito ao assunto. Nesse contexto, houve o içamento da Lei 10.254/90 ao crivo de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal (RE 765.320). O observatório constitucional, entretanto, além de certificar a constitucionalidade da norma, foi além ao reconhecer o direito do FGTS aos contratados temporários.

O que se observa na decisão da Suprema Corte acima estudada é que ela não foi construída sobre o rígido amparo legal que uma decisão desse porte necessitaria. Utilizou-se de um método de interpretação jurídica incapaz de solucionar a controvérsia, visto que o caso em parâmetro não se trata de uma hipótese semelhante, o que agravou ainda mais a situação.

Por consequência, o Supremo acabou por emparelhar o permissivo legal contido na Lei do FGTS (art.19-A, *caput*) aos servidores públicos temporários. Essa extensão analógica repercutiu obstinadamente no extermínio do instituto processual alcunhado de ''*distinguish*''. É axiomático o desdém com a validade da Lei 8.036/90, ao descaracterizar a premissa ''contrato de trabalho declarado nulo''.

Por esse lado, o órgão julgador precisa fazer um diagnóstico do caso em análise, para, antes mesmo de decidir, entender o que se está em jogo

e conhecer as consequências de sua futura decisão, permitindo, assim, apresentar condições técnicas ou políticas de decidir sobre aquele tema. Isso pois o caminho que se leva a uma decisão criativa não pode pautar-se em interesses escusos em detrimento da vontade do legislador, mas tão somente no convencimento de que não restam outros caminhos a serem trilhados, senão o de proferir tal decisão.

Sem embargo, é nítido o descuido do Supremo quanto ao desfecho de uma decisão dessa relevância. Desconsiderou-se as consequências imediatas que haveriam de recair para o sistema político, para o exercício de direitos ou para as bases do modelo econômico. Essa pitada de dúvida que paira sobre o julgado do RE 765.320 acoberta duas tendências: a primeira, seria uma sanção jurídica como forma de desestimular a prática excepcional da contratação temporária; e a segunda, a adoção pelo juiz da pose de gestor público.

Em alternativa, restou claro e manifesto que a oscilação decisória do STF causa incerteza jurídica e assimetria. Provoca, também, de forma coexistente, o embargo ao Tribunal de atender seus elementares funções que, em se tratando da Corte Constitucional, é de cotejar higidez, coerência e estabilidade ao ordenamento jurídico constitucional. Atrelado a isso, deve o Tribunal delinear precedentes lhanos a serem seguidos pelos demais juízes e tribunais. Contudo, é consentâneo assentir que a jurisprudência possa ser naturalmente remodelada, evitando, assim, o engessamento do Direito.

O que não é satisfatório admitir, entrementes, é a compostura do Poder Judiciário de exprimir uma decisão contralegem, cuja margem de atuação fora além do respaldo legal. Por óbvio, o contrato de natureza jurídico-administrativo não compactua das mesmas características do contrato celetista, e pelo visto o Supremo não enfrentou isso.

Portanto, a feição legisladora decorrente de uma interpretação dissonante da realidade constitucional se justifica na linha tênue que o Supremo Tribunal Federal se coloca: não deixa de ser um Tribunal Político e, ao mesmo tempo, o juiz querendo ser gestor público. Logo, não foram medidos os efeitos de uma decisão de um órgão vinculante, ao qual o cunho processual decorreu de abstenção de competências, sob o feitio analítico.

Conclui-se, então, que a atividade legiferante não pode ser vista como algum tipo de corolário comum de um Tribunal desejoso por manifestar

direitos. Por ora, o ativismo judicial somente se justifica quando se está diante de um ambiente crítico e/ou peculiar. Como o caso aqui discutido não se trata de uma situação para além da interpretação legal, seria muito mais aceitável do ponto de vista jurídico, político e até institucional que o Supremo se arvorasse pela aplicação das astreintes, já que haveria a necessidade de dar uma resposta plausível sobre a reiterada contratação temporária perquirida pelos entes federativos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 1 fev. 2021.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2628 DF.** Relator: SYDNEY SANCHES, Data de Julgamento: 18/04/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 05-03-2004 PP-00013 EMENT VOL-02142-04 PP-00535.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02.03.2021.

BRASIL. **Lei nº 8.036/90.** Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8036consol.htm. Acesso em: 5 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral. **Recurso Extraordinário 765.320 MG — MINAS GERAIS.** Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 15/09/2016, Tribunal Pleno — meio eletrônico, Data de Publicação: DJe- 203 23-09-2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2626 DF,** Relator: Min. SYDNEY SANCHES, Data de

Julgamento: 18/04/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 05-03-2004 PP-00013 EMENT VOL-02142-03 PP-00354.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 670/ES,** Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-206DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01PP-00001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 708/ DF,** Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL- 02339-02PP-00207 RTJ VOL-00207-02 PP-00471.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 712/PA,** Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENTE VOL-023339-03 PP-00384.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 596.478 RR,** Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 13/06/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 658.026 MG – MINAS GERAIS.** Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 09/04/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-214 DIVULG 30-1-20114 PUBLIC 31-10-2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 705.140 RS,** Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 28/08/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG 04-11-2014 PUBLIC 05-11-2014.

CASTRO, Tagore Fróes. Você sabe o que é distinguish e defiance? **Jus Brasil**, 19 maio 2015. Disponível em: https://tagfroes.jusbrasil.com.

br/artigos/189571757/voce-sabe-o-que-e-distinguishing-e-defiance. Acesso em: 2 fev. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. **Direito Administrativo.** 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (1. Câmara Cível). **Apelação Cível 1.0024.14.250532-0/001.** Relator(a): Des.(a) Alberto Vilas Boas, Julgamento em: 20/09/2016, Publicação da súmula em 26/09/2016.

SILVA JUNIOR, Azor Lopes da. *In:* MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (org.); FERRAZ, Anna Cândida da Cunha (coord.). **CF interpretada:** artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 2. ed. Barueri: Manole, 2011.

SENTIDOS DE DEMOCRACIA NOS ATOS OFICIAIS DO GOVERNO BRASILEIRO: ENSINO SUPERIOR E CULTURA

Camila de Mendonça Ribeiro Silva[132]

INTRODUÇÃO

O fenômeno da polarização política tem estimulado a criação de múltiplos sentidos de democracia que influenciam continuamente na estruturação dos discursos oficiais do atual governo brasileiro. Embora possibilite que o *status quo* seja desafiado por posicionamentos divergentes, esse fenômeno vem promovendo uma inquietação preocupante, tendo em vista que as discussões democráticas estão perdendo espaço para discursos contaminados pela intolerância. Imprescindível se faz o estudo e o reconhecimento contemporâneo de toda a sociedade brasileira sobre os processos que levaram a democracia a ganhar novas nuances ao longo do tempo e do espaço, bem como a deturpação de seus sentidos, os quais se fazem presentes nos discursos oficiais de representantes eleitos.

A ideia que aqui se faz presente é transcender os sentidos a fim de perceber os efeitos advindos das marcas ideológicas presentes nos discursos e a relação de interdependência entre a ideologia, o tempo e o atual

132 Graduanda em Direito do 10º período da Sociedade de Ensino Universitário do Nordeste (SEUNE) e participante do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica — PIBIC.

modelo político democrático, o qual acompanha indubitavelmente a natureza evolutiva da raça humana, suas necessidades e motivações em prol de controle e poder (VOESE, 2002). Construída a estrutura basilar da pesquisa, a análise se debruça sobre a realidade política brasileira, de modo a observar a estigmatização criada pelo sentido de democracia, sua interferência nas eleições presidenciais e as consequências trazidas à efetivação de políticas públicas em relação ao Ensino Superior e à Cultura brasileira.

1 IDEOLOGIA, TEMPO E MODELO POLÍTICO DEMOCRÁTICO: A PRODUÇÃO DOS SENTIDOS NOS DISCURSOS

O extrapolar limites humanamente estabelecidos, se elevar sobre os paradigmas históricos e ideológicos, transcender o que se esgotaria no vínculo entre interlocutores, estar além do espaço e do tempo, advém da efetividade da função da Linguagem enquanto objeto para o desenvolvimento do gênero humano e sua perpetuação na dinamicidade das relações societárias. Para tanto, não haveria sentido em atribuir uma visão simplista ao papel da Língua como apenas um código ou instrumento de comunicação, uma vez que, junto à Linguagem, admite-se inúmeros sentidos que superam o explícito, indo além do cerceamento dos regramentos propostos pelas sociedades e, por isso, se comporta como questão de sobrevivência e continuidade da espécie humana.

Os múltiplos referenciais e objetivos encontrados na heterogeneidade social determinam a necessidade do surgimento de um instituto que possa delimitar e homogeneizar as ideias de um grupo com a finalidade de conduzir as ações e os pensamentos dos indivíduos para o que seria um ideal social, conhecido como ideologia. Isso acontece devido ao protagonismo daqueles que possuem o controle sobre a produção de sentidos advindos dos efeitos dos discursos, os quais com a ação ideológica permitem a demarcação de ideias que deixam de ser completamente indissolúveis e passam a se mesclar para fim de se alcançar um modelo de sociedade que tenderá a preservar ou maquiar suas reais intenções (VOESE, 2002).

Enquanto princípio norteador das ideias humanas e das percepções sensoriais do mundo externo, a ideologia atravessa o tempo e se adequa às necessidades do meio de maneira a legitimar poderes e hierarquizar

paradigmas sociais, culturais, políticos e econômicos. Da mesma forma que a transformação e adaptação são vitais à evolução da espécie humana, o homem como ser social necessita, assim como a produtividade que descende da dinamicidade de suas relações durante a história, estar em consonância com determinado modelo de poder político que organiza e controla os conflitos de interesses visualizados no espaço social do Estado a que pertence.

Toda e qualquer forma político-estrutural acompanhará uma dimensão histórica, refletindo os interesses de uma época ou período e os valores essenciais à coletividade. Há de se enfatizar que, contemporaneamente, vislumbramos uma prevalência do modelo político democrático, o qual terá seu conteúdo, assim como os dos demais modelos de poder político, atrelado ao conteúdo ideológico, isto é, definido e sistematizado por uma corrente de ideias e crenças que se remodelarão à medida que surgem novas desigualdades, disputas e anseios (BONAVIDES, 2008).

É de extrema importância destacar que a legitimação e perpetuação do modelo democrático que dissolve o poder e as decisões políticas em meio aos cidadãos, ocorre graças a um conjunto de fatores estruturantes que deram origem ao Estado Democrático de Direito que conhecemos hoje. Dentre tais fatores está a soberania popular, a qual permite que o poder político seja exercido pelo povo, o papel da Constituição que estabelece os princípios fundamentais que nortearão as ações dos indivíduos em prol da manutenção da justiça social. Logo, para que haja a completude desse instituto, sua finalidade em desenvolver um Estado que garanta os direitos individuais e coletivos, sociais e políticos deve ser alcançada.

A solidificação do Estado que procura assegurar os direitos e garantias fundamentais dos sujeitos sociais nasce, de certa maneira, da aliança entre a manutenção do *status quo* reconhecido — Estado de Direito que limita o poder de decisão dos governantes às leis — e o intuito de preservar os valores sociais e os princípios fundamentais da Constituição que nos rege. Embora haja uma breve divergência conceitual entre Estado Democrático de Direito e Estado de Direito, alguns doutrinadores como Bonavides (2008), para fim de expor a complementariedade entre esses institutos e evitar a complexidade desnecessária, entende a institucionalização democrática dos direitos e garantias fundamentais do povo como asseguradores da integridade, protegendo-nos de uma possível usurpação daquilo que

lhe é imprescindível e fator constitutivo de nossa sobrevivência em sociedade, a dignidade da pessoa humana.

A valorização, observância e efetiva aplicabilidade das benesses provenientes da insitucionalização democrática são de extrema relevância, uma vez que nos deparamos a cada dia com a fragilidade dos institutos democráticos. Ao permitir que os cidadãos detenham o poder democrático de escolher seus representantes, os quais exercerão indiretamente o poder político sobre os demais, a maioria das democracias modernas instaura o regime político representativo. Embora o sistema de eleições valide e permita a alternância entre os titulares do poder democrático, nem sempre os representados ficarão satisfeitos com quem os representa. A esses efeitos contrastantes entre satisfação e descontentamento de alguns se reconhece a "patologia da representação" (SANTOS, 2016, p. 119).

Os interesses de um determinado grupo hegemônico movem todas as relações político-sociais que acontecem dentro da dinâmica societária, sejam elas motivações reais ou não. As justificativas para o alcance do poder podem vir de diferentes maneiras a depender da necessidade de fortalecer e consolidar o controle de um segmento sobre outro, como se explica a incorporação e/ou manutenção da democracia como regime político de governo. As propulsões para a aplicabilidade desse sistema podem até ser distintas se comparado o período temporal que separa a vanguarda — burguesia — e a contemporaneidade, porém em qualquer época e/ou relação desigual haverá hierarquização e conflitos em prol do poder.

Ainda que a soberania popular seja condição de existência à democracia representativa, esta tem encontrado percalços na tentativa de manter intacta a relação entre representados e os titulares do poder democrático. Dentre os mais variados motivos, está a quebra de credibilidade entre aqueles que foram escolhidos para governarem em benefício do povo, os quais como em qualquer outra relação de poder, priorizam a satisfação das próprias necessidades em detrimento do bem maior. À medida em que se prevalecem no estado de controle das produções de sentidos, os seus discursos passam a carregar o que Bonavides (2008, p. 331) chamou de "entorpecentes ideológicos" e/ou "carismáticos".

A estratégia de manipulação ideológica passa a distanciar a sociedade capitalista do que seria o modelo ideal democrático representativo, desviando a atenção do que de fato é importante, isto é, a dedicação em criar

uma realidade política alternativa e transformadora capaz de resolver e superar os impasses reais, unindo a transparência e a produtividade. As adversidades criam oportunidades e, portanto, aqueles que enxergam a democracia inconveniente aos seus interesses, poderão se valer de meios antidemocráticas para a perpetuação de seu domínio sobre os demais indivíduos e organizações. Ou pior, o desmantelamento da política democrática poderia advir de uma maneira ainda mais perigosa, a utilização das próprias instituições, processos e procedimentos democráticos, bem como da legitimidade de líderes eleitos.

Se a legitimação de ideias dominantes subjuga nossas noções de mundo de modo a adequar nossos comportamentos aos interesses de uma classe dominante, por que não nos fazer pensar que o modelo democrático instalado não é mais suficientemente capaz de nos organizar e satisfazer, como incita Boaventura de Souza Santos (2016)? Ou melhor, por que não convencer a massa sobre a utilização de atos antidemocráticos em prol do bem maior e do fim da corrupção? Em analogia ao atual contexto brasileiro, percebe-se que o domínio dos sentidos e das significações encontra-se nas mãos de poucos que, a fim de se preservar no poder, admitem que o sistema democrático representativo seja questionado e corrompido, autorizam a caça aos inimigos, controlam os meios midiáticos e transformam peões em representantes despóticos ao seu bel prazer.

O estar submetido a um arsenal político-cultural e, consequentemente, às ferramentas de manipulação e persuasão ideológica, exige uma mobilização do desenvolvimento crítico frente às interpretações dominantes, inclusive para cindir a força que nos prende às suas concepções que orientam o comportamento dos indivíduos. Para além disso, a necessidade de se reconstruir os sentidos se solidifica na possibilidade de se reconhecer e medir a autenticidade do poder a que os cidadãos em sociedades capitalistas democráticas, como a brasileira, estão sendo expostos e envolvidos, bem como perceber o grau de deturpação daqueles que se contrapõem à realidade que os cercam.

A carência de consciência crítica encarcera as possibilidades de decisão e a autonomia dos indivíduos de uma sociedade capitalista democrática representativa, fragilizando-a a tal ponto que os expõe ao poder que acham merecer. A desconstrução e percepção sobre os sentidos do discurso permite que um mero expectador seja atuante e transformador do lugar

social em que vive, bem como trabalhe na criação de novos sentidos condizentes à sua realidade. Os reflexos da submissão estão presentes na crise do sistema democrático brasileiro, principalmente no que diz respeito aos atos oficiais do atual governo voltados à (não)democratização do acesso à políticas públicas essenciais ao processo de criação identitária, como o Ensino Superior e a Cultura.

1.1 O ESTADO BRASILEIRO E O IDEAL DEMOCRÁTICO

A hierarquização gera desigualdades em diversos âmbitos e isso beneficia a preponderância de um estrato sobre o outro. A possibilidade de mobilidade social, ou seja, de ascender para uma condição mais benquista, desagrada aqueles que estão no topo ou na iminência para tanto. Durante 14 anos de governo do Partido dos Trabalhadores no Brasil, observamos indivíduos marginalizados ingressarem no ensino superior e experimentarem o acesso à cultura e ao consumo de massa. Ao galgarem voos maiores, essa parte da população "ameaçou" a imutabilidade do grupo seleto e dominante que sempre esteve em posição de controle sobre as produções societárias e não compartilhariam seus prestígios e privilégios com os demais.

A instabilidade de uma Nação cria oportunidades. Os acontecimentos suplantados entre o período de 2013 a 2016 — manifestações induzidas, os escândalos de corrupção e o *impeachment* da ex-presidente Dilma (2011–2016) permitiram a retomada gradual do poder de uma pequena parcela eminente da população sobre as demais estratificações sociais. A atuação midiática por intermédio dos meios de comunicação maximizou o desejo desse grupo, mobilizando primeiramente uma classe média insatisfeita que viria a influenciar os beneficiados pelas mudanças proporcionadas pelo partido da esquerda. O estopim para o "reerguimento" desse estrato e o convencimento dos grupos restantes, fora a prisão do ex-presidente petista Luiz Inácio Lula da Silva — símbolo popular da luta de classes — que elevou a ideia, logo mais, de que o problema estaria na fragilidade do sistema corrupto de governo adotado pelo país.

A política do ódio foi difundida à medida que revoltas foram sendo aderidas sem distinção pelo país, potencializadas de tal maneira que em 2018 se elege no Brasil um representante controverso, "defensor da dita-

dura militar, do racismo, da tortura e do assassinato de opositores" (SOUZA, 2019, p. 268), no qual vai de encontro a todas as conquistas até então alcançadas democraticamente, principalmente as de grupos marginalizados tidos como minoria — analisados a partir de sua representatividade e direitos adquiridos. A legitimação do falso moralismo disseminado pela mídia refletiu na naturalização com que esses discursos, os quais ferem a ordem constitucional, foram recebidos pela população brasileira convencida de que suas as motivações eram baseadas no bem da coletividade e na defesa democrática (SOUZA, 2019).

É ao canalizar as frustações sociais que a manipulação política se instaura, de modo que atingirá as emoções da sociedade de maneira agressiva, desenvolvendo sentimentos violentos entre a população brasileira e seus partidos políticos. Por essas características, se torna possível identificar algumas facetas de regimes autocráticos — neofascista — que se aproveitam, segundo Levitsky e Ziblatt (2018, p. 108), de "[...] crises econômicas, desastres naturais e, sobretudo, ameaças à segurança — guerras, insurreições armadas ou ataques terroristas — para justificar medidas antidemocráticas" e subverter o sentido de democracia, fragilizando-a através do medo e temor.

A promessa de campanha do governo bolsonarista em combater e erradicar a corrupção, até então, apresenta-se pouco realista. Isso reforça ainda mais a ideia de que o problema é crônico e não está no modelo democrático representativo em si, pois não há atentado maior aos direitos do povo do que dificultar a democratização do acesso às políticas públicas ou o desenvolvimento de consciência crítica sobre as decisões políticas. O que se enxerga é a atuação de uma parcela populacional que imortaliza seu controle sobre os cofres públicos, concede e exporta nossas matérias-primas a valores irrisórios, domina as ferramentas midiáticas em prol de seus interesses e assegura para sua satisfação e a da classe média que a camada popular majoritária permaneça como sempre foi: "pobre, humilhada e obediente" (SOUZA, 2019, p. 264).

O processo de ressignificações da democracia é constante e constitutivo ao uso da Língua e podemos observar que, se usado conscientemente com funções ideologicamente pensadas, estará intrinsecamente atrelado à vontade e ao interesse daqueles que dominam os discursos. Quando não há uma produção de projetos que possam satisfazer a realidade dos in-

divíduos sociais que compõem um Estado multicultural como o Brasil, são fortalecidos os sentimentos de marginalização entre aqueles que são subjugados ao poder de uma classe. A crise do que seria um modelo democrático ideal alia-se a legitimação dos sentidos produzidos nos discursos e confere a fragilidade à sociedade democrática brasileira quando a concessão de políticas públicas como a Educação e a Cultura esbarram em motivações pessoais e não democráticas.

1.1.1. ENSINO SUPERIOR E CULTURA: BREVE ANÁLISE SOBRE A DEMOCRATIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO GOVERNO BOLSONARO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 205, dispõe sobre a Educação como "direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando pelo desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" (BRASIL, 1988). Ademais, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), ferramenta basilar do sistema educacional brasileiro, determina — título II, artigo 3º — que o ensino deva ser ministrado com base no princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência do estudante (BRASIL, 1996). Todavia, essas disposições, quando aplicadas ao contexto contemporâneo do Ensino Superior brasileiro, não se materializam na realidade de nosso Estado.

Ainda que, segundo o artigo 43 da LDB, o Ensino Superior tenha a finalidade de estimular a criação cultural, o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo, a democratização desse instituto vem sendo consumida por um processo de elitização crescente nos últimos tempos, dificultando tanto o acesso gratuito nas universidades públicas, devido à escassez de vagas, quanto a permanência de uma maioria marginalizada econômica e socialmente. Para mais, os sucessivos atos políticos do governo Bolsonaro têm interferido de maneira negativa e significativa nos direitos que já foram alcançados por determinados grupos, vítimas do sistema capitalista excludente e segregativo, intensificando a cada dia as disparidades entre os segmentos socias.

Considerando os obstáculos impostos pelas desigualdades, existem programas criados pelo Ministério da Educação (MEC) que atuam como

resposta à necessidade de diminuí-las, dentre eles: o Fundo de Financiamento Estudantil (FIES), desenvolvido durante o governo FHC (1995–2002), com o intuito de oferecer financiamento aos estudantes dos cursos de graduação de Instituições de Ensino Superior (IES) particulares e o Programa Universidade para Todos (PROUNI), criado durante o governo Lula (2003–2010) e institucionalizado pela Lei nº 11.096/2005, que visa a concessão de bolsas de estudos, integrais ou parciais (50%), para a população de baixa renda nas IES privadas. Outrossim, a Lei de Cotas nº 12.771/2012, sancionada no governo Dilma (2011–2016), permitiu que estudantes de escolas públicas, de baixa renda, negros, pardos, indígenas e pessoas com deficiência ingressassem ao Ensino Superior nas universidades públicas.

As decisões do presente governo vêm dificultando ainda mais o processo de democratização do Ensino Superior e isso se demonstra em ações desenvolvidas desde o início do exercício de poder, as quais repercutiram nacionalmente através dos meios de comunicação de massa e vão de encontro a tudo o que já foi reconhecido anteriormente. A matéria elaborada por Luiz Fernando Toledo para a CNN Brasil, em 05 de junho de 2020, apontou os impactos que a redução de R$ 4,1 bilhões de reais das despesas discricionárias do MEC para 2021, proposta pela Lei Orçamentária Anual de 2020, causaria nas principais políticas da pasta. Dentre os prejudicados estariam: o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), o PROUNI, o FIES, a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e os orçamentos das grandes Instituições Federais (TOLEDO, 2020).

Em observância a essas questões, se atenta ao fato de que há uma evidente instabilidade no âmbito da Educação, sobretudo pela interferência na construção de uma sociedade do conhecimento que, se valorizada e aperfeiçoada em IES de qualidade, amenizaria os grandes males do sistema capitalista, a ignorância estrutural. Outras questões têm sido preponderantes ao enfraquecimento do Ministério da Educação, como por exemplo, a falta de capacitação dos ministros que o assume e as incessantes substituições dos mesmos — Milton Ribeiro agora ocupa a 4.ª posição —, as quais descredibilizam ações da gestão e alimentam a insegurança entre a população brasileira que assiste rotineiramente atos desmedidos que vão sendo aplicados e reformulados.

Quando existe o incentivo pela produção do conhecimento científico, paradigmas consolidados são rompidos e a transformação social percebida. Em contrapartida, na medida em que há: "cortes na concessão de bolsas de pesquisa — seja para financiar graduandos na iniciação científica ou pesquisadores de pós-graduações —, estudos para descentralizar os investimentos em faculdades de Filosofia e Sociologia, tentativas de acabar com o estímulo das ações afirmativas (cotas) em cursos de mestrado e doutorado — Portaria nº 545/2020 —, desenvolvimento de comissão para avaliar a presença de ideologia nas questões do ENEM e "movimentos políticos/culturais estudantis acusados de balbúrdia ", os sinais do retrocesso de uma sociedade democrática que não consegue produzir e expressar seu conhecimento se tornam incontestáveis.

Cabe comentar as controvérsias acerca do Programa Universidades e Institutos Empreendedores e Inovadores (FUTURE-SE), agora Projeto de Lei nº 3.076/2020, apresentado pelo ex-ministro Abraham Weintraub em 2019 que visava flexibilizar a forma como as universidades captam seus recursos, criar formas de financiamento e estabelecer parcerias público-privadas entre as instituições, permitindo a concessão de prédios e a venda de nomes de campus e edifícios (CÂMARA, 2020). Para mais, possibilitaria que as IES públicas se utilizassem das organizações sociais (OS) — associações privadas que recebem recursos do Estado — para cuidarem de serviços terceirizados, autorizando suas interferências nas questões de gestão, pesquisa e internacionalização (CÂMARA, 2020). Contudo, há certa previsibilidade sobre os efeitos que poderão advir da intervenção privada, uma vez que coloca em risco a autonomia universitária — prevista constitucionalmente no artigo 207 —, a qual será submetida a um poder que controla suas ações e políticas acadêmicas.

É imprescindível atentar para a importância e o poder de alcance da autonomia universitária no atual cenário brasileiro, posto que promove o desenvolvimento social, econômico e cultural do país, de modo a impulsionar os programas de pesquisa e extensão universitária e, assim, permitir que as gerações futuras não testemunhem o colapso do sistema educacional. Logo, Medidas Provisórias como a de nº 979/2020 — revogada — que dispunha "[...] sobre a designação de dirigentes pro tempore para as instituições federais de ensino durante o período da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia da

covid-19, de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020" (BRASIL, 2020), autorizando a nomeação de reitores e vice-reitores de universidades sem consulta à comunidade acadêmica, atesta o desmantelamento institucional e administrativo do Ensino Superior e suas consequências devastadoras sobre a consolidação das políticas de expansão e democratização da educação.

Os obstáculos para o acesso e permanência no Ensino Superior brasileiro são inúmeros, começam pelas desigualdades estruturais que acompanham a história do país e se alicerçam na dinâmica do sistema capitalista vigente , o qual motivado pelo lucro, intensifica a hierarquização entre as estratificações sociais, marginalizando uma maioria. As ações do governo Bolsonaro não apenas prejudicam a valorização do Sistema Educacional à Nível Superior, mas deturpam gravemente os sentidos de democracia quando parece ignorar as liberdades civis, os direitos humanos e as garantias fundamentais designadas pelo Estado Democrático de Direito consagrado pela Constituição de 1988.

Em se tratando do acesso à cultura, o mesmo está constitucionalizado no artigo 215, o qual dispõe: "O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais" (BRASIL, 1988). Os direitos culturais a que a Constituição de 1988 prevê, se referem ao âmbito das artes, à memória coletiva e ao curso natural do conhecimento, os quais permitem a aproximação entre os acontecimentos do passado e do presente, a interferência efetiva na realidade dos cidadãos e a possibilidade de mudanças no futuro. A concessão desses direitos sempre priorizará o respeito à dignidade da pessoa humana — princípio fundamental da República, presente no artigo 1º, III, CF/88. Contudo, o acesso e a democratização dessas fontes culturais vêm encontrando dificuldades para se solidificar no governo Bolsonaro, dado que medidas administrativas e de contingenciamento são aplicadas ao Setor de Cultura.

Dentre essas medidas, está a MP nº 870/2019 que rebaixou o *status* administrativo da Cultura, de Ministério — criado em 1985 pelo Decreto nº 91.144 do ex-presidente José Sarney (1985-1990) — para Secretaria Especial da Cultura (BRASIL, 2019), posteriormente transferida ao Ministério do Turismo e estabelecida como subpasta. Importante mencionar que esse episódio não é algo novo aos olhos de brasileiros nascidos antes da

década de 90, visto que no governo Collor (1990–1992) executou-se medida semelhante, através da MP nº 150/1990, a qual reduziu o Ministério da Cultura à condição de Secretaria (BRASIL, 1990).

De pronto, há de se observar atualmente que as substituições contínuas dos secretários da Cultura do governo bolsonarista — Mário Frias ocupa agora a 5.ª posição — e a escolha de presidentes para fundações importantes como a Fundação Cultural Palmares — Sérgio Camargo — e a Fundação Nacional das Artes (FUNARTE) — Dante Henrique Mantovani —, atestam a instabilidade de uma Secretaria imprescindível à sociedade democrática brasileira, visto que a cada dia se observa direitos serem cerceados pelas ações de governo motivadas por questões político-ideológicas.

Embora a Lei nº 8.313/1991 — popularmente conhecida como Lei Rouanet, criada no governo Collor (1990–1992) — vise facilitar o livre acesso às fontes de cultura, difundir o conjunto das manifestações culturais e regionalizar e proteger as expressões culturais responsáveis pelo pluralismo cultural do Estado (BRASIL, 1991), ela tem encontrado percalços pelo caminho de sua efetivação. As políticas nacionais de redução de verbas estão sendo aplicadas conforme a discricionariedade do governo Bolsonaro, ou seja, conduzidas pelo grau de "importância" que determinada expressão cultural possui para o tal, devendo estar em consonância com os ideais compartilhados pelo partido da extrema direita. A principal atualização que a Lei Federal de Incentivo à Cultura teve atualmente, diz respeito à diminuição do teto para a captação de recursos por projeto, de R$ 60 milhões para R$ 1 milhão de reais (BRASIL, 2020), mudança trazida pela Instrução Normativa nº 5/202.

São inegáveis as consequências negativas que essa alteração causará ao Setor Cultural brasileiro e a outros setores interdependentes, uma vez que suscita problemas econômicos na geração de empregos, intensifica a concentração de investimentos no eixo RIO–SP, afeta a produção de grandes espetáculos musicais e feiras literárias, não favorece projetos populares de pequeno porte e, sobretudo, não atrai patrocinadores, pois os principais captadores da Lei Rouanet são grandes institutos culturais ligados a bancos e, por possuírem planos plurianuais — programação já estabelecida durante o ano —, estarão fora do teto anunciado. Dessa forma, é possível evidenciar um filtro ideológico estabelecido pelo governo brasileiro que

renega a expressão da diversidade do homem e de suas pluralidades, afastando o povo do que lhe é inerente e assegurado constitucionalmente, a cultura.

De mais a mais, outro ponto a ser destacado é a atuação do Programa de Ocupação dos Espaços Caixa Cultural, desenvolvido pela Caixa Econômica Federal — constituída pelo Decreto-Lei nº 759/1969 —, que objetiva selecionar projetos culturais a partir de uma comissão técnica formada por funcionários da instituição e especialistas de segmentos artísticos. Ocorre que, segundo matéria de Gustavo Fioratti publicada no jornal Folha de São Paulo em 4 de outubro de 2019, projetos culturais realizados em todo o país estariam sendo supostamente peneirados devido a presença de possíveis pontos polêmicos nos mesmos (FIORATTI, 2019).

Ainda que não esteja explícita a restrição de temas para a seleção dos projetos, a matéria acima ainda expõe que espetáculos teatrais como "Abrazo", "Gritos" e "Lembro Todo Dia de Você", os quais abordam questões de sexualidade, democracia e sistemas autoritários, não foram aprovados pelo sistema (FIORATTI, 2019). Diante disso, sensível é o contraste e o dano trazido à atuação do Programa Nacional de Apoio à Cultura (PRONAC) — implementado pela Lei 8.313/1991 —, posto que dentre suas inúmeras finalidades está a ampliação do acesso à cultura, o estímulo à produção cultural e a proteção das mais diversas expressões culturais (BRASIL, 1991).

Não é novidade que discussões de gênero, sexualidade, regimes de governo e representatividade de minorias desagradam a atual gestão. A instalação de uma censura velada em uma sociedade moderna como a brasileira, que adota o sistema democrático representativo, é extremamente preocupante. Em 2019 a suspensão, por 180 dias, proposta pelo ex-ministro da Cidadania Osmar Terra, mediante Portaria nº 1.576/2019, do edital da Agência Nacional de Cinema (ANCINE) — o qual fomentava produções LGBTQIA+ —, faz presumir a coação estatal sobre as obras a serem financiadas pelo órgão público, o que demonstra alguns entre vários outros problemas que impedem o exercício democrático artístico-cultural, limitando-o ao crivo de pensamentos conservadores, autoritários e elitistas do governo.

As comparações são inevitáveis em se tratando do governo Bolsonaro (2019–) e do governo Lula (2003–2010). Observa-se que, enquanto o

primeiro em apenas um 1 ano e 8 meses de governo extinguiu o Ministério da Cultura e intensificou o distanciamento entre sociedade e cultura, o segundo, durante o mandato de oito anos, enfatizou o papel ativo do Estado em diversas áreas culturais a partir da conexão com a população brasileira (RUBIM, 2012). Sob comando do ex-ministro Gilberto Gil, pertencente ao governo Lula, o falecido Ministério da Cultura proporcionara a expansão do público alvo das ações culturais, de modo a não restringi-las aos criadores e produtores das obras, mas que envolvessem toda a sociedade. O espaço para os movimentos de expressão afro-brasileira, indígena, de gênero, de sexo e de periferia foram intensamente incentivados (RUBIM, 2012).

As ações e os discursos oficiais do atual governo brasileiro possuem motivações que dificilmente conversam com as reais necessidades do povo brasileiro, carregam uma ideologia de repressão e medo, típicas de governos autoritários, fragilizando e deturpando gradualmente os significados de democracia. Logo, a educação e a cultura se apresentam como figuras de resistência em meio ao caos contemporâneo que as desprezam e as diminuem, mesmo que democratizem todas as formas de manifestação humana. A expansão e consolidação desses institutos "[...] significa não só o abandono de uma visão elitista e discriminadora [...], mas representa um contraponto ao autoritarismo com a busca da democratização das políticas culturais" (RUBIM, 2012, p. 40). Por estarem intrinsecamente associadas à civilização e ao progresso, a educação e a cultura amedrontam a ignorância.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É fato que os sentidos de democracia são instituídos e ganham espaço na sociedade a partir da construção dos modelos democráticos que respondem aos anseios sociais que acompanham determinada dimensão histórica, estando suscetíveis às inúmeras alterações e à constante influência ideológica de um grupo hegemônico, o qual deterá o poder e o controle sobre as massas, mediante discursos que seduzem e ocultam suas verdadeiras intenções. Os resultados alcançados a partir da construção dessa percepção crítica nos remete à atuação da manipulação ideológica frente às eleições presidenciais de 2018, a qual instigou a eleição do atual presidente

da República, Jair Messias Bolsonaro, figura que atesta o poder do ideologismo, que faz uso do caos e da insatisfação popular para se estabelecer, plantando rotineiramente a dúvida sobre a democracia institucionalizada.

Os atos oficiais do governo Bolsonaro (2019–), ainda que contrários ao que está institucionalizado em nossa Carta Maior, vêm sendo naturalizados por boa parte da população que acaba por legitimar o falso moralismo, permitindo que ações antidemocráticas sejam justificáveis. Em análise comparativa aos ideais fascistas é possível perceber que em seu cerne está a (não)democratização de políticas públicas que estimulem a autonomia, a expressão e a participação popular frente às decisões do governo, principalmente as que envolvem o desenvolvimento da consciência para além do senso comum, através da democratização do Ensino Superior e da Cultura. As consequências são inúmeras: a subversão do sistema democrático e, consequentemente, a supressão dos direitos do povo, implicam em resultados que censuram, dificultam e impedem a autodeterminação dos sujeitos.

À vista desses entraves, observa-se que o acesso tanto ao Ensino Superior quanto à Cultura brasileira vem se tornando cada vez mais elitizado. Ainda que o fator das desigualdades estruturais acompanhe a história do país, as ações do governo Bolsonaro fragilizam e ameaçam a existência desses institutos. Os discursos oficiais do atual governo brasileiro eleva a importância de dar continuidade a essa pesquisa, a fim de construir uma crítica real, social e política, na qual o povo como soberano possa desenvolver ações conscientes e independentes, capazes de criar novos sentidos que se adequem à multiplicidade e à pluralidade da sociedade brasileira. Assim, democratizar todas as formas de expressão e manifestação humana através da Educação e da Cultura inicia-se como forma de resistência a ser instituída de modo a solidificar a consciência crítica a fim de nos tornarmos livres de direito.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores. São Paulo, 2008.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 91.144/1985**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d91144.htm. Acesso em: 2 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.096/2005**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11096.htm. Acesso em: 31 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.711/2012**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm. Acesso em: 31 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.313/1991**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8313cons.htm. Acesso em: 3 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.394/1996**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 3 ago. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 870/2019**. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/57510830. Acesso em: 3 ago. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 979/2020**. Diário Oficial da União. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-979-de-9-de-junho-de-2020-261041611. Acesso em: 2 ago. 2020.

BRASIL. **Portaria nº 1.576/2019.** Diário Oficial da União. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-1.576-de-20-de-agosto-de-2019-211680778. Acesso em: 26 set. 2020.

BRASIL. **Portaria nº 545/2020**. Diário Oficial da União. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-545-de-25-de-marco-de-2020-249807561. Acesso em: 2 ago. 2020.

BRASIL. **Caixa Econômica Federal**. Disponível em: http://www.caixa.gov.br/cultura/Paginas/default.aspx. Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 759/1969.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0759.htm. Acesso em: 26 set. 2020.

BRASIL. **Ministério da Educação**. Disponível em: http://www.gov.br/mec/pt-br. Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. **Secretaria Especial da Cultura**. Disponível em: http://www.cultura.gov.br. Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.076/2020**. Disponível em: http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/projetos-de-lei-m/pl-2020. Acesso em: 2 ago. 2020.

FIORATTI, Gustavo. Caixa Econômica cria sistema de censura prévia a projeto de seus centros culturais. **Folha de S. Paulo**, 4 set. 2019. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2019/10/caixa-economica-cria-sistema-de-censura-previa-a-projetos-de-seus-centros-culturais.shtml. Acesso em: 26 out. 2020.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

RUBIM, Antonio Albino Canela. **Políticas Culturais no Brasil:** passado e presente. 2012.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A Difícil Democracia:** reinventar as esquerdas. São Paulo: Boitempo, 2016.

SOUZA, Jessé. **A Elite do Atraso:** da escravidão à Bolsonaro. 1. ed. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019. *E-book*.

TOLEDO, Luiz Fernando. MEC prevê maior queda de recursos desde 2018 e Enem corre risco para 2021**. CNN BRASIL**, São Paulo, 5 jun. 2020. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2020/06/05/mec-preve-maior-queda-de-recursos-desde-2018-e-enem-corre-risco-para-2021. Acesso em: 2 ago. 2020.

VOESE, Ingo. Sobre as Noções de Língua e Discurso. **Leitura — Discurso: História, Sujeito e Ideologia**, n. 30, p. 65–99, jul./dez. 2002.

DA (IM)POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DE PRECATÓRIOS DURANTE A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19)

Isabella Hissae Bittencourt Fokuda[133]
Nilson Tadeu Reis Campos Silva[134]

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo central debater a possibilidade de suspensão dos pagamentos dos precatórios judiciais durante a situação de calamidade pública decorrente da pandemia do coronavírus (COVID-19), bem como desenhar as consequências jurídicas e sociais sobre o tema.

Sob essa perspectiva, precipuamente, atenta-se para o debate sobre os Direitos Fundamentais, em especial os direitos basilares à vida e à saúde, sendo estes absolutamente indispensáveis à concretização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

---

133 Pós-graduanda em Direito Tributário, na modalidade Latin Legum Magister (L.L.M.), pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), Brasil. Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM).

134 Pós-doutor em Ciências Histórico-Jurídicas (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa); Doutor em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos (Instituição Toledo de Ensino); Professor Associado da UEM; Professor Visitante do Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

Desta forma, disserta-se sobre as normativas que instituem o Sistema Único de Saúde e as diretrizes para o enfrentamento da COVID-19 no Brasil, além de refletir sobre a natureza do Estado de Calamidade Pública e sua repercussão fática.

A pesquisa expõe a evolução legislativa sobre as preferências no pagamento dos precatórios, desde a sua origem até a contemporaneidade, os motivos de sua existência e os problemas atinentes à matéria. Também analisa o Projeto de Emenda Constitucional nº 21/2020, contrapondo sua justificativa quanto à sua inconstitucionalidade, a questionar se aquele Projeto, nominado como nova moratória, é efetivo ao enfrentamento da Pandemia do ponto de vista sanitário, social e econômico, por desconsiderar todos os outros gastos para os quais os recursos são destinados.

Na elaboração deste artigo foi adotada como metodologia a pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial.

1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA E À SAÚDE

Os direitos fundamentais têm papel destacado no constitucionalismo moderno, por exprimirem direitos invioláveis dos homens, daí não podendo, em hipótese alguma, serem suplantados.

As Constituições contemporâneas disciplinam primeiro os direitos e as garantias individuais, demonstrando, de forma manifesta, que os poderes do Estado são instituídos e subordinados aos imperativos da sociedade civil. É dizer: alimenta-se os indivíduos que compõem a comunidade, e é esta a orientação seguida na Constituição Federal de 1988 (REALE, 2016).

Compreende-se como Direitos Fundamentais determinados conteúdos que são essenciais para o Ordenamento Jurídico não apenas pelo fato de estarem regulamentados na Constituição, mas pela relevância de sua significação.

Para tanto, sopesam-se os valores predominantes na sociedade, que variam de acordo com os contextos sociais, refletindo diretamente nos dispositivos normativos, gozando, por conseguinte, de supremacia e supralegalidade (AGRA, 2018).

Com a evolução histórico-normativa, o Direito deixou de ser um conjunto de normas, passando a buscar a efetividade e o desenvolvimento

de uma dogmática de interpretação, superando as antigas normas esvaziadas de conteúdo prático (MENDES, 2017).

A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades, um valor supremo que norteia os Direitos Fundamentais (MENDES, 2017). Por essa razão, cabe ao Estado garanti-la e resguardá-la em sua dupla concepção, quais sejam: o direito de continuar vivo, e a de se ter vida digna quanto à subsistência, criando-se, portanto, serviços que a resguardem, como, por exemplo, a assistência médica (MORAES, 2018).

Somando-se ao rol dos Direitos Fundamentais expostos no art. 5º da Constituição Federal, por seu conteúdo e significado, alguns direitos são equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal, como o direito à saúde (FACHIN, 2012).

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 é a primeira a consagrar o Direito Fundamental à saúde:

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1998a, *online*).

O reconhecimento do direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas conduziu indivíduo e Estado a uma relação jurídica obrigacional, como aponta o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes:

> A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente, impondo aos entes federados um dever de prestação positiva. [...] A essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde (art. 197), legitimando a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em apreço. (MENDES, 2017, p. 739).

Tal direito assenta-se como uma prestação de relevância pública, cabendo aos órgãos estatais, ao cumprir esse dever fundamental, zelar pelo bom atendimento dos serviços, dispondo sobre sua regulamentação, fiscalização e controle e realizando-os de forma integrada.

Ao criar o Sistema Único de Saúde, o constituinte originário rompeu com a tradição para adotar uma rede única, regionalizada e hierarquizada, seguindo o critério da subsidiariedade como forma de melhor concretizar esse Direito Social. Em outras palavras, adotou-se a sistemática do federalismo cooperativo (art. 23, II, CF), em que o Estado, exercendo seu dever obrigacional, objetiva a isonomia material e a atuação conjunta para erradicação das grandes desigualdades sociais e econômicas.

Para tais atos, foi regulamentada a distribuição de receitas pelo produto arrecadado, bem como ampliada a participação de Estados e Municípios na renda tributária. Saliente-se que a previsão da criação de fundos públicos apresenta o escopo de combater os desequilíbrios regionais e potencializar o acesso aos serviços de saúde (MENDES, 2017).

É certo que a regulamentação da saúde, para ser eficaz, necessita de uma adequada fiscalização e um intenso controle por parte dos entes públicos (art. 197 da CF). As normativas sobre o Sistema Único de Saúde estão dispostas no art. 198 da Constituição Federal, e estampam que o atendimento na rede pública deve ser integral, abrangendo, absolutamente, todos os casos necessários, e com prioridade para os serviços de natureza preventiva (art. 198, I a III, da CF).

Além disso, o financiamento da saúde origina-se do orçamento da seguridade social, mas não existe impedimento para a participação de outras fontes (AGRA, 2018).

Com efeito, a Emenda Constitucional nº 29/2000 determinou ainda o financiamento da saúde por meio de cada ente federativo. Dessa forma, a presente regulamentação objetiva fornecer critérios de transferências e destinação de valores para Estados, Municípios e o Distrito Federal, definindo também as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas nos três níveis da federação. Além disso, conceituou o que são gastos com saúde, bem como quais ações e serviços podem, ou não, serem financiados com estes recursos (AGRA, 2018).

No plano infraconstitucional, o Sistema Único de Saúde está disciplinado pelas Leis Federais nº 8.142/90 e nº 8.080/90. A Lei Complementar

nº 141, de 13 de janeiro de 2012, regulamentou, por sua vez, a operacionalização destes critérios de financiamento, conferindo percentuais mínimos a serem aplicados por cada ente da federação em ações envolvendo serviços públicos de saúde, ficando estipulado que os Municípios disponibilizarão 15% de suas despesas, os Estados 12% de suas despesas, e a União o valor do ano anterior acrescido da variação do PIB (AGRA, 2018).

Por outro lado, para fins de apuração da aplicação dos recursos mínimos definidos na Lei, não podem ser computadas "despesas relacionadas com outras políticas públicas que atuam sobre determinantes sociais e econômicos, ainda que incidentes sobre as condições de saúde da população" (art. 2º, III).

Essa norma possui grande impacto na atuação dos gestores públicos, em que pese estabelecer que, para alcançar o patamar mínimo de despesas em saúde, não mais poderão ser considerados desembolsos de outra natureza, como, por exemplo, valores destinados ao pagamento dos precatórios (MENDES, 2017).

A Emenda Constitucional nº 86, de 17 de março de 2015, estabeleceu que o percentual despendido pela da União não poderá ser inferior a 15% da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro (MENDES, 2017).

Porém, o Congresso Nacional, ao aprovar o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, reconheceu que o país está em estado de calamidade pública em vista da pandemia causada pelo coronavírus (COVID-19). Dessa forma, a normativa permitiu que secretários e dirigentes da Administração Pública adotassem medidas excepcionais necessárias à racionalização de todos os serviços públicos.

A calamidade pública encontra sedimentação na Lei nº 12.340/2010 e no Decreto nº 7.257/2010 — posteriormente alterado pela Lei nº 12.608/2012 —, normas que estabelecem a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, com definições técnicas sobre a ocorrência de desastres que causam danos graves à comunidade.

Em consonância com o disposto no art. 2º do Decreto supramencionado, entende-se por estado de calamidade pública a "situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido" (BRASIL, 2010, *online*).

Nesse contexto, os entes públicos vêm efetuando os ajustes necessários, nas ações da saúde, posto ter a pandemia afetado todos os setores da Administração Pública, causando cortes significativos em suas despesas. Entretanto, nem todos os gastos fixos são passíveis de contingenciamento, seja pela sua essencialidade, seja por sua continuidade.

Ora, se frente a existência concreta de um risco iminente para a vida humana, em determinada circunstância, a Administração Pública se omite de exercer as suas funções, ou se exime de adotar providências preventivas de proteção das pessoas ameaçadas, o Estado falha no dever decorrente da proclamação do direito à vida (MENDES, 2017). Não basta somente evitar que a pessoa humana seja acometida de doenças, mas também de igual importância se reveste seu papel de assegurar que o cidadão possa desenvolver todas as suas capacidades, de acordo com os objetivos que busca perseguir em sua existência: a atuação dos entes estatais se mostra imprescindível para a implementação do direito à saúde (AGRA, 2018).

Outrossim, apesar da imperiosidade desse Direito Fundamental, emerge uma questão controversa, a qual se busca elucidar com o presente artigo: ainda que sabido que a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício pleno e efetivo da cidadania, no contraponto às decisões judiciais esbarram-se nas dos gestores públicos, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para esta área, ou que estejam além das capacidades orçamentárias.

O Estado brasileiro não pode se omitir na prestação da saúde pública: além de estar prevista de forma manifesta na Constituição, é um serviço custeado com dinheiro de toda a sociedade (AGRA, 2018). Somando-se a isso, sabe-se que a ordem social se apartou da ordem econômica, demonstrando sua autonomia e atestando que sua concretização não está subordinada de forma absoluta a conjunturas financeiras.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana apresenta como escopo central resguardar o "mínimo existencial" dos indivíduos. Por conseguinte, emerge o questionamento em relação a ideia da reserva do possível como limite fático à concretização dos direitos sociais, pois, apesar da escassez de recursos para o financiamento de políticas públicas, seria possível

estabelecer prioridades entre as diversas metas, racionalizando a sua utilização, com enfoque nos gastos reputados como indispensáveis e urgentes (AGRA, 2018). É de se concluir, então, que existe um dever obrigacional da Administração Pública de diligenciar para a efetiva concretização dos Direitos Fundamentais.

2 DO REGIME JURÍDICO DE PAGAMENTO DOS PRECATÓRIOS E DAS CLASSES PREFERENCIAIS

O regime jurídico de pagamento de precatórios é estabelecido, principalmente, na Constituição Federal de 1988 e nas Emendas Constitucionais; de forma subsidiária, é regulamentado pelas Leis Federais, Estaduais e Municipais, pelas Resoluções do Conselho Nacional de Justiça, bem como pelos Regulamentos Internos dos Tribunais.

Na redação original do art. 100 da Constituição Federal, os créditos eram divididos em natureza alimentar e os de natureza comum. Em síntese, os de natureza comum relacionam-se à sua origem, às prestações necessárias à subsistência da pessoa natural; os de natureza não alimentar, em contrapartida, correspondem a todos os fatos e atos que o excluíssem da outra categoria, apresentando-se de forma residual.

Destarte, com a redação do artigo supramencionado e o art. 33, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, também instituída por força do Poder Constituinte originário, os créditos alimentares deveriam ser pagos à vista e, paralelamente, os de natureza comum deveriam respeitar a ordem cronológica.

Além disso, precatórios anteriores à Constituição Federal de 1988 deveriam ser quitados em até oito parcelas anuais, iguais e sucessivas, sendo que o valor da parcela anual deveria ser rateado, proporcionalmente, entre os credores (LIMA, 2015).

A concepção da preferência aos créditos alimentares consolidou-se por meio da Súmula nº 655 do Supremo Tribunal Federal:

> A exceção prevista no art. 100, *caput*, da Constituição, em favor dos créditos de natureza alimentícia, não dispensa a expedição de precatório, limitando-se a isentá-los da observância da ordem cro-

> nológica dos precatórios decorrentes de condenações de outra natureza (STF, 2003, *online*).

Na mesma seara versa a Súmula nº 144, do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 1995): "Os créditos de natureza alimentícia gozam de referência. Desvinculados os precatórios da ordem cronológica dos créditos de natureza diversa".

Pela interpretação da Corte Suprema, esses créditos apresentariam precedência em relação aos demais, mas ainda assim deveriam ser submetidos ao procedimento dos precatórios (FAIM FILHO, 2018).

A Emenda Constitucional 30, de 13 de setembro de 2000, manteve a redação do *caput* do art. 100, da Constituição Federal de 1988, alterou a redação dos §§1º, 2º, e 3º, além de instituir os §§1º-A, 4º e 5º.

Dessa forma, o §1º-A enumerou as causas de créditos de natureza alimentar, bem como os grupos que deveriam se submeter à ordem cronológica, abrindo-se a possibilidade de uma mesma entidade federativa ter duas listagens:

> Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado (BRASIL, 2000, *online*).

Por fim, salienta-se que os créditos antigos deveriam ser pagos em até dez parcelas anuais, iguais e sucessivas (LIMA, 2015).

Dentre as inovações instituídas pela Emenda Constitucional nº 62, de 9 de dezembro de 2009, evidencia-se a criação da classe superpreferencial de credores: os créditos de natureza alimentar subdividiram-se, instituindo nova listagem sob o critério de ser o indivíduo portador de doença grave ou possuidor de idade igual ou superior a 60 anos.

As classes preferenciais de credores estão disciplinadas no §2º, do art. 100, da Constituição Federal; no §18 do art. 97, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e, ainda, no art. 9º e seguintes da Res. 115/2010, do Conselho Nacional de Justiça.

Com efeito, é certo que compete ao juízo da execução determinar a natureza do crédito, a requerimento do credor, tendo em vista que a este pertence a atribuição de expedição do ofício-precatório, em consonância com o art. 5º, V, Res. 115/2010, do Conselho Nacional de Justiça. Ademais, esta decisão não será objeto de revisão, nem mesmo do Presidente do Tribunal de Justiça, não possuindo este competência para o ato (LIMA, 2015).

Essa Emenda Constitucional instituiu a possibilidade de fragmentação dos créditos alimentares preferenciais para efeito de pagamento parcial antecipado, conforme previsto no art. 100, §2º, da Constituição Federal, em combinação com o §17, do art. 97, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Esta opção é limitada ao valor de até três vezes do *quantum* dispendido pela entidade federativa devedora, a título de Requisição de Pequeno Valor (RPV), para cuja aplicação concorre o art. 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (BRASIL, 1988b). Contudo, caso o valor total do precatório ultrapasse três vezes o estipulado para as RPVs, o excedente será pago na ordem cronológica (LIMA, 2015).

Os precatórios preferenciais, cujo pagamento deve ser feito em segundo lugar, são os seguintes: os débitos de natureza alimentícia, cujos titulares tenham 60 anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doenças graves, e que não tenham sido pagos, integralmente, na primeira preferência; e os demais débitos de natureza alimentar (LIMA, 2015).

Vale ressaltar também que possuem preferência os honorários advocatícios para advogados que estejam na situação prevista na norma, nos mesmos termos apresentados anteriormente (MOREIRA *et al.*, 2019).

Nos casos de precatórios preferenciais liquidados parcialmente, a Resolução nº 115/2010, do Conselho Nacional de Justiça, dispõe que se deve manter a posição original na ordem cronológica, em que pese a sua mudança ser, inclusive, fundamento para sequestro como prevê a Constituição Federal (FAIM FILHO, 2018).

Primordialmente não existia previsão de pagamento para os precatórios superpreferenciais, havendo sobre o tema apenas decisões esparsas, no âmbito dos tribunais estaduais, que reconheciam a possibilidade de sequestro para o seu recebimento antecipado (MOREIRA *et al.*, 2019).

Esse instituto é uma construção jurisprudencial, e eram conhecidos, precipuamente, como precatórios humanitários, bem como não havia imposição de limites de valores, ora apontados pela normativa (FAIM FILHO, 2018).

Com essa Emenda Constitucional instaurou-se, também, um novo sistema de pagamentos de precatórios: o Regime Geral e o Regime Especial. No primeiro caso, são aplicáveis as disposições do art. 100, da Constituição Federal de 1988, às entidades federativas que não possuíam nenhum precatório em mora em 10/12/2009, data da publicação da referida norma, enquanto as disposições do art. 97, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias são empregadas às entidades federativas que possuíam, pelo menos, um precatório em mora na data supramencionada. Salienta-se que não existe possibilidade de, concomitantemente, serem aplicados os dois regramentos (FAIM FILHO, 2018).

A Resolução nº 115, do Conselho Nacional de Justiça, fixa parâmetros que deverão ser observados para pagamentos preferenciais, bem como dispõe que em caso de morte do credor, após o protocolo do requerimento, a preferência por idade ou doença estende-se em favor do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira em união estável, não se aplicando a preferência ao cessionário (art. 10, §4º, CNJ 115) (MOREIRA *et al.*, 2019).

Com a Emenda Constitucional nº 94, de 15 de dezembro de 2016, houve outra atualização para atender a uma nova demanda social, instituindo mais uma categoria de preferência: os titulares por sucessão hereditária, que se enquadrem nos critérios de superpreferência, restringindo-se aos casos de precatórios alimentícios. A emenda ainda acrescentou as pessoas com deficiência no rol de credores preferenciais, assim definidas na forma da Lei nº 13.146/2015 (MOREIRA *et al.*, 2019).

Ocorre que, excepcionalmente, para parte da doutrina, admite-se a transmissão do direito de preferência ao cônjuge supérstite ou companheiro em união estável do credor prioritário, que tiver falecido após o protocolo do pedido de preferência, desde que este também se enquadre nos critérios legais supramencionados, embora alguns doutrinadores entendem que se a preferência é personalíssima, é não permitida a transmissão sob qualquer hipótese (LIMA, 2015).

3 DO PROJETO DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 21/2021 E DA SUA INCONSTITUCIONALIDADE

Ainda que o legislador ordinário tenha fixado a ideia de supremacia da ordem constitucional, a Constituição Federal de 1988 previu um processo legislativo especial, que possibilita a alteração de normativas ante à mutação do contexto social brasileiro no decorrer do tempo-espaço, mantendo-a, ao máximo possível, atualizada.

A alterabilidade constitucional deve conservar o valor integrativo da norma, no sentido de mantê-la substancialmente idêntica ao sistema originário. Isto é, a substituição de uma Constituição por outra exige, imperiosamente, de uma renovação do Poder Constituinte (MORAES, 2018). A Emenda à Constituição Federal, enquanto proposta, é considerada um ato infraconstitucional sem qualquer normatividade, só ingressando no Ordenamento Jurídico após sua aprovação, passando então a ser preceito constitucional, de mesma hierarquia das normas constitucionais originárias (MORAES, 2018).

Sob essa perspectiva, o Projeto de Emenda Constitucional nº 21, de 21 de maio de 2021, apresentado pelo Senador Wellington Fagundes (PL/MT) e outros, objetiva suspender o pagamento dos precatórios judiciais por parte da União, Estados, Distrito Federal e Municípios durante a situação de calamidade pública decorrente da Pandemia ocasionada pelo Coronavírus (COVID-19).

O Projeto busca acrescentar dois artigos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

> Art. 1º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido dos seguintes artigos:
>
> Art. 115. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão suspender o pagamento de precatórios judiciais, durante a situação de calamidade pública, nos termos do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 2000, em decorrência da pandemia da coronavírus (COVID-19).
>
> Parágrafo único. Após o prazo definido no *caput*, o pagamento dos precatórios retornará obedecendo rigorosamente sua ordem de inscrição, nos termos da legislação pertinente.

> Art. 116. Os recursos liberados na forma desta Emenda Constitucional somente poderão ser utilizados em ações que objetivem mitigar os efeitos provocados pela pandemia da coronavírus (COVID-19). (BRASIL, 1988b, *online*).

Como justificativa, o Projeto dispõe:

> O objetivo desta proposição é possibilitar a liberação de recursos financeiros para que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possam financiar ações que visem mitigar os efeitos da pandemia do coronavírus (COVID-19), que se espalha de forma assustadora por todo planeta, incluindo as mais diversas regiões do Brasil, exigindo uma resposta imediata e urgente por parte do Poder Público. Caso o Poder Público não adote ações imediatas, temos convicção absoluta de que os efeitos serão catastróficos sobre toda a sociedade. Torna-se necessário, portanto, a liberação de recursos para que essas ações possam ser executadas imediatamente, de forma coordenada pelos entes das três esferas de governo da Federação. Após a suspensão proposta, os pagamentos deverão retornar observando-se de forma rigorosa a ordem de inscrição dos precatórios, conforme legislação pertinente. Diante da gravidade da crise que enfrentamos, espero contar com o apoio dos demais membros do Congresso Nacional para a aprovação urgente desta proposta. (BRASIL, 1988b, *online*).

Atualmente, a PEC tramita no Plenário do Senado Federal, com ofícios apoiadores da Frente Nacional de Prefeitos e da Associação das Secretarias Municipais de Finanças de São Paulo, que relatam a dificuldade de adimplemento dos precatórios, em razão das receitas municipais terem sido drasticamente afetadas, causando uma significativa redução de recursos.

Contrapondo-se a isso, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil acostou ofício manifestando, acertadamente, contrariedade ao Projeto, apontando que a suspensão no pagamento dos precatórios não solucionará a questão orçamentária dos entes públicos devedores; que infringe diversos Princípios do Ordenamento Jurídico brasileiro; que viola os art. 1º, *caput*, ao art. 2º, o art. 5º, *caput*, incisos XII, XXXV, XXXVI, e

LXXVII, da própria Constituição Federal; que contraria os julgamentos do Supremo Tribunal Federal das ADI nº 4.357 e nº 4.425; que implica na majoração da crise do endividamento; e em especial, na omissão quanto aos pagamentos dos créditos de natureza alimentar, que por si só apresentam urgência.

Por fim, é certo que a medida pretendida de alteração constitucional, se aprovada como proposta, prejudicará as pessoas idosas e os portadores de doenças graves, ou seja: afetará justamente a parcela da população que, neste momento de pandemia, mais necessita do amparo do Poder Público.

CONCLUSÕES

O exame da proposta de suspensão dos pagamentos dos precatórios judiciais durante a situação de calamidade pública decorrente da pandemia do coronavírus (COVID-19), aponta para o fato de que suas consequências jurídicas e sociais atingirão exatamente as parcelas mais debilitadas e vulneráveis da sociedade.

O tema precatório, sobre ser intrincado e complexo, é extenso, cuja análise exige o conhecimento de robusto conjunto de informações, às quais a grande maioria das pessoas não têm acesso, mesmo aqueles que possuem formação jurídica, uma vez que é pouco debatido na comunidade acadêmica.

Nessa perspectiva, o procedimento de Execução ou Cumprimento de Sentença contra a Fazenda Pública é extremamente burocratizado, e em que pese esteja previsto na Constituição de forma expressa, na prática a regra é desrespeitada, resultando em inconsequentes moratórias.

O atraso no pagamento é histórico: de início, não havia regras em relação à ordem de pagamento, ou qualquer critério de preferência. Com a constitucionalização da questão, a Fazenda Pública passou a se beneficiar do regime de impenhorabilidade dos bens e, assim, decidir arbitrariamente quem seria o privilegiado com a quitação. Atualmente, após anos de evolução normativa e sucessivas Emendas Constitucionais, há uma igualdade teórica entre os credores e o resguardo de seu direito.

Nesse deslinde, verifica-se, na problemática emergida no caso em escopo, de um lado o rígido procedimento de pagamento dos precatórios, com todo seu aparato principiológico e teórico; e, de outro lado, o

estado de calamidade pública que assola os cofres públicos, no combate da doença. Entretanto, a Proposta de Emenda examinada é inconstitucional e choca-se com temas imprescindíveis do Estado Democrático de Direito, pois a postergação no pagamento dos precatórios contraria, manifestadamente, a separação de Poderes, a Segurança Jurídica, os Direitos Humanos Fundamentais e o Princípio da Moralidade Administrativa. A sua justificativa da Proposta é frágil, e não apresenta qualquer dado estatístico que possa embasar, comprovadamente, que a medida de suspensão dos pagamentos acarretará melhoras expressivas nas finanças públicas.

Na realidade e de modo contraposto, a Proposta representa um retrocesso econômico e político, tendo em vista as sucessivas moratórias aprovadas, que retardam infinitamente a satisfação do crédito pelo ente público.

A regra introduzida com a Emenda Constitucional nº 62/2009, que estabeleceu os critérios de super preferência no §2º, do art. 100, da Constituição Federal, reafirma de modo irrefutável a supremacia ao direito à vida, de que é corolário o direito à saúde e à Dignidade da Pessoa Humana, reconhecendo a prioridade dentro da prioridade de tramitação dos precatórios alimentares. É dizer: a norma constitucional resguarda idosos e portadores de doenças graves dos efeitos da demora inerente à tramitação dos precatórios, morosidade capaz de comprometer os direitos fundamentais do credor.

É preciso salientar que a natureza alimentar engloba qualquer verba que sirva ao sustento da parte e de sua família, ou seja, por si só apresenta urgência, sendo a Proposta absolutamente omissa quanto a esse ponto. Além disso, o Princípio da Supremacia do Direito à Vida e o Princípio da Dignidade Humana também encontram-se no lado oposto da Proposta.

Inexiste Supremacia do Interesse Público que salvaguarde atos do Estado contrários aos Direitos Fundamentais, como o da efetividade plena da tutela jurisdicional. Sendo assim, mesmo que viável a relativização da norma constitucional a partir de elementos concretos, como a ocorrência do estado de calamidade pública, através de um juízo de proporcionalidade, como reconhecem algumas teses mais amplas, no caso dos precatórios a situação não é de mero confronto normativo; em que pese a análise do caso concreto, deve-se levar em consideração, também, a situação dos demais que se serão prejudicados em caso de aprovação da suspensão.

É notório que ao Erário não falta dinheiro, mercê da colossal tributação praticada, assim como a ciclópica quantidade de precatórios, em todos os entes federados, desvela a constatação de que quem elabora as normas com o dever de proteger o interesse público é o primeiro a descumpri-las em detrimento dos interesses da sociedade e dos indivíduos, o que autoriza concluir não ser possível aceitar as tradicionais escusas usadas para perpetuar o inadimplemento estatal.

Ao contrário, o pagamento dos precatórios não representa empecilho à política de contenção da crise econômica adotada pelo governo, pois devolve à economia valores, como investimento direto a curto prazo, e promove, por conseguinte, o desenvolvimento econômico.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1988a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 jun. 2021.

BRASIL. Constituição. **ADCT de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1988b. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 7.257, de 4 de agosto de 2010.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7257.htm. Acesso em: 4 jun. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000.** Altera a redação do art. 100 da Constituição Federal e acrescenta o art. 78 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, referente ao pagamento de precatórios judiciários. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.

br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc30.htm. Acesso em: 3 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 655**. Relatora: Ellen Grace. DJ: 13/10/2003. STFJus, 2003. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2255. Acesso em: 21 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Jurídico. **Súmula nº 144**. Administrativo. Alimentos. Precatório. Crédito alimentar. Preferência. Seguridade social. CF/88, art. 100. ADCT da CF/88, art. 33. CPC/1973, art. 730, I e II. Lei 8.197/91, art. 4º. JusBrasil, 1995. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=s%C3%BAmula+144&idtopico=T10000002. Acesso em: 3 jun. 2021.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FAIM FILHO, Eurípedes Gomes. **Precatórios e Requisição de Pequeno Valor no Direito Constitucional e no Direito Financeiro**. Volume 3. São Paulo: IPAM, 2018.

LIMA, Luís Maurício de. **Brasil Precatórios**. São Paulo: Baraúma, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann *et al.* **Precatórios e o seu novo regime jurídico:** A visão do Direito Financeiro, integrada ao Direito Tributário e ao Direito Econômico. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direitos**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ARTIGO – DIREITO DOS ANIMAIS

DIREITOS DE FAMÍLIA AOS ANIMAIS DOMÉSTICOS

Lucas Crocetta Zomer[135]
Márcia Zomer Rossi Mattei[136]

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa envolve a discussão sobre a possibilidade de serem aplicados os direitos de família aos animais domésticos, tema relativamente novo em termos de legislação. No sistema jurídico brasileiro, o direto dos animais está inserido na matéria do meio ambiente, basicamente no Capítulo VI da Constituição Federal, no art. 225, § 1º — o qual delega a defesa dos animais ao Poder Público e à coletividade, trazendo nos demais artigos a proteção e os princípios que regem o bem-estar humano e animal.

Visto que o animal doméstico não tem personalidade jurídica, é considerado no Código Civil brasileiro como coisa, bem móvel ou semovente, mas é fato que, atualmente, o animal ocupa cada vez mais papel essencial na atual composição familiar. As famílias formadas pelos humanos e seus animais de estimação, denominadas multiespécies, têm sido uma constante frente a essas mudanças. É cada vez mais frequente a ocorrência, no âmbito jurídico, de processos que envolvam conflitos sobre animais de estimação.

Como propósito deste estudo formulou-se a seguinte questão: existe a possibilidade de aplicação do Direito de Família em favor ou na proteção

135 Graduado em Direito.

136 Especialista em Direito de Família e Sucessões.

dos animais de estimação? Para alcançar tal resposta, definiu-se como objetivo principal: constatar qual legislação é usada como base, e como vem sendo aplicada nos casos que envolvem animais de estimação; e, como objetivos específicos: i) identificar no Direito de Família os institutos que são pertinentes ao direito dos animais, devido à dependência e afetividade estabelecidas; ii) projetar caminhos variáveis para a aplicação dos institutos em favor dos animais, e; iii) conferir, na jurisprudência, como se dá a aplicação.

Justifica-se a formulação do presente estudo por se tratar de tema atual, que envolve as famílias e seus animais de estimação, cuja proteção em todos os âmbitos é imprescindível. Animais têm sentimentos e direitos recíprocos com seu dono, devendo ser respeitados pela sociedade em meio a qual vivem.

1 ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO E O SUJEITO DE DIREITOS

A relação jurídica é composta de três elementos estruturais: o sujeito de direito, o objeto e o vínculo de atributividade. Esses três elementos apresentam-se necessariamente como categorias abstratas, configurando uma estrutura simples e estática da relação jurídica, cujo conteúdo apenas se pode verificar no caso concreto. Ou seja, o sujeito é sujeito porque participa de relações jurídicas, sendo, portanto, titular de direitos e deveres. É aquele a quem a lei — em sentido amplo — atribui direitos e obrigações, aquele cujo comportamento se pretende regular.

Segundo Kelsen (2006, p. 191): "A teoria tradicional identifica o conceito de sujeito jurídico com o de pessoa. Eis sua definição: pessoa é o homem enquanto sujeito de direitos e deveres".

De acordo com Cantisano, a pergunta sobre como esse sujeito toma decisões — em última instância, quem ele é — interessa aos juristas sob diversos pontos de vista: imputabilidade e inimputabilidade, capacidade e incapacidade, deliberação e intuição. Estes são conceitos juridicamente relevantes e que se referem a estados mentais, intenções e processos cognitivos, em suma, o que se passa em nossas cabeças quando tomamos uma decisão.

Logo, a atribuição de sujeito de direito, para o meio jurídico, está intimamente ligada à capacidade de raciocinar, de pensar, de agir, de mol-

dar comportamento, de interpretar a norma e submeter-se à ela, a fim de melhor conviver com os demais, a partir de suas próprias percepções, de suas escolhas. Mas assim, tem-se que apenas pessoas, e inteligentes apenas, poderiam ser sujeitos de direitos!

Pois bem, em sentido diferente ao posto, Costa (2013, p. 78) ensina que o conceito de sujeito de direito muitas vezes é confundido com outro que lhe é próximo, o de pessoa:

> Esses conceitos, muitas vezes, referem-se ao mesmo ente, in concreto, porém não se tratam de sinônimos. Há entre eles uma série de diferenças. [...] Tem-se, ainda, a localização de cada um deles em diferentes institutos de Direito Privado: pessoa insere-se no tópico personalidade, enquanto sujeito de direito liga-se às relações jurídicas. Por fim, tem-se a abrangência destes institutos, sendo que o conceito de sujeito de direito é mais amplo do que o de pessoa, pois podem figurar como sujeitos de direito tanto entes personalizados quanto entes despersonalizados aos quais o ordenamento conceda direitos, inserindo-os em uma determinada relação jurídica.

Sob essa ótica, seria muito possível aplicar o conceito de sujeito de direito a outros seres, animados ou não, desde que, com estes, se possa estabelecer relações jurídicas, a exemplo das pessoas jurídicas.

Grande defensor da diferença entre os conceitos de pessoa e sujeito de direito foi Pontes de Miranda (1974, p. 153), que preleciona que o conceito de sujeito de direito deveria ser tratado antes do conceito de pessoa, pois ser pessoa constitui uma situação abstrata que se concretizará quando essa pessoa estiver inserida numa relação jurídica, tornando-se sujeito de direito.

Coelho (2006, p. 8–9) faz uma distinção clara e didática acerca dos dois conceitos: informa que sujeito de direito é um conceito mais amplo do que o de pessoa, pois o sujeito de direito pode ser uma pessoa ou também um ente despersonalizado inserido numa relação jurídica. O autor ainda classifica as diferentes espécies existentes de sujeito de direito, a partir dos seguintes critérios: de um lado, a pessoa física e o nascituro; de outro, a pessoa jurídica e as demais entidades despersonalizadas. Aos pri-

meiros chama de sujeitos humanos, numa referência ao objeto semântico do termo, o ser humano; e aos últimos, inanimados.

Assim, nas palavras do autor, os sujeitos de direito podem também ser classificados em personalizados e despersonalizados. Na primeira classe, as pessoas físicas e jurídicas; na segunda, o nascituro, a massa falida, o condomínio horizontal etc. (COELHO, 2006, p. 9).

Ora, se é possível considerar como sujeito de direito entes destituídos de personalidade jurídica, inanimados, porque não se poderia atribuir aos animais de estimação a qualidade de sujeitos de direitos? Basta que haja lei regulando direitos para que as relações jurídicas entre esses animais e seus donos ocorram. Aliás, é o que ocorre no âmbito da proteção aos animais em geral, com a Lei n. 9.605 de 1998 (Lei Federal de Crimes Ambientais) e a Lei n. 5.197 de 1967 (Lei Federal de Proteção à Fauna).

Logo, é perfeitamente possível que, através de previsão legal, os animais de estimação passem a ser sujeitos de direito na relação humano-familiar, pois, de fato, já existe entre eles, o bichinho e seu dono, uma relação de afeto e de confiança, relações estas bastante tuteladas no Direito de Família entre os seres humanos.

1.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO BEM-ESTAR HUMANO E ANIMAL

No artigo 5º da Constituição Federal de 1988, são garantidos os diretos à vida, à liberdade, à igualdade, à moradia e à segurança, direitos esses destinados ao ser humano, ligados ao princípio da dignidade e do bem-estar social.

Com relação aos animais e ao meio ambiente, estão amparados por leis ambientais e pela mesma Constituição, no inciso VIII do artigo 225.

O direito brasileiro reconhece, através desta previsão, que os animais são vulneráveis, garantindo-lhes proteção, direito fundamental à vida, à integridade física, à liberdade e à dignidade. Ainda assim, historicamente, os juristas brasileiros não atribuem personalidade jurídica aos animais, colocando estes na categoria de coisa, são semoventes.

A relação humana animal foi remota desde os primeiros tempos, e era de troca, pois o animal era alimento e instrumento de trabalho; em contrapartida, poderia receber o cuidado pelo humano enquanto sua vida

durasse. Com o tempo essa relação mudou, a proteção dos animais passou a vigorar em lei e, com as mudanças na sociedade, pode-se dizer que surge um novo conceito de família: a família multiespécies, formada pelos tutores e seus animais de estimação.

Dias (2018) conceitua família multiespécie como: "aquela formada pela interação humano-animal dentro de um lar, onde os componentes humanos reconhecem os animais de estimação como verdadeiros membros da família".

Quanto ao caráter jurídico da família, Cunha menciona Paulo Lôbo (2010):

> Sob o ponto de vista do direito, a família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três sortes de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de família é que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins). (CUNHA apud LÔBO, 2010, s. p.).

Lima (2015), em Considerações Sobre a Família Multiespécie, descreve:

> A ideia de que cães e gatos fazem parte da família é um fenômeno recente que, no Brasil, remete ao final do século XX, momento em que as funções de guarda e controle de pragas, tradicionalmente atribuídas a essas espécies, perdem importância em relação à função de companhia. Esse fenômeno foi, em grande medida, resultado da popularização das raças de cães de pequeno porte no país, a partir do qual, nas classes média e alta, os animais de estimação passaram a dividir os espaços de convivência íntima e os mais variados momentos da rotina familiar.

A mesma autora descreve que esse desenvolvimento familiar é representado por três situações diferentes, quais sejam:

> 1 — O aumento do status de animais de estimação nas famílias urbanas de classes média e alta gera a necessidade de diferenciar os

> animais de maior status daqueles que eram/são criados de forma distanciada;
>
> 2 — O crescimento do mercado pet impulsiona a difusão do discurso familista;
>
> 3 — No caso dos tutores cujas relações fogem ao padrão tradicional do animal como propriedade, surgem choques de sensibilidade pelo descompasso entre os valores estabelecidos e as experiências recentes de convívio íntimo.

Diante dessa mudança no enquadramento daqueles que compõem um núcleo familiar, e na falta de legislação pertinente para questões relativas às famílias e animais de estimação, estão sendo utilizadas interpretações de caminhos legais contidos no sistema do Direito de Família para resolver questionamentos sobre situações tidas como atípicas, e que se adequam mais rapidamente para possibilitar às partes envolvidas um posicionamento jurídico que vá garantir aos sujeitos de direito maior segurança jurídica.

Além disso, os princípios jurídicos aplicados ao direito de família exercem importante influência sobre o tratamento empregado à relação humanos e pets.

Inicialmente, Correia (2013, p. 134) defende o uso do princípio da dignidade, já que a Constituição Federal de 1988 proibiu que animais sejam tratados de forma cruel, reconhecendo-lhes o direito de ter respeitado o seu valor intrínseco, sua integridade, vida e liberdade, tanto que cabe ao Ministério Público fazer-lhe a representação em juízo.

Quanto ao princípio da felicidade, não está de forma expressa em nossa Constituição, mas foi pela primeira vez incorporado no emblemático julgamento do STF sobre a união homoafetiva, por meio da ADPF 132 em 5/5/2011, com foco no princípio da dignidade da pessoa humana.

Conforme a revista digital Galileu, Roncolato (s.d., s.p.) explica que a felicidade pode ser encontrada de diversas formas, e ter um animal de estimação pode ser uma delas. Segundo estudos sobre comportamento humano, a relação com um animal de estimação pode trazer esse sentimento, podendo aumentar a produção de endorfina e ocitocina — os hormônios da felicidade, que dão a sensação de relaxamento e calma.

Não demorou muito para o Poder Judiciário se apropriar do princípio da afetividade e reconhecer a parentalidade socioafetiva, explicada no REsp. 945.283-RN.

> O princípio da afetividade está implícito na Constituição, encontrando fundamentos nos referidos termos e artigos: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 27). (SILVA, 2017, s. p.).

A afetividade possibilita ao ser humano revelar os seus sentimentos em relação a outros seres e objetos. Por meio dela, as pessoas conseguem criar laços de amizade entre elas e até mesmo com animais, isso porque tanto os animais quanto os seres humanos são capazes de demonstração de afeto entre si.

2 INSTITUTOS DO DIREITO DE FAMÍLIA PERTINENTES AO DIREITO DOS ANIMAIS

No Código Civil de 2002, o Direito de Família foi reforçado a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica entre os cônjuges, da igualdade jurídica de todos os filhos. Além do pluralismo familiar, da liberdade de construir uma comunhão de vida familiar, da consagração do poder familiar, do superior interesse da criança e do adolescente, da afetividade e da solidariedade familiar.

A partir desse ordenamento os direitos e deveres passaram a ser iguais, no que tange a bens móveis, imóveis, filhos e recentemente discutido no ordenamento jurídico os animais de estimação, a responsabilidades é igual enquanto a convivência é mutua, ou quando já não mais se convive em sociedade conjugal.

2.1 DIREITOS DE GUARDA E VISITAS AOS FILHOS

No que tange aos direitos sobre a guarda, quando a sociedade conjugal termina, a guarda dos filhos em comum deverá ser decidida de forma a preservar o bem-estar da prole. Tal instituto objetiva garantir o cumprimento diário, rotineiro e direto dos deveres e direitos relacionados ao poder familiar dos pais sobre os filhos menores de 18 anos.

A Guarda Unilateral se encontra no artigo 1.583 do Código Civil, "atribuída a um só dos genitores, ou alguém que o substitua". Poderá ser requerida consensualmente pelo pai ou pela mãe, ou ser atribuída pelo juiz a um deles, ou, ainda, excepcionalmente, concedida a terceiro quando o juiz se convencer que nenhum dos pais preenche as condições necessárias para tal.

Nota-se que o regramento acerca da guarda mantém preocupação prioritária com o bem-estar da criança e do adolescente, devendo os genitores abrir mão de seus direitos quando estes prejudicam a vida do filho.

A guarda compartilhada, prevista no art. 1.583, § 2º do Código Civil, é aquela em que todas as ações e decisões que digam respeito à criação do filho devem ser compartilhadas entre as partes. A Lei 13.058/2014 tornou a guarda compartilhada como regra geral nos casos de separação conjugal ou dissolução de união estável, tornando obrigatória, assim, a participação ativa dos pais na criação e no interesse dos filhos.

Quanto ao direito de visitas, esse fica em destaque durante o exercício da guarda unilateral, cabendo ao não guardião comparecer na vida dos filhos ao menos em momentos destinados a visitas, podendo e devendo essas visitas acontecerem pelo máximo de tempo possível, com pernoites inclusive, a fim de permitir que o filho conviva o máximo de tempo com o genitor não guardião e vice-versa.

2.2 COMO APLICAR DIREITO DE FAMÍLIA ÀS QUESTÕES ANIMAIS

Conhecidos então os institutos de Direito de Família cuja aplicação em favor da prole equiparar-se-ia à aplicação para os animais de estimação, vejamos doravante se o direito brasileiro tem permitido tal possibilidade.

Inicialmente, extrai-se da Declaração Universal dos Direitos dos Animais — Unesco — ONU, de 1978, o seguinte:

> Considerando que todo o animal possui direitos; Considerando que o desconhecimento e o desprezo desses direitos têm levado e continuam a levar o homem a cometer crimes contra os animais e contra a natureza; Considerando que o reconhecimento pela espécie humana do direito à existência das outras espécies animais constitui o fundamento da coexistência das outras espécies no mundo; Considerando que os genocídios são perpetrados pelo homem e há o perigo de continuar a perpetrar outros; Considerando que o respeito dos homens pelos animais está ligado ao respeito dos homens pelo seu semelhante; Considerando que a educação deve ensinar desde a infância a observar, a compreender, a respeitar e a amar os animais.
>
> ARTIGO 1: Todos os animais nascem iguais diante da vida e têm o mesmo direito à existência. [...].

Nota-se que a normativa internacional eleva o respeito que a pessoas devem ter entre si e para com os animais, como se semelhantes fossem, para fins de garantir-lhes o direito à existência. Esse comando é muito expressivo no sentido de valorizar a relação do ser humano com os animais, quanto mais nas relações permeadas de afeto, de confiança e amor entre eles.

No ordenamento jurídico brasileiro os animais não são considerados sujeitos de direito, pois se encontram na categoria de objetos de direito, como demonstra o artigo 82 do Código Civil. Sendo assim, os animais são considerados bens semoventes e disciplinados por meio da legislação que trata de propriedade.

Por outro lado, considerando o direito à felicidade e o princípio da afetividade que tempera o pluralismo familiar próprio do atual Direito de Família, por vezes os animais de estimação são considerados como membros da família, cuja perda traz sofrimento tão intenso quanto aquele inerente à morte de um familiar próximo.

Fiorillo e Ferreira (2019) descrevem:

> No Brasil, há mais de 132,4 milhões de animais de estimação, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas —

> IBGE. Calcula-se que os lares brasileiros possuam mais de 52 milhões de cães, mais de 37 milhões de aves, 22 milhões de felinos e 18 milhões de peixes, sem falar dos animais exóticos e menos populares como répteis, anfíbios e invertebrados. (FIORILLO; FERREIRA, 2019, p. 130).

Muitos desses animais são tratados como um membro da família, podendo ser deixados como herança — apesar de, no ordenamento jurídico brasileiro, não haver a possibilidade de o animal receber herança, ele pode ser deixado em testamento — e passando por processos judiciais como, por exemplo, o pedido de posse compartilhada, a pensão alimentícia adotada por ex-casais e até mesmo o registro em nome de seus donos.

A Associação dos Notários e Registradores do Brasil (ANOREG) destaca em sua página eletrônica, sobre o registro de animais:

> O registro de animais de estimação pode ser feito em cartórios de todo o país, desde agosto de 2017, e dá ao animal o sobrenome de seus tutores. O documento é válido em todo o território nacional e não tem prazo de validade, mas pode ser atualizado pelos tutores quando houver necessidade. Os interessados precisam apresentar documentos pessoais (RG e comprovante de residência), carteira de vacinação do animal e fotos do pet para anexar ao processo. [...] O tutor precisa assinar um termo de responsabilidade com informações sobre a raça, cor do pelo, tamanho, pedigree e data de nascimento, se comprometendo a manter o animal em boas condições de abrigo, higiene, alimentação e saúde, levar ao médico, não manter preso em correntes e gaiolas e não tratar com violência.

Sendo a legislação brasileira omissa na questão de litígios e direitos a serem concedidos para animais de estimação, analogicamente, a jurisprudência tem-se utilizado da interpretação de leis regulamentadoras de guarda, visita e herança, pensadas e destinadas para a aplicação entre seres humanos.

Simão (2017) destaca sobre a decisão:

> Se o animal pertencer a um dos cônjuges (bem particular), poderá o juiz estipular a copropriedade em caso de clara relação afetiva e

> de cuidado de ambos para com o animal. A sua guarda, nesse caso, poderá ser unilateral de um dos cônjuges com visita do outro, ou mesmo compartilhada. A solução depende da situação fática e das provas colhidas pelo magistrado. (SIMÃO, 2017, p. 908–909).

Tal fato se dá em razão das relações que se formam entre os cônjuges e seus animais de estimação, baseadas no convívio, no princípio da dignidade, da afetividade e da felicidade, entre outros.

A fim de regulamentar a guarda dos animais em caso de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores, em tramitação estão os Projetos de Lei Nacional n.° 1.365/2015 e, nele, apensado o Projeto de Lei n.° 3.835/2015, além do Projeto de Lei do Senado n.° 542 de 2018. Tais processos possuem como ideia principal atribuir a guarda do animal de estimação a quem demonstrar maior vínculo afetivo com o animal e maior capacidade para o exercício da posse responsável.

3 DA TEORIA À PRÁTICA DOS TRIBUNAIS

A sociedade e os tribunais vêm sensibilizando-se em relação aos direitos dos animais e também aos direitos das pessoas que os incluem em seu núcleo familiar, tomando como base a ótica dos direitos penal, civil, ambiental e outros. O Poder Judiciário também vem atuando em consenso com o reconhecimento de que os mecanismos legais podem estar a serviço da proteção dos animais, por exemplo:

3.1 JULGADOS SOBRE DIRETO DE VISITA À ANIMAL DE ESTIMAÇÃO

Julgado 1: Um dos primeiros casos relacionados a animal de estimação foi julgado pelo TJRJ na Apelação Cível 0019757-79.2013.8.19.0208, em 27 de janeiro de 2015.

Nesse litígio, os separandos disputam a propriedade e consequente guarda de um cão de estimação. O ex-marido insistia que o animal foi adquirido para si, durante a relação conjugal, ressaltando que sempre cuidou do mesmo, levando-o para passear e para consultas ao veterinário,

destacando, ainda, que sempre arcou com os seus custos, inclusive com a vacinação.

Sobre a questão, o juiz relator do Recurso decidiu:

> Que seja permitido ao recorrente, caso queira, ter consigo a companhia do cão exercendo a sua posse provisória, devendo tal direito ser exercido no seu interesse e em atenção às necessidades do animal, facultando-lhe buscar o cão em fim de semana alternados, às 08:00h de sábado, restituindo-lhe às 17:00h de domingo, tudo na residência da apelada.

Ou seja, considerou que a propriedade do animal cabia à recorrida, mas concedeu "direito de visitas" ao recorrente, levando em consideração os vínculos emocionais e afetivos construídos ao longo do relacionamento, e utilizando por analogia as normas para crianças e adolescentes.

Julgado 2: Julgado em junho de 2018, no REsp 1.713.167/SP9, o Superior Tribunal de Justiça destacou a competência das Varas de Família para a análise do conflito. Aqui, com fatos muito semelhantes ao anterior, também o relator considera que na dissolução da entidade familiar em que haja algum conflito em relação a posse ou propriedade sobre o animal de estimação, independentemente da qualificação jurídica a ser adotada, a resolução deverá buscar atender, sempre a depender do caso em concreto, aos fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, com a proteção do ser humano e do seu vínculo afetivo com o animal. Conclui, ademais — também fazendo analogia às leis de família vigentes —, reconhecendo que a cadela fora adquirida na constância da união estável e que estaria demonstrada a relação de afeto do recorrente sobre o animal de estimação, reconhecendo o seu direito de visitas ao animal.

Nota-se nos dois casos que o julgador utilizou o Direito de Família para dirimir o conflito, usando por analogia o direito positivado e idealizado para aplicação em favor de filhos menores e seus pais, estabelecendo a guarda unilateral com visitas pelo outro dono, muito similar ao previsto no artigo 1.589 do Código Civil. Analogicamente se decidiu que, da mesma forma em que se nutrem sentimentos pelos filhos, também há pelos animais de estimação. O convívio entre o bicho e seu dono remonta ao

princípio da afetividade, da dignidade da pessoa e ao da felicidade, tornando-se tais princípios a chave para a aplicação do direito.

Entretanto, sentiu-se a falta de regulação do direito alimentar, já que, por analogia ao Direito de Família, o animal teria ligação de dependência com os dois donos e, estando um incumbido de sua guarda e de todos os ônus dela derivados, ao outro caberia o dever de prestar um auxílio financeiro, quantificado, ao menos, para cumprir com os cuidados básicos de manutenção do animal, a exemplo dos direitos e obrigações dispostos no artigo 1.694 do Código Civil.

3.2 SOBRE POSSE DE ANIMAL DE ESTIMAÇÃO — CONFLITO DE COMPETÊNCIA JUDICIAL

Julgado 3: Nº 7007.4572579 (N. CNJ 0221372-21.2017.8.21.7000) julgado em 12 de setembro de 2017.

Nesse caso houve conflito de competência para o julgamento da ação, entre a 1ª Vara Cível e a 8ª Vara de Família, ambas da Comarca de Porto Alegre (RS). A ação tinha por objeto a disputa sobre a posse de animal de estimação, entre outros direitos. Inicialmente foi atribuída à Vara da Família e essa declinou para a Vara Civil por entender que a matéria diz exclusivamente à posse do animal, não ao direito de guarda e visitas para os proprietários do então considerado "bem móvel".

Para dirimir o conflito, decidiu-se que a Vara Cível deveria processar a lide, pois, nesse caso, já havia ocorrida a averbação do divórcio entre os donos, de forma que se desvinculou qualquer identidade familiar entre o animal e as partes litigantes, afastando a Vara Especializada de Família para tratamento do conflito, considerando o direito a ser julgado como o de posse e propriedade de bem.

Julgado 4: AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2052114-52.2018.8.26.0000 COMARCA: SÃO PAULO, julgado em 23 de março de 2018.

Trata-se de agravo de instrumento em ação de reconhecimento e dissolução de união estável, cuja decisão agravada extinguiu a ação, parcialmente, em relação ao pedido de "posse compartilhada e regime de visitas" de cão de estimação do casal, por entender o Juiz singular que o Juízo da

Família e Sucessões não seria competente, pois a questão teria natureza cível.

Na decisão ao recurso, o Tribunal destacou que, por analogia, há uma semelhança com o conflito de guarda e visitas de uma criança ou de um adolescente, mostrando-se possível a aplicação analógica dos artigos 1.583 a 1.590 do Código Civil, ressaltando-se que a guarda e as visitas devem ser estabelecidas no interesse das partes, não do animal, pois o afeto tutelado é o das pessoas.

Analisando os julgados 3 e 4 nota-se que, no primeiro, a ação de julgamento de posse de animal de estimação inicialmente foi atribuída à Vara da Família e essa declinou para a Vara Cível por entender que a matéria se resume à posse do animal, enquanto esse é considerado bem móvel. Já no julgado 4, para um contexto muito semelhante, o tratamento foi diferente, atribuindo à Vara de Família e Sucessões competência para julgar partindo do Direito de Família.

Vê-se que em ambas as ações as lides tratavam de posse unilateral ou compartilhada de animal de estimação e regime de visitas, encaixando-se perfeitamente no direito destacado no Código Civil, artigo 1.583. Novamente se verifica o direito dedicado às crianças e aos adolescentes sendo aplicado analogicamente, como se os animais estivessem na posição dos filhos, sob a ótica e sentir de seu dono.

3.3 JULGADOS SOBRE A COMPENSAÇÃO FINANCEIRA PELA COMPRA DO ANIMAL

Julgado 5: Apelação Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina n. 2013.082090-7, julgado em 10 de dezembro de 2015.

Trata-se de ação de divórcio em que o autor recorreu, objetivando entre outros direitos, a compensação financeira pela destinação do animal de estimação, cuja posse e propriedade foi conferida exclusivamente à ex-mulher.

O Tribunal entendeu que "os animais de estimação, na qualidade de bens semoventes, também devem ser objeto de partilha", e, nesse caso, o autor receberia a compensação financeira ao valor equivalente à metade do preço de aquisição do felino.

No caso em questão, o animal foi considerado como bem móvel e entrou na partilha, por força do disposto no artigo 1.660 do Código Civil, atribuindo a ele um valor.

Em que pese a matéria envolvendo o animal tenha sido admitida na seara do Direito de Família, seu enquadramento não foi diferente da interpretação aferida ao julgado número 3, pois destituído de qualquer conotação sentimental, sem tratamento especial como se familiar fosse, tanto que foi avaliado seu preço e utilizado na compensação de valores, na partilha dos bens. Ou seja, foi tratado exatamente como o Direito Civil comum trata as coisas, os bens de valor financeiro. Logo, aqui não se levou em conta o aspecto sentimental, afetivo ou qualquer dos princípios norteadores do direito familiar, até porque a aferição de valor a ser atribuída na meação do bem levou em conta o preço pago pelo animal, quando de sua aquisição inicial, nada mais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo principal desse estudo era constatar qual legislação seria possível e como vem sendo aplicada nos casos que envolvem disputa entre cônjuges ou companheiros sobre animais de estimação, assim como responder se existe a possibilidade de aplicação do Direito de Família em favor ou na proteção dos animais de estimação. Após pesquisa em leis, doutrinas e julgados judiciais, com a aplicação dos princípios elencados na Constituição, bem como o direito comum civil e o especial de família estampado no Código Civil, foi possível entender melhor como são tratados, na esfera judicial, os animais de estimação.

Percebe-se, a partir deste estudo, que apesar de haver lacuna na lei para tratamento especial ao sentimento nutrido pelos humanos aos animais domésticos, existe inclinação do Poder Judiciário para interpretar o princípio da afetividade como corolário ao direito de tutela dos sentimentos que atingem os donos do animal. Não se está aqui falando de Direito de Família dos animais, porque eles não detêm a qualidade de sujeito de direito, mas, sim, da aplicação desse ramo do direito aos seus donos, pois foi possível verificar que estes detêm direitos especiais sobre aqueles, que vão além ao de mera posse ou propriedade, tudo por conta da afetividade.

Extrai-se das decisões estudadas sensível tratamento ao animal como sujeito de direito, mas não se destaca o que realmente seria importante para ele, que tipo de sentimento a decisão tomada trará ao animal. Tanto é assim que, quando o tribunal resolve olhar para o animal como sujeito de direito, entende-se que a matéria não é de Direito de Família, mas sim de direito das coisas, de propriedade.

Mesmo com as decisões favoráveis, é essencial que haja a regulamentação na legislação brasileira, respeitando-se assim também as recomendações na Declaração Universal dos Direitos dos Animais de 1978.

A aprovação de projetos em tramitação, a inclusão de novos e o incentivo ao cumprimento das leis são imprescindíveis para a alteração do *status* dos animais domésticos no ordenamento jurídico brasileiro. Eles podem e devem ser reconhecidos como seres titulares de direitos. As famílias, tutores e os animais de estimação agradecem!

REFERÊNCIAS

ANOREG. Associação dos Notários e Registradores do Brasil. **Registro Civil de animais pode ser feito em todo o estado de SC**. Disponível em: https://www.anoreg.org.br/site/2019/01/29/clipping-nd-online-registro-civil-de-animais-po de-ser-feito-em-todo-o-estado-de-sc/. Acesso em: 12 out. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 out. 2019.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis /2002/l10406.htm. Acesso em: 5 out. 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 5 out. 2019.

BRASIL. **Lei 5.197, de 3 de janeiro de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5197.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. **Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm> Acesso em: 09 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.713.167 - SP (2017/0239804-9).** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipo Pesquisa=tipoPesquisaNumeroUnico&termo=10003988120158260008&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 945.283-RN**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6032903/recurso-especial-resp-945283-rn-2007-0079129-4/inteiro-teor-12161630?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132 RJ. Ministro Aires Brito. Disponível em: https://stf .jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf/inteiro-teor-110025873?ref=juris-tabs. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível 0019757-79.2013.8.19.0208**. Disponível em: http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201400196177. Acesso em: 20 out. 2019.

CANTISANO, Pedro Jimenez: **Quem é o sujeito de direito?** A construção científica de um conceito jurídico. Disponível em: http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo6%20Pedro.pdf. Acesso em: 15 nov. 2019.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**. Volume 2. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CORREIA, Ana Karina de Sousa. Do direito dos animais: uma reflexão acerca da inconstitucionalidade da lei Arouca — Lei nº 11.794/08.

Revista Brasileira de Direito Animal, n. 12, v. 8, p. 141–178, jan./abr. 2013.

COSTA, Lorena Xavier da. Sujeito de direito e pessoa: conceitos de igualdade? **Revista Legis Augustus**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 75–87, jul./dez. 2013.

DIAS, Maria Ravelly Martins Soares. **Família Multiespécie e Direito de Família: uma nova realidade**. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/67381/familia-multiespecie-e-direito-de-familia-uma--nova-realidade. Acesso em: 5 out. 2019.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Tutela Jurídica dos Animais de Estimação em Face do Direito Constitucional Brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LIMA, Maria Helena Costa Carvalho de Araújo. **Considerações sobre a família multiespécie**. Tese (Doutorado em Sociologia) — Universidade Federal de Pernambuco, Programa de Pós-graduação em Sociologia da UFPE. Disponível em: http://eventos.livera.com.br/trabalho/98-1020766_01_07_2015_11-07-22_5164.PDF. Acesso em: 10 out. 2019.

LOBO, Paulo. **Direito Civil:** família. Disponível em: https://books.google.com.br/books?Id=Cj9nDwAAQBAJ&pg=PT260&lpg=P-T260&dq= &f=false. Acesso em: 11 out. 2019.

LOBO, Paulo. **Guarda e Convivência dos Filhos Após a Lei nº 11.698/2008**. Disponível em: http://www.saiddias.com.br/imagens/artigos/15.pdf. Acesso em: 1 out. 2019.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n. 70059926881 (N° CNJ:**

0185251-96.2014.8.21.7000). Disponível em: https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/151273342/agravo-de-instrumento-ai--70059926881-rs/in teiro-teor-1512733 52?ref=juris-tabs. Acesso em: 22 out. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Processo n. 7007.4572579 (N. CNJ 0221372-21.2017.8.21.7000)**. Disponível em: https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia /50471 6653/conflito-de-competencia-cc-70074572579-rs/inteiro-teor-504716658?ref=juris-tabs. Acesso em: 20 out. 2019.

RONCOLATO, Murilo. A Química que une cães e seus donos. **Revista Galileu**. Disponível em: http://revistagalileu.globo.com/Revista/Common/0,,EMI343481-17770,00-A+QUIMICA+QUE+UNE+CAES+E+SEUS+DONOS.html. Acesso em: 8 out. 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 20130820907**. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora. Acesso em: 18 out. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento n. 2052114-52.2018.8.26.0000**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/vara-familia-julga-guarda-compartilhada.pdf. Acesso em: 20 out. 2019.

SIMÃO, José Fernando. Direito dos animais: natureza jurídica— a visão do direito civil. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, v. 4, ano 3, p. 908–909, 2017.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais**. Disponível em: http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf. Acesso em: 6 out. 2019.

RESUMOS

OS PRESIDENTES DA CÂMARA MUNICIPAL DE ALMADA (1998–2021). PERCURSO HISTÓRICO DO PODER LOCAL AUTÁRQUICO DE ALMADA: UM OLHAR ATUALISTA

Carla Maria de Bastos Borrões[137]

INTRODUÇÃO

A história dos municípios é cheia de peripécias dos momentos vividos pelas populações locais. Ao poder local cabe o poder de acompanhar a constituição e a evolução das unidades territoriais e de decisão das populações. Tal poder, de cariz senhorial, tem assento privilegiado no início, já que "senhorial é a casa de Bragança, ou, como se designava na época, o 'Estado de Bragança'" (OLIVEIRA, 1996, p. 143), porém, sem descuidar que a "casa de Bragança diferenciava-se das demais grandes casas aristocráticas da época não apenas por uma mera questão de escala, mas pela tradição de implantação senhorial que detinha e pela abundância e natureza dos privilégios jurisdicionais com a coroa que a distinguira" (OLIVEIRA, 1996, p. 143), pelo que se revela de significativa importância, em especial em senhorio descontínuo, "processos criteriosos das pessoas a colocar nos lugares-chave da administração senhorial", o que levava a que, antes de

137 Licenciada em Direito, em Ciências Sociais e em Educação. Docente Universitária e Investigadora em Teorias Historiográficas, em Sociologia e em Políticas Públicas.

mais nada, o centro do senhorio coincidisse com a residência do seu titular, mas também a nível regional ou local; ou seja, os desembargadores da casa, os seus ouvidores e os procuradores dos feitos da casa nos diversos concelhos" (OLIVEIRA, 1996, p. 144). Essa situação, hoje, não se revela coincidente, já que a atual presidente do município de Almada reside não no concelho de Almada, mas sim no concelho de Lisboa.

De forma generalizada, em Portugal e em Almada, em específico, em 1976 ocorreram as eleições para os cargos políticos municipais e, desde este tempo até hoje, decorreram 50 anos de nomeações governamentais. Nas primeiras eleições, o município de Almada viu a uma viragem à esquerda com a vitória da Frente Eleitoral do Povo Unido (FEPU), seguida pelo Partido Comunista Português (PCP) e depois pela Coligação Democrática Unitária (CDU)— até 2017. Foram cerca de 42 anos em que o poder político foi dominado pelos partidos políticos que tiveram o monopólio da representação. Trata-se da presença confortável da mesma elite dirigente a comandar os destinos dos cidadãos almadenses e da própria cidade de Almada.

Daí decorre que esse cenário tenha sido o foco de interesse de muitos estudiosos sobre a temática do domínio de elites nos cargos políticos locais por décadas do tempo de vida. Mas, afinal, quem governa e governou o município? Quem são e quem foram as elites políticas no concelho de Almada? Em termos cronológicos o tempo da análise irá centrar-se no período compreendido entre 1998 e 2017, ou seja, 19 anos de governação e 5 mandatos (1998–2001; 2002–2005; 2005–2009; 2009–2013; 2013–2017 e 2018–2021).

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Em Portugal, o estudo das elites locais tem "uma certa tradição na historiografia portuguesa, geralmente incluídos em monografias sociais [...] com a intenção de exaltar a respetiva localidade" (ALMEIDA, 2013, p. 12). Destacamos, com importância, para todos os que pretendem explorar estas temáticas dos autarcas e do poder local, o "Perfil do(s) Autarca(s)", em especial no que interessa quanto ao tema das eleições e das autarquias locais. O "Perfil do Autarca" tem sido um documento crucial para todos os que pretendem analisar as elites locais e a panorâmica local

nacional, englobando algumas variáveis importantes para descodificar as elites. Contudo, em relação à Almada, apesar de ter sido uma das localidades mais próximas do centro decisional do país, ou seja, mais próximo da capital do país — Lisboa —, e de ter um forte componente cultural, não apresenta uma grande dimensão científica no que toca às elites do concelho. A regra é que só aos partidos é permitida a representação através do voto dos governados nos governantes, apesar de, em 2001, ter sido introduzida a possibilidade de cidadãos independentes, em nome individual ou integrados em grupos/movimentos de cidadãos, sem vinculação partidária obrigatória, serem candidatos nas eleições autárquicas.

METODOLOGIA

Os métodos de trabalho que utilizamos para desenvolver o trabalho que apresentamos foi basicamente a pesquisa de arquivos, nomeadamente na biblioteca da Procuradoria-geral da República e na biblioteca Municipal de Almada, bem como em arquivos da própria Câmara Municipal de Almada.

Ainda como técnica de investigação procedemos à realização de inquéritos por entrevista a informadores privilegiados, a uma análise documental e legislativa; e recorremos a fontes estatísticas oficiais. Desses documentos, destaca-se a recolha dos Programas de Governo, dos diplomas legais reguladores da matéria do municipalismo, bem como aos demais referentes à matéria das nomeações políticas nos cargos por cada uma das individualidades em causa. Ainda foram tidos em conta os relatórios existentes de grupos de trabalho de reforma de aspetos do municipalismo português. Por último, como estudo de caso, iremos incidir o foco do interesse na grande região do município de Almada em termos de cartografia existente.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Relativamente aos resultados obtidos, após a realização das diligências de investigação elencadas, sobre as elites locais, desde 1998 a 2021, do concelho de Almada, e tendo em conta que após a Revolução do 25 de abril de 1974 ocorreu a feitura do decreto da Presidência do Conselho

de Ministros n.º 708-A/76, publicado no Diário da República n.º 231, I série, de 1 de outubro de 1976, convocam-se "as primeiras eleições livres e democráticas para os órgãos do Poder Local democrático para um domingo, dia 12 de Dezembro de 1976" (CÂMARA MUNICIPAL DE ALMADA, 2009, p. 19). Assim, se sucederam as eleições por forma a legitimar a titularização dos cargos políticos dos órgãos autárquicos do concelho do sul do Tejo.

Segundo a Constituição da República Portuguesa, a Câmara Municipal "é constituída por um presidente e por vereadores, um dos quais designado vice-presidente, e é o órgão executivo colegial do município, eleito pelos cidadãos eleitores recenseados na sua área", e porque vigora um regime presidencialista nos municípios tende-se a concentrar todas as atenções na figura do presidente.

A atual presidente da Câmara Municipal de Almada é "Inês de Saint-Maurice Esteves de Medeiros Victorino de Almeida (Viena, 15 de abril de 1968), é uma atriz, realizadora e política portuguesa. Foi a vencedora do Globo de Ouro de Melhor Atriz de Cinema em Portugal em 1997. No presente, é a Presidente da Câmara Municipal de Almada, pelo Partido Socialista, na sequência das eleições autárquicas portuguesas de 2017" (WIKIPEDIA, 2021).

CONCLUSÕES

As elites locais, desde 1974, são espelhos dos interesses político-partidários que regem o traço comum da democracia, sendo o processo institucional por meio do qual é legitimada a representação dos cidadãos o principal veículo de formação de elites — aliás, como se vê na última alteração legislativa que restringe aos cidadãos não integrados por partidos de aceder aos cargos políticos autárquicos. No caso de Almada é interessante notar que, mesmo com a permissão legislativa de apresentação de candidatos "independentes", ou seja, de cidadãos que se candidatam a órgãos políticos a nível local sem vínculo a uma organização política, o que se nota é que esse mesmo processo não vingou, sendo que, até o último mandato aqui estudado (2017–2021) não concorreu nenhuma lista independente, sendo Almada, por isso, dominada por uma representação partidária esquerdista, como os demais espaços locais do país.

Desde o 25 de Abril de 1974 Almada constituiu- se como um bastião comunista, dando luz, só em 2017, à alternância esquerdista socialista. Anos consecutivos com a mesma governação político-partidária permitiram que o Partido Comunista (conjuntamente com os Verdes — CDU) se consolidasse no poder e, ao mesmo tempo, transformasse a cidade, desenvolvendo-a. É um facto. Os votos são essencialmente a consequência dos seus habitantes, em sua maioria das áreas fabris da metalurgia e dos serviços em que as condições socioeconómicas não permitem grande escolaridade.

Assim, desde 1976 até 2017, quem governa Almada e a Câmara é o partido comunista, quer isolado, quer coligado a outras forças partidárias, apenas ocorrendo uma mudança no seio da vida política do município de Almada. Várias têm sido as tentativas por parte da oposição em tomar o poder local, mas sem êxito, salientando-se que a elite política em Almada era constituída, em termos partidários, pela Coligação Democrática Unitária (CDU), pela Presidente da Câmara Municipal, Maria Emília Neto de Sousa (CDU), que durante 26 anos (19872–013) governou o município.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Antónia Pires de. **O Poder Local do Estado Novo à Democracia:** Presidentes de Câmara e Governadores Civis, 1936–2012, Lisboa: online, 2013.

COELHO, Maria Helena da Cruz; MAGALHÃES, Joaquim Romero de. **O poder concelhio:** das origens às cortes constituintes. Notas da história social. Coimbra: Centro de Estudos e Formação Autárquica, 1986.

OLIVEIRA, César de. **História dos Municípios e do Poder Local dos finais da Idade Média à União Europeia**. Lisboa: Temas e Debates, Círculo de Leitores, 1996.

PEREIRA, Z. Estruturas agrárias, sociedade local e poder municipal em Almada (1827). **Revista Cultural**, v. 2, 1999, p. 121–156.

REIS, António Matos. **História dos Municípios (1050–1383)**. Lisboa: Livros Horizonte, 2007.

PARQUES EÓLICOS E O ESVAZIAMENTO ECONÔMICO DA PROPRIEDADE PELA RESOLUÇÃO 675/2015 ANEEL

Pedro Arthur Medeiros Florentino[138]

INTRODUÇÃO

Com a instalação dos parques eólicos no país, principalmente na região Nordeste — a qual, diferentemente das grandes regiões agrícolas do nosso país, apesar da sua grande extensão territorial, sobretudo na faixa litorânea, possui uma grande quantidade de pequenas propriedades rurais — surge um problema socioeconômico.

Os projetos de produção de energia eólica, apesar de não ocuparem grandes áreas, necessitam de grandes áreas para sua implementação em virtude da distância necessária entre os aerogeradores — distância essa exigida pelas referências técnicas.

Em algumas áreas do Nordeste, por ocorrer a existência de minifúndios, fora necessário a união de várias áreas para a realização dos projetos de parques eólicos. Alguns confinantes, por possuírem pequenas faixas de terras, tiveram mitigadas sua capacidade econômica de explorar atividade

138 Universidade Federal do Rio Grande do Norte; Especialista em Direito Administrativo (UFRN); Mestrando em Direito Constitucional (UFRN); Presidente da Comissão de Direito Notarial e Registro Público OAB/RN; Membro do Instituto de Direito Administrativo Seabra Fagundes — IDASF; Advogado.

de produção de energia eólica por estarem dentro das denominadas "esteiras do vento" dos projetos eólicos vizinhos.

Daí surge, então, a problemática do nosso estudo, sobre a limitação da capacidade econômica da terra imposta pelo Estado. Para adentrar no cerne do estudo, se faz necessário entender a denominada "área de interferência", visto ser o fator impeditivo para que seja explorado pelo proprietário vizinho a atividade de produção de energia eólica.

Conforme resolução normativa da Aneel 675/2015 a região de interferência é definida como: "região de interferência (região que dista de 20 vezes a altura máxima da pá, considerando-se todas as direções do vento com permanência superior a 10% (dez por cento)". Como a média de altura de cada torre gira em torno de 100m (cem metros), estamos falando de uma distância de 2.000m (dois mil metros), ou seja, 2km (dois quilômetros) de faixa de terra que ficam impedidas de realizarem a produção de energia de fonte eólica. Vejamos:

> Portanto, se um determinado empreendedor obtém a DRO[139] de seu parque eólico e um outro empreendedor quiser implementar parque eólico na vizinhança daquele já cadastrado, não poderá violar o critério estabelecido pela região de interferência. Essa distância é imposta para que o vento recomponha seu perfil, livre de turbulências, para que não imponha perdas aerodinâmicas nos parques já habilitados. (FERREIRA, 2019, p. 40).

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Apesar da existência do direito fundamental à propriedade, esse direito não é de total absoluto, pois pode sofrer restrições ou limitações dentro do seu arcabouço. Aqui não estamos a falar sobre conflitos entre a supremacia do interesse público sobre o privado ou sobre o interesse coletivo da maioria em detrimento do direito privado individual, mas, sim, sobre um conflito entre direitos de particulares na utilização do proveito econômico da sua propriedade, tendo o Estado aplicado a limitação administrativa da propriedade através de regra geral normatizada por Agência Reguladora.

139 Limitação imposta pela administração pública aos administrados detentores de propriedades dentro da área de interferência.

A limitação administrativa por vezes se confunde com outros institutos presentes no direito administrativo, por se ter um limiar muito ínfimo entre eles, gerando uma confusão inclusive na doutrina ao tratarem sobre desapropriação, servidão publica e até com a restrição de vizinhança.

De toda forma, Mello (2015, p. 930) ressalta em sua obra a importância de manter-se atento "para não confundir as servidões administrativas com as limitações administrativas à propriedade" e para distingui-las das servidões administrativas.

Ao realizar a diferenciação entre servidão administrativa e limitação administrativa à propriedade, Bandeira de Mello ressaltou uma das características abordadas por Justen Filho, que é a aplicação de cunho geral na restrição, "o que significa que alcança todos os bens de uma categoria ou espécie" (MELLO, 2016, p. 461), não havendo especificidade a quem a norma atingirá; ou seja, determinada limitação não abrange apenas um proprietário, ou determinada norma não foi elaborada para restringir apenas aquele imóvel, mas, sim, a todos aqueles que se enquadram de forma geral na abrangência da aplicação da norma.

Para Justen Filho (2016, p. 461), a limitação administrativa da propriedade não "acarreta a 'supressão' absoluta ou essencial das faculdades inerentes ao domínio", algo que iremos discordar mais a frente, porém, ao defini-la consegue claramente a distinguir dos demais: "Limitação administrativa à propriedade consiste na restrição às faculdades de usar e fruir de bem imóvel, que dá configuração ao direito de propriedade, mediante ato administrativo unilateral de cunho geral." (JUSTEN FILHO, 2016, p. 461).

Meirelles possui um conceito mais abrangente, com enfoque no bem-estar social e ainda com a figura do Estado grande e intervencionista, o qual, fazendo uso da sua Soberania interna, intervém nas atividades particulares e na propriedade privada. Interessante se faz observar sua definição acerca do assunto: "Limitação administrativa é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou atividades particulares às exigências do bem-estar social." (MEIRELLES, 2016, p. 762).

A definição fornecida por Meirelles apresenta uma justificativa para a limitação administrativa da propriedade, limitação esta que não pode ser arbitrária nem absoluta, a ponto de descaracterizar a limitação administra-

tiva e ensejar a aplicação de outro instituto que não a limitação administrativa da propriedade.

METODOLOGIA

As principais técnicas de pesquisa que serão utilizadas no desenvolvimento do respectivo trabalho, a fim de buscar-se respostas à problematização levantada, compreendem as pesquisas bibliográficas (doutrina) e documental (jurisprudência), bem como a leituras de artigo e a análise de conteúdo. A metodologia da pesquisa será pautada numa abordagem teórica, utilizando-se de revisão de literatura exploratória e descritiva.

Por fim, no tocante ao eixo teórico metodológico de abordagem, o tipo de pesquisa que será utilizada é a pesquisa dogmática-instrumental, pautada na legislação, na doutrina e na jurisprudência. A abordagem sociojurídica será utilizada a fim de se buscar conhecer as incoerências do sistema jurídico e a relação com outras aéreas do conhecimento.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Muito se discute acerca da limitação administrativa da propriedade, pois quando aplicada não enseja em indenização pelo poder público ao particular nem culmina no esvaziamento econômico da propriedade em sua atividade natural.

Nosso entendimento é que a limitação administrativa da propriedade, quando não visa o bem-estar social — ou é realizada em prol da coletividade em virtude de possíveis danos que venham a ser causados pela atividade —, deverá ser indenizada pelo Estado, visto que não importa a vocação natural da propriedade privada para determinada atividade, o que importa é a vontade do possuidor, do proprietário, de desenvolver determinada atividade econômica com a qual se identifica.

Tenhamos como exemplo a atividade econômica desenvolvida pelos parques eólicos nas áreas rurais do nosso país. Naturalmente as áreas rurais possuem como vocação natural o agronegócio, atividade pujante geradora de muitas riquezas e divisas para o Brasil, porém, no Nordeste, as áreas rurais não possuem toda essa vocação para o agronegócio em virtude das condições climáticas existentes. Poderia

o Estado promover uma limitação administrativa da propriedade a ponto que não fosse possível desenvolver determinada atividade econômica pelo proprietário? Em havendo, estaria esvaziando a maior capacidade econômica da mesma?

Pode o particular não desenvolver essa atividade em uma área do litoral e por seu mero querer explorar a atividade turística? Sim. Pode o particular decidir explorar diversas atividades econômicas em sua propriedade, desde que tenha vontade e desde que não gere dano à coletividade. É por isso que defendemos a possibilidade de fruir por completo da sua propriedade em qualquer atividade econômica que seja, e, havendo limitação administrativa da propriedade em relação à atividade que o administrado pretende desenvolver, estaria sim havendo uma limitação econômica da propriedade e seu esvaziamento por completo, posto não haver interesse do particular em desenvolver atividades diversas daquela limitada pelo Estado.

CONCLUSÕES

Ao final desse breve estudo, podemos opinar que não resta caracterizado a limitação administrativa da propriedade, mas sim o esvaziamento econômico da mesma em virtude das circunstancias econômicas e sociais da região, bem como o dever do Estado de indenizar as propriedades atingidas.

REFERÊNCIAS

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro.** 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

RYDELL, Jens. **The effect of wind power on birds and bats – A synthesis**. Bromma: Naturvårdsverket and CM Gruppen, 2012. *E-Book*. Disponível em: https://www.naturvardsverket.se/Documents/publikationer6400/978-91-620-6511-9.pdf. Acesso em: 13 fev. 2020.

VIANA, Luciano; COSTA, Christiana. Licença Social para Operar: aplicação de metodologia de gestão social para empreendimentos de geração de energia por fontes renováveis. **Brazil WindPower**, São Paulo, p. 524–539, 2019. Disponível em: https://www.brazilwindpower.com.br/content/dam/Informa/brazilwindpower/pt/2020/ebook/AnuarioTrabalhosTecnicosBWP2019.pdf. Acesso em: 13 fev. 2020.

A BUROCRACIA SEGUNDO WEBER E O ORÇAMENTO AUTORIZATIVO NO BRASIL: O ACCOUNTABILITY E O INSULAMENTO BUROCRÁTICO COMO POSSÍVEIS SAÍDAS

Victória Nicodemo Ribeiro[140]

INTRODUÇÃO

Não é incomum que, de tempos em tempos, o cidadão seja submetido a variados discursos por agentes políticos que permeiam a Administração Pública. Há, inclusive, certa aversão aos períodos eleitorais por grande parte da população por conta de uma indissociável percepção da falta de efetividade da máquina pública com uma narrativa inconsistente de seus agentes, ou de aspirantes ao cargo.

A verdade é que, em um contexto de estruturas já há muito estabelecidas, algumas condutas têm sido tomadas como parte do processo de administrar a *res* pública — como a corrupção, popular e comumente ditos —, sendo que a estrutura foi criada justamente para impedir e principalmente prevenir que situações de aproveitamento indevido como essa venham a acontecer. A burocracia, ainda que vista como meio de postergar

140 Acadêmica em Direito pela Universidade Paulista e em Administração Pública pela UNICAMP; Estagiária no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região/Campinas; Jornalista apta pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

resultados e alongar procedimentos, foi instituída em suas bases para ser exatamente o contrário. Sendo assim, vejamos em Chiavenato, que traz a origem da burocracia em Max Weber, afirmando: "A burocracia é a organização eficiente por excelência. E para conseguir essa eficiência, a burocracia precisa detalhar antecipadamente e nos mínimos detalhes como as coisas deverão ser feitas." (CHIAVENATO, 1983). Então, a disfunção procedimental atribuída à burocracia, esconde sua verdadeira função, qual seja: servir a população como modelo organizacional estruturado sociológica e administrativamente.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Em suas muitas facetas, a burocracia moderna comporta algumas características específicas em seu modo de operar, de acordo com Weber. O caráter formal das comunicações arrazoa que todas as ações e procedimentos existem para proporcionar comprovação e documentação adequadas, permitindo que haja uma interpretação unívoca das comunicações e garantindo segurança jurídica e procedimental. O caráter racional e de divisão do trabalho, por sua vez, preza por eficiência no serviço da organização. Com a impessoalidade nas relações, tem-se que os cargos e funções são o núcleo da continuidade do trabalho, ao invés de focar nos indivíduos que os ocupam, haja vista serem transitórios. Da mesma forma, a hierarquia da autoridade corresponde à característica anterior, ao submeter um cargo ou função de hierarquia menor a um superior, tendo definido que nenhum posto deve ficar sem supervisão, promovendo prevenção contra ações arbitrárias dentro do conjunto. As rotinas e procedimentos estandardizados, a competência técnica e meritocracia, a especialização da administração, a profissionalização dos participantes e a completa previsibilidade do funcionamento pautam bem a forma devida de conduzir as ações dentro da Administração Pública.

Embora pouco crível, nem todos os servidores que usam de uma discursiva convincente e eloquente de fato o fazem apenas para serem bem-sucedidos em campanhas eleitorais. Há meios para que se concretizem seus desígnios em atender às necessidades de seus eleitores, utilizando-se de ferramentas burocráticas constituídas justamente para garantir que seja possível adequar as premências coletivas de forma segura. Como exemplo,

é facultado aos senadores e deputados ou suas respectivas bancas proporem emendas à Lei Orçamentária Anual, pois dessa forma podem opinar ou influir na alocação de recursos públicos em função de compromissos políticos que assumiram durante seu mandato.

A questão principal, no entanto, gira em torno do modelo burocrático com caráter autorizativo que rege o orçamento anual no Brasil. Por não haver Emenda Constitucional ou lei que defina por certo a obrigatoriedade de cobrança dos gastos discricionários, para além das despesas obrigatórias e de caráter mínimo exigidos, há uma defasagem entre o que é prometido e o que é efetivamente realizado. Com a autorização do Congresso para a realização dos gastos quando aprovado o orçamento, muitas despesas acabam por não serem contempladas da Lei Orçamentária Anual (LOA) e, consequentemente, ficam sem lugar nos gastos previstos para aquele exercício. As Emendas impositivas dos parlamentares, fossem individuais (autoria de cada senador ou deputado) ou de bancada (regionais ou estaduais, e, portanto, coletivas), não tinham caráter impositivo e sim autorizativo, não produzindo eficácia em seus resultados. No entanto, novas diretrizes estão sendo traçadas.

METODOLOGIA

A pesquisa pautar-se-á, primordialmente, em análise exploratória de material bibliográfico, documental e artigos científicos, além de consulta em sites especializados no assunto. Possui caráter explicativo, visando a fundamentação de novas hipóteses e o aprofundamento do conhecimento relacionado.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Há três Emendas Constitucionais que vêm mudando o destino das verbas públicas e o consequente futuro das eleições vindouras. São elas:

> I. EC. Nº 86/2015, que introduziu a obrigatoriedade (caráter impositivo) de execução da programação orçamentária com relação aos recursos financeiros correspondentes às verbas originárias das emendas individuais, quais sejam aquelas apresentadas pelos senadores ou deputados, como explica Ângelo Miranda;

> II. EC. Nº 100/2019, que torna impositiva a execução da programação orçamentária proveniente de emendas de bancada de parlamentares de Estado ou do Distrito Federal, com texto *in verbis* da alteração nos arts. 165, §10 e 166, §12 da Constituição Federal, Seção II DOS ORÇAMENTOS;
>
> III. EC. Nº 105/2019, que acrescenta o art. 166–A à Constituição Federal, para autorizar a transferência de recursos federais a Estados e ao Distrito Federal e a Municípios mediante emendas ao projeto de lei orçamentária anual. Portanto, as emendas individuais impositivas são transferidas, podendo ter caráter especial (repasse direto ao Ente sem necessidade de convênio ou qualquer ajuste) ou com finalidade definida (recurso vinculado a uma programação estabelecida na emenda parlamentar).

Essas medidas, portanto, são pautadas no princípio da universalidade, de acordo com o qual se afirma que todos são iguais perante a lei. Por conseguinte, a ordem democrática deve ser igualitária e apoiada por instituições burocráticas que compreendem a discricionariedade em sua forma mínima, extirpando as exceções, fura-filas, carteiradas e "jeitinhos", como assevera o texto *Burocracia, política e democracia em tempos sombrios* (ESTADÃO, 2020).

Nesse diapasão, tem-se cada vez mais claras as atuações e diretrizes tomadas pelos parlamentares eleitos, compelindo-os a comprometerem-se e realizarem suas vontades anteriormente manifestadas aos indivíduos votantes. E para que seja da forma mais democrática e burocrática (em seu sentido real —de irresoluto controle e ordem) possível, o princípio da transparência vale-se como estratégia e é assegurado através do *accountability* e do insulamento burocrático, ao lado de outros dois critérios.

O *accountability*, traduzido de forma simplificada como prestação de contas, corresponde à segunda das três estratégias utilizadas nas agências reguladoras — responsáveis por supervisionar o funcionamento das instituições e entidades —, quais sejam: transparência, prestação de contas e independência. Os políticos, no desempenho de suas funções, utilizam-se dessa ferramenta burocrática para garantir, assim como a Emenda Constitucional determina, que os serviços sejam prestados e entregues à população.

A vertente "independência", terceiro critério usado dessarte, trouxe a possibilidade de insular — daí o termo "insulamento burocrático" — as instâncias de decisão técnica das pressões políticas de toda ordem (RAMALHO, 2009). Edson Nunes apresenta argumentos que explicam o funcionamento de tais ilhas na página 343 de seu livro *A gramática política do Brasil: clientelismo e insulamento burocrático*, dispondo que

> [...] as chamadas ilhas de racionalidade e especialização técnica, — funcionam — como o processo de proteção do centro técnico do Estado contra a interferência dos políticos ou grupos da sociedade civil, como empresários ou movimentos sociais. Excluindo tais atores, o insulamento poderia refrear o personalismo e a patronagem, a fim de que uma base mais técnica pudesse fixar as prioridades do Estado. Tal processo de proteção do núcleo técnico do Estado seria uma tentativa de minorar ou eliminar as incertezas criadas pelo ambiente institucional. (NUNES, 1997, p. 343).

Impelindo dessa forma, os indivíduos que se propõem a submeterem-se à máquina pública e serem leais às próprias palavras e, por conseguinte, aos votos dados em confiança ao seu trabalho como agente público, ao passo que sua mera discricionariedade e intenções subjetivas perdem forças ao serem analisadas sob crivos especialíssimos.

CONCLUSÕES

Conclui-se, dessa forma, que o esclarecimento do objetivo e implementação da burocracia do modo pela qual foi criada, o novo direcionamento dado pelas Emendas Constitucionais quanto ao modelo impositivo dos orçamentos e o uso cada vez mais enrijecido de instrumentos de controle e transparência como o *accountability* e o insulamento burocrático levarão o Brasil a tornar-se, em um futuro próximo, um poço de riquezas não somente físicas, mas também, de caráter ordenativo, correspondendo à expectativa do slogan na bandeira: "Ordem e Progresso".

REFERÊNCIAS

CHIAVENATO, Idalberto. **Características da burocracia segundo Weber**. Introdução à Teoria Geral da Administração. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1983.

LUSTOSA, Frederico; SILVA, Suylan Midlej e; PASSADOR, Claudia Souza. Gestão, Política & Sociedade: Burocracia, política e democracia em tempos sombrios. **Estadão**, 11 jun. 2020. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/gestao-politica-e-sociedade/burocracia-politica-e-democracia-em-tempos-sombrios/. Acesso em: 3 out. 2021.

MIRANDA, Ângelo. **O orçamento no Brasil é impositivo ou autorizativo?** Disponível em: https://patricknilo.com.br/wp-content/uploads/2019/09/Or%C3%A7amento-impositivo-Angelo-Miranda.pdf. Acesso em: 3 out. 2021.

NUNES, Edson de O. **A gramática política do Brasil:** clientelismo e insulamento burocrático. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

RAMALHO, P. I. S. Insulamento burocrático, *accountability* e transparência: dez anos de regulação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Revista do Serviço Público**, [*S. l.*], v. 60, n. 4, p. 337–364, 2009. Disponível em: https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/30. Acesso em: 3 out. 2021.

PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA

Mariana Galvan dos Santos[141]

INTRODUÇÃO

Os pais, com seu poder familiar, além dos deveres do art. 229 da Constituição Federal — "assistir, criar e educar os filhos menores" (BRASIL, 1988) —, têm o dever de assistência emocional e afetiva perante os filhos. Segundo o princípio da afetividade no Direito de Família, que solidificou-se após a Constituição Cidadã de 1988 e o Código Civil de 2002 (que trouxe a ideia de responsabilidade afetiva e material dos pais perante os filhos e igualdade entre eles, sejam os mesmos nascidos do matrimônio ou não), há de se dizer que a família deixa de ser meramente patrimonial e vê-se laços de afeto a cercar as uniões e as relações de parentesco.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O doutrinador Rodrigo da Cunha Pereira (2020, p. 96) expõe acerca do princípio supracitado: "O afeto para o Direito de Família não se traduz apenas como um sentimento, mas como uma ação, uma conduta. É o

141 Acadêmica do VIII Nível do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. Integrante do Grupo de Pesquisa A efetividade dos Direitos Humanos no plano internacional, vinculado ao PPGDireito — UPF, na linha de pesquisa: Executivo e políticas públicas. Integrante do Grupo de Pesquisa Transnacionalização, migração e trabalho, vinculado ao PPGDireito — UPF, na linha de pesquisa: Dimensões do Poder.

cuidado, a proteção e a assistência na família parental e conjugal". Ainda, o autor ressalta que esse princípio é tácito, ou seja, não é positivado em legislação nenhuma, todavia, tanto doutrina quanto jurisprudência o seguem de forma efetiva no direito brasileiro.

Há de se ressaltar que esse princípio é a base do Direito de Família atual, e, portanto, fortalece as relações interpessoais as quais não se baseiam em laços sanguíneos. Incluso nessa concepção há de se falar em paternidade/maternidade socioafetiva, relações homoafetivas, adoções, entre outros. Portanto, acerca do tema, Rolf Madaleno (2021, p. 103) faz uma observação: "Necessariamente os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, podendo até ser afirmada, em muitos casos, a prevalência desses sobre aqueles. O afeto decorre da liberdade que todo indivíduo deve ter de afeiçoar-se um a outro".

METODOLOGIA

Para o desenvolvimento do presente trabalho utiliza-se o método de abordagem dedutivo, tendo em vista sua natureza bibliográfica; o procedimento é histórico, para que se possa contextualizar os conceitos aqui tratados; e a técnica de pesquisa é advinda de fontes primárias e secundárias.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Deveras, muito ainda se discute acerca do tema, até por que não se conhece até que ponto irá o princípio da afetividade em sentido de direitos, pois outrora não se pensara em falar de direito sucessório de filhos socioafetivos ou casamento homoafetivo, diferentemente do que se sucede hoje.

CONCLUSÕES

Ressalta-se que falar de afeto é falar de muito mais do que se pode expressar, e, muitas vezes, as relações afetivas se tornam muito mais integrais do que as relações consanguíneas, sendo, dessa forma, tão importante que haja o entendimento do afeto como princípio do direito, e que o mesmo seja materializado concretamente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. Editora Forense, 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias.** Editora Forense, 2020.

INFANTICÍDIO ENTRE A POPULAÇÃO INDÍGENA NO PONTO DE VISTA DOS DIREITOS HUMANOS UNIVERSAIS

Rhayani Kathayne Teixeira Ramos[142]

INTRODUÇÃO

A legislação brasileira assegura a toda a população o direito de perpetuar a sua cultura no corpo do rt. 215, § 1º da Constituição Federal de 1988. Em razão disso, alguns nativos têm questionado a necessidade da prática do infanticídio em alguns grupos étnicos indígenas. Vale ressaltar que tem sido defendido no Congresso, por meio do Projeto de Lei 119/2015, que se encontra na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) desde 15 de outubro de 2019, a criminalização dessa prática, por mais que seja cultural, em questão de se fazer em vigor a proteção dos direitos básicos humanos.

Isso põe em discussão várias questões sobre direitos humanos e a relativização da dignidade humana em detrimento da cultura. Entretanto, há os indígenas que se sentem abalados física, psicológica e emocionalmente, que se posicionam contra. Do mesmo modo, há casos de nativos que lutam pela manutenção dessa prática em razão da tradição, porque, segundo eles, seria ilegítimo o Estado proibir o exercício de sua cultura.

142 Acadêmica do 8º período do curso de Direito do Centro Universitário de Mineiros — Unifimes.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

INFANTICÍDIO ENTRE POVOS INDÍGENAS: ASPECTOS LEGAIS E CULTURAIS

O infanticídio é configurado como crime hediondo segundo a Constituição, por primeiramente se tratar de homicídio, que, nesse caso, é de uma mãe contra seu próprio filho (SILVA, 2019). O que também resulta na criminalização do aborto (apesar das exceções diante da lei).

Segundo o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), a criança e o adolescente gozam de todos os direitos e deveres fundamentais ao ser humano, sem prejudicar a proteção integral a quem se refere essa lei, assegurando por lei todas as facilidades e oportunidades para o seu desenvolvimento físico, mental, moral, social e espiritual, em condições de liberdade e de dignidade — o que condiz a outro motivo para a Lei e a cultura entrarem em um empasse a ser discutido hoje, como forma de equilibrar as duas esferas.

Já o termo infanticídio indígena é empregado com o objetivo de classificar o homicídio de crianças indígenas motivado por critérios culturais inerentes à algumas das etnias que habitam o território brasileiro, que ocorre independentemente da idade, quando, por alguma razão, essa criança poderia ameaçar a preservação da cultura da aldeia a qual pertence (SILVA; DIAS, 2020).

Resultado de um processo histórico, cultural e político, a identidade brasileira foi construída, uma grande parte dela, por meio de um legado deixado pelos diversos povos que já habitavam todo o continente americano e, principalmente, o território hoje conhecido como Brasil.

Pode-se afirmar que essa troca cultural se iniciou no período colonial, quando os portugueses e espanhóis tiveram seu primeiro contato com nativos do continente americano. Houve um choque cultural e ideológico pelas várias distinções entre ambos. Os pesquisadores Rafael Alcadipani e João Marcelo Crubellate (2003) consideram o Brasil um país plural. De acordo com eles:

> Fomos colonizados oficialmente por portugueses e tivemos fortes influências negras e indígenas, sem falar nos diversos povos — ita-

> lianos, japoneses, franceses, holandeses, árabes, entre muitos outros — que ao longo de nossa história vieram para o Brasil. Assim, este país é um caleidoscópio de povos e etnias (ALCADIPANI; CRUBELLATE, 2003, p. 65).

É certo que a cultura brasileira sofreu forte influência da cultura europeia, mas as terras brasileiras já eram anteriormente habitadas por diversos grupos étnicos indígenas com modos de vida, culturas e crenças diferentes dos europeus. Enquanto para os índios suas divindades estão presentes em toda a natureza, com saberes ancestrais, o Cristianismo e o estilo dos franceses estavam predominando entre os europeus.

Apesar dessas diferenças, e embora os conflitos ainda persistam, o ato de compartilhamento dessas culturas consequentemente foi assimilado e contribuiu para a geração de diversos valores e conhecimentos que trouxeram a multiculturalidade ao Brasil.

A conexão com a natureza, o sagrado e o místico cultuado pelos indígenas é tão forte, que o pesquisador Granero (2011, p. 136) afirma que em muitas sociedades ameríndias o nascimento de gêmeos é considerado uma manifestação de fecundação não humana.

No Brasil, segundo reportagem veiculada pelo Fantástico em 2014, a prática do infanticídio ocorre em cerca de 13 aldeias isoladas, a exemplo dos suruwahas, ianomâmis e kamaiurás. As justificativas culturais para a prática variam de crianças com deficiências ou que forem fruto de relacionamentos extraconjugais e até mesmo se forem gêmeos e filhos de mães solo (TRADIÇÃO, 2014).

Para analisar o Direito Humano/fundamental à cultura, precisa-se conceituar o verbete e, nesse sentido, a cultura segundo Taylor (2012, p. 1): "Cultura ou civilização, em um sentido étnico mais abrangente, é complexo por incluir sabedoria hereditária, crenças, arte, lei e cultura".

Portanto, consagra-se o entendimento de que o ser humano é um ser cultural e que suas manifestações culturais devem ser respeitadas, garantidas e protegidas. Devem ser propiciadas como uma forma de tutelar o princípio básico e fundamental da dignidade humana. Dessa forma, a Declaração Universal dos Direitos Humanos elucida em seu artigo XXII que toda pessoa tem o direito de concretizar seus direitos econômicos, sociais e culturais.

Diante disso está em trâmite o projeto de lei nº 1.057/2007 do deputado Henrique Afonso, que tem como finalidade proteger crianças indígenas vítimas do infanticídio, respeitando sua cultura, mas colocando como principal objetivo a integridade física e psíquica das crianças, garantindo os direitos básicos humanos. Esse projeto de lei é conhecido como Lei Muwaji, em homenagem a Muwaji, uma mulher da etnia suruwahá que resolveu abandonar sua cultura, seu povo e suas crenças para poder salvar sua filha recém-nascida Iganani, que sofre de paralisia cerebral.

Após tramitar por anos, sem receber a devida atenção, o projeto foi aprovado na Câmara dos Deputados no dia 2 de junho de 2011. Atualmente, o PL nº 1.057/2007 aguarda apreciação pelo Senado Federal e, caso seja aprovado, acrescentará o artigo 54–A à Lei nº 6.001/73, o *Estatuto do Indígena*. O referido artigo irá conter 12 parágrafos, sendo que seu *caput* reafirma que as práticas tradicionais indígenas serão respeitadas.

O projeto de lei tem como finalidade a erradicação da prática do infanticídio, tentando dialogar com grupos nativos, principalmente com os que ainda são adeptos dessa prática. Adotando medidas educativas permeadas pelo diálogo junto a esses povos, entende-se ser essa a melhor solução contra violações aos direitos humanos, consoante disposto no art. 7º do PL nº 1.057/2007.

OBJETIVO

Haver um debate sobre práticas culturais e seu impacto na sociedade — e, principalmente, quando parte dela ultrapassa os conceitos conhecidos e estabelecidos do Código Universal dos Direitos Humanos; trazer à luz da Constituição de 1988, a fim de preservar os direitos humanos básicos e garantidos a todos brasileiros, sem prejudicar ou discriminar culturas e crenças de povos nativos.

METODOLOGIA

No intuito de se atingir os resultados propostos, adotou-se o tipo de pesquisa bibliográfico e documental, por meio de consulta a livros, dissertações, livros da Constituição e Estatuto da Criança e do Adolescente; bem como de artigos científicos selecionados através de busca nas seguin-

tes bases de dados: Repositório Institucional da UFJF, Biblioteca Digital de Teses e Dissertações, SciELO e Periódicos Capes, cujo método de pesquisa é o dedutivo, interpretativo, qualitativo e monográfico.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

É importante destacar que a cultura é dinâmica e não imutável. A cultura não é o bem maior a ser tutelado, mas sim a vida. A prática do infanticídio entre povos indígenas, por mais que seja algo cultural, fere a dignidade e os direitos fundamentais humanos. Não se nega a necessidade de se reconhecer e respeitar as tradições desses povos, no entanto a cultura e as tradições não devem ser usadas como justificativas para violações aos direitos humanos. É algo acima de discussões e se torna um tema delicado, por se falar de culturas milenares as quais estão distantes de nossa compreensão; todavia, uma vida humana não deve ser colocada em demérito pela cultura, ainda mais se tratando de seres vulneráveis como as crianças.

CONCLUSÃO

Do exposto, conclui-se que os povos indígenas devem ter o direito de conservar seus costumes, instituições e tradições, desde que a defesa desses direitos não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais previstos na CRFB/1988, nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação desse princípio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCADIPANI, Rafael; CRUBELLATE, João Marcelo. Cultura Organizacional: Generalizações Improváveis e Conceituações Imprecisas. **Revista de administração de empresas**, 2003.

GRANERO, Fernando Santos. Hakani e a campanha contra o infanticídio indígena: percepções contrastantes de humanidade e pessoa na Amazônia brasileira. **Mana**, Estudos de Antropologia Social, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-

2006/2004/decreto/d5051.htm#textoimpressao. Acesso em: 11 set. 2021.

SILVA, Ana Flávia Ferreira; DIAS, **Ritchelly Halbertt Oliveira.** Infanticídio indígena: o conflito entre o direito à vida e o direito de proteção à cultura. **Âmbito Jurídico**, 2020. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/infanticidio-indigena-o-conflito-entre-o-direito-a-vida-e-o-direito-de-protecao-a-cultura/. Acesso em: 5 set. 2021.

SILVA, José Afonso do. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TRADIÇÃO indígena faz pais tirarem a vida de crianças com deficiência física. **G1**, Fantástico, 7 dez. 2014, 22h47. Disponível em: http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/12/tradicao-indigena-faz-pais-tirarem-vida-de-crianca-com-deficiencia-fisica.html#:~:text=para%20a% 20aldeia.-,A%20pr%C3%A1tica%20acontece%20em%20pelos%20menos%2013%20etnias%20ind%C3%ADgenas%20do,matar%20o%20beb%C3%AA%20rec%C3%A9m%2Dnascido. Acesso em: 11 set. 2021.

TYLOR, Edward Burnett. **Primitive Culture**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

A PARTICIPAÇÃO SOBRE A PRODUÇÃO DE PETRÓLEO DOS PROPRIETÁRIOS DE TERRAS E SEU DIREITO DE FISCALIZAR

Pedro Arthur Medeiros Florentino[143]

INTRODUÇÃO

A participação dos proprietários sobre a produção de petróleo ou gás natural decorre de imperativo constitucional expresso, assegurado na forma da lei, nos termos do § 2º, art. 176 da Carta Magna, art. 523 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, e pela portaria da Agência Nacional de Petróleo nº 143, de 25 de setembro de 1998, a qual sempre foi tratada com obscuridade pelos órgãos responsáveis e empresas produtoras.

Por esses motivos, propomos realizar um estudo sobre a origem desse direito, a forma que é calculada, e a forma de pagamento, nos debruçando profundamente sobre a efetiva transparência dessa produção — a qual é informada pela concessionária sem que haja nenhum método de contrainformação para que o outro polo da relação jurídica possa chancelar a veracidade das informações prestadas e o possível poder de polícia que os proprietários de terras poderão exercer, advindo

143 Universidade Federal do Rio Grande do Norte; Especialista em Direito Administrativo (UFRN); Mestrando em Direito Constitucional (UFRN); Presidente da Comissão de Direito Notarial e Registro Público OAB/RN; Membro do Instituto de Direito Administrativo Seabra Fagundes — IDASF; Advogado.

da necessidade de proteção dos indivíduos contra os riscos do exercício arbitrário do poder Estatal.

Um efetivo sistema de controle da produção de petróleo por unidade autônoma de poço de petróleo (cabeça de poço) "cavalinho" é elemento-chave para transparência e efetivo controle por parte dos particulares do percentual que lhes cabe.

Como questões centrais de pesquisa, se colocam as seguintes: é possível que o "particular" detentor de direito contratual possa exercer a fiscalização direta de sua parcela sobre a produção petrolífera? Sendo isso possível, como se daria esse tipo de procedimento normativo das agências reguladoras à luz do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente com base na Constituição Federal de 1988? Em decorrência dessa possibilidade, estaria mitigando a função regulatória atribuída à ANP? Complementarmente, ainda se indaga: a fiscalização autônoma manifestada nos procedimentos vincularia ou não as decisões a serem elaboradas pelos diretores das agências reguladoras no exercício da sua competência discricionária? Seria possível sugerir uma nova forma de apuração do direito de superfície devido aos proprietários? Quais são os efetivos meios de controle fiscalizatórios do volume produzido? Com o advento dos leilões dos chamados "campos maduros", através da cessão de contratos de exploração e produção, as mesmas estariam sob a égide desse controle?

As questões levantadas partem do pressuposto central de que em um Estado Democrático de Direito não há outra via possível de legitimar as ações estatais que não a democrática; e que deve ser garantido o direito fundamental à propriedade presente na Carta Magna, visto que a "participação de terceiros" presente na regulamentação do setor petrolífero é oriunda do princípio básico e secular da propriedade.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A literatura objetivamente trabalhada até o presente momento omitiu-se de enfrentar diretamente a problemática existente, por falta de conhecimento da necessidade prática ou pelo simples motivo da primordialidade do enfrentamento de causas mais urgentes, visto o direito do petróleo ser relativamente novo perante as complexidades das relações existentes.

Adiante, nas raras citações existentes sobre a problemática, enxergamos uma grande confusão doutrinária ao se tratar da participação de terceiros na cadeia produtiva do petróleo.

Assentado direito é posto pela doutrinadora Maria D'Assunção Costa Menezello, como partilha dos pagamentos feitos pelo concessionário a título de participações governamentais entre o dono do solo e a União, em nome da sociedade, proprietária do subsolo, momento em que identificamos a "confusão" absolvida pela doutrina, pois nada atrela um direito ao outro. Os pagamentos recebidos pela União e pelos proprietários de terras têm normativa específica distinta, convencionadas formas de cálculos e prazos de pagamentos bispadas.

Momento em que identificamos a necessidade da revisão bibliográfica existente, esmiuçando as questões inerentes à participação de terceiros à luz da axiologia constitucional denominada de filtragem constitucional, remodelando o Direito administrativo no subramo do Direito do petróleo e dos demais ramos do Direito relacionados com a problemática, visto que assenta normas concernentes a todos os ramos do Direito, conformando a leitura dos seus institutos, e transformando, assim, toda interpretação jurídica em interpretação constitucional.

Apesar da falta de enfrentamento direto sobre a problemática tratada, não podemos nos furtar dos conceitos básicos bem delimitados na espaça literatura existente, da qual podemos extrair a base doutrinária para realizar o direito comparado no tocante ao direito fundamental de propriedade na exploração petrolífera e seus reflexos perante a normatização de direitos e regulação da atividade econômica.

METODOLOGIA

As principais técnicas de pesquisa que serão utilizadas para trazer à lume o problema da dissertação compreendem as pesquisas bibliográficas (doutrina), documental (jurisprudência) e de leituras de artigos e análise de conteúdo.

A metodologia da pesquisa será pautada numa abordagem teórica, utilizando-se de revisão de literatura exploratória e descritiva.

Por fim, no tocante ao eixo teórico metodológico de abordagem, o tipo de esquisa que será utilizado é a pesquisa dogmática-instrumental,

pautada na legislação, doutrina e na jurisprudência, bem como se utilizará a abordagem sociojurídica, buscando conhecer as incoerências do sistema jurídico e a relação com outras áreas do conhecimento.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Como visto, a participação dos proprietários sobre a produção de petróleo ou gás natural decorre de imperativo constitucional expresso, assegurado na forma da lei, nos termos do parágrafo segundo do art. 176 da Carta Magna, art. 52 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, e pela portaria da Agência Nacional de Petróleo nº 143, de 25 de setembro de 1998.

Conseguimos esclarecer as formas de compensação financeira pagas aos proprietários de terras, elas, os "*royalties*" dos proprietários e a "taxa de servidão", a primeira paga mensalmente e sobre a produção de petróleo por unidade de poço "cavalinho" existente na propriedade, ao percentual de 0,5% a 1%, e a última paga anualmente, sendo calculada de acordo com a proporção da servidão administrativa instituída e o cerceamento da capacidade econômica onerada sobre a propriedade.

Vimos também que o dever fiscalizatório da ANP é exercido de forma precária pelo seu Núcleo de Fiscalização da Medição da Produção, e que seu Sistema de Fiscalização da Produção não foi implantado em 100% e, mesmo que o tivesse, não teria instrumentos necessários para controlar a produção por unidade (cabeça de poço).

Em decorrência dessa fragilidade da ANP e por não ser de interesse talvez das concessionárias de exploração petrolífera, inexiste forma de controle por parte dos particulares sobre o que é produzido nos campos delimitados em suas propriedades, inexistindo também, portanto, meio fiscalizatório da fidedignidade dos dados apresentados relativos aos volumes de produção individuais por poços de petróleo, não podendo ser questionado pelos proprietários os valores pagos a título de percentual sobre a produção.

CONCLUSÕES

Dessa forma, em decorrência do estudo realizado, entendemos que o "particular" detentor de direito contratual poderá exercer a fiscalização

direta de sua parcela nessas receitas, sem mitigar a função regulatória atribuída à ANP, devendo ser criados meios para que o mesmo possa exercer determinado direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 out. 2021.

BRASIL. **Lei Federal nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.** Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências.

BUCHEB, José Alberto. **DIREITO DO PETRÓLEO:** A REGULAÇÃO DAS ATIVIDADES DE EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL NO BRASIL. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

FRANÇA. Vladimir da Rocha. **Agência Nacional do Petróleo, gás natural e biocombustíveis — ANP:** comentários à Lei nº 9.478/97 e ao Decreto nº 2.455/98. São Paulo: Atlas, 2015.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Comentários a Lei do Petróleo:** Lei Federal nº 9.478/97. São Paulo: Atlas, 2000.

SILVA, Julianne Holder da C.; FREITAS, Jackeline Carminda Cabral de. A (in)sustentabilidade da indústria do petróleo e gás-natural no semiárido Norte-rio-grandense. *In:* XAVIER, Yanko Marcius de Alencar Xavier *et al.* (org.). **Proteção do meio ambiente na indústria do petróleo e gás natural**. Série Direito dos Recursos Naturais e da Energia. Volume 12. Natal, RN: EDUFRN, 2015.

INSTITUIÇÕES E POLÍTICAS PÚBLICAS
VOL. 1

Clarissa Bottega, Fabiano Oliveira,
Mariana Gomes de Oliveira, Maurício Pires Guedes (orgs.)

Tipografias utilizadas:
Família Museo Sans (títulos e subtítulos)
Bergamo Std (corpo de texto)

Papel: Offset 75 g/m2
Impresso na gráfica Trio Studio
Fevereiro de 2022