



REVISTA DA

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

 CEJUR

PGEAM
Procuradoria Geral do Estado





PGEAM

Procuradoria Geral do Estado

REVISTA DA

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



 **CEJUR**



AMAZONAS

GOVERNO DO ESTADO

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS

REVISTA DA

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PGE-AM

Procuradoria Geral do Estado



CEJUR

R. PGE	Manaus-AM	a. 38	n. 43	2023
--------	-----------	-------	-------	------

GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS

Wilson Miranda Lima

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Giordano Bruno Costa da Cruz

SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Mateus Severiano da Costa

SUBPROCURADORES-GERAIS ADJUNTOS DO ESTADO

Eugênio Nunes Silva Isaltino José Barbosa Neto

CORREGEDORA

Clara Maria Lindoso e Lima

CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS

Clara Maria Lindoso e Lima - Coordenadora

COMISSÃO EDITORIAL

Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho	Patricia Petruccelli Marinho
Daniel Pinheiro Viegas	Rafael Cândido da Silva
Eugênio Nunes Silva	Ricardo Antonio Rezende de Jesus
Heloyza Simonetti Teixeira	Ticiano Alves e Silva

ORGANIZAÇÃO E REVISÃO

Clara Maria Lindoso e Lima	Hellen Cristina Silva Moraes
Cássia Maísa Bezerra da Silva Fernandes	Artur Cesar Cunha dos Santos Júnior
Aretuza Carvalho Ribeiro	Suelem Carneiro Fonseca

DIRETOR-PRESIDENTE DA IMPRENSA OFICIAL DO ESTADO DO AMAZONAS

João Ribeiro Guimarães Júnior

GERÊNCIA DE SERVIÇOS EDITORIAIS

Daniela Cavalcante da Silva

PROJETO GRÁFICO E DIAGRAMAÇÃO

Ana Luiza de Almeida Parente

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Manaus, Procuradoria-Geral do Estado, Centro de Estudos Jurídicos, 1983. Manaus: Imprensa Oficial do Estado do Amazonas, 2023. 295 p.: 18x25 cm.

ISSN 1807926- 1

1983-2023 (1-43)

D.Q.C. 340.05

Os artigos assinados não representam necessariamente a opinião da Procuradoria-Geral do Estado do Amazonas. A transcrição de matérias contidas na Revista da Procuradoria-Geral do Estado só será permitida com citação da fonte.

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Rua Emílio Moreira, 1308 – Praça 14 de Janeiro
CEP: 69020-040 – Manaus-AM – Fone: 92 3649-3108

PROCURADORES DO ESTADO DO AMAZONAS EM 2023

PROCURADORES DE PRIMEIRA CLASSE

ADRIANE SIMÕES ASSAYAG RIBEIRO
ANA EUNICE CARNEIRO ALVES
ANGELA BEATRIZ GONÇALVES FALCÃO DE OLIVEIRA BASTOS
CARLOS ALBERTO DE MORAES RAMOS FILHO
CLARA MARIA LINDOSO E LIMA
ELLEN FLORÊNCIO SANTOS ROCHA
EVANDRO EZÍDRO DE LIMA REGIS
HELOYSA SIMONETTI TEIXEIRA
INDRA MARA DOS SANTOS BESSA
JÚLIO CÉZAR LIMA BRANDÃO
LUIS CARLOS DE PAULA E SOUSA
MARCELO AUGUSTO ALBUQUERQUE DA CUNHA
MARIA FLORÊNCIA SILVA
MARIA HOSANA DE SOUZA MONTEIRO
ONILDA ABREU DA SILVA
PATRÍCIA PETRUCCELLI MARINHO
RICARDO ANTONIO REZENDE DE JESUS
ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE MOTA
RONALD DE SOUSA CARPINTEIRO PERES
SIMONETE GOMES SANTOS ARAÚJO

PROCURADORES DE SEGUNDA CLASSE

ANNA KARINA LEÃO BRASIL SALAMA
BENEDITO EVALDO DE LIMA MORENO
CARLOS ALEXANDRE MOREIRA DE CARVALHO MARTINS DE MATOS
CLÓVIS SMITH FROTA JÚNIOR
DANIEL PINHEIRO VIEGAS
FABIANO BURIOL
FÁBIO PEREIRA GARCIA DOS SANTOS
GLÍCIA PEREIRA BRAGA
INGRID KHAMYLLA MONTEIRO XIMENES DE SOUSA
ISABELA PÉRES RUSSO
KALINA MADDY MACÊDO COHEN
KARLA BRITO NOVO
LEILA MARIA RAPOSO XAVIER LEITE
LEONARDO DE BORBOREMA BLASCH
LUCIANA GUIMARÃES PINHEIRO VIEIRA
MARCELLO HENRIQUE SOARES CIPRIANO
RAFAEL CANDIDO DA SILVA
RAQUEL BENTES DE SOUZA DO NASCIMENTO
RÔMULO DE SOUZA CARPINTEIRO PERES

TATIANNE VIEIRA ASSAYAG TOLEDO
TICIANO ALVES E SILVA
YOLANDA CORREA PEREIRA

PROCURADORES DE TERCEIRA CLASSE

ALDENOR DE SOUZA RABELO
ALINE TEIXEIRA LEAL NUNES
ALTIZA PEREIRA DE SOUZA
ANA MARCELA GRANA DE ALMEIDA
ANDREA PEREIRA DE FREITAS
ARTHUR MARCEL BATISTA GOMES
BARBARA FERNANDEZ DE BASTOS
BEATRIZ FERNANDES BEZERRA
CAMILLA PEREIRA DE MARCOS
DEBORA BANDEIRA DIAS KOENOW
DIOGO DINIZ FERREIRA DE CARVALHO
ELIDA DE LIMA REIS CORREA
ERNANDO SIMIÃO DA SILVA FILHO
EUGÊNIO AUGUSTO CARVALHO SEELIG
EUGÊNIO NUNES SILVA
FRANKLIN ARTHUR MARTINZ FILHO
GABRIELA MUNIZ DE MOURA
GIORDANO BRUNO COSTA DA CRUZ
HELGA COSTA MENDONÇA DE REZENDE
ISALTINO JOSÉ BARBOSA NETO
IVANIA LUCIA SILVA COSTA
JANILSON DA COSTA BARROS
JOÃO PAULO PEREIRA NETO
JOSÉ GEBRAN BATOKI CHAD
JUCELINNO ARAUJO LIMA
KERINNE MARIA FREITAS PINHEIRO
LAÉRCIO DE CASTRO DOURADO JUNIOR
LEANDRO VENICIUS FONSECA ROZEIRA
LEONARDO NEGRÃO MAUÉS
LISIEUX RIBEIRO LIMA
LORENA SILVA DE ALBUQUERQUE
LUCAS PEDROSA FERNANDES
LUCIANA ARAÚJO PAES
LUCIANA BARROSO DE FREITAS
LUIS EDUARDO MENDES DANTAS
MATEUS SEVERIANO DA COSTA
MICAEL PINHEIRO NEVES SILVA
NATASHA YUKIE HARA DE OLIVEIRA
PAULO BERNARDO LINDOSO E LIMA

PAULO VITOR COSTA BRITO
PEDRO HENRIQUE AMENO FARINELLI
RAFAEL LINS BERTAZZO
RENAN TAKETOMI DE MAGALHAES
ROBERTA RODRIGUES VIANA
SÁLVIA DE SOUZA HADDAD
STEPHANIE ANDRADE FREITAS
TADEU DE SOUZA SILVA
THELCYANNE DE CARVALHO NUNES DIAS
THIAGO ARAUJO REZENDE MENDES
THIAGO OLIVEIRA COSTA
VANESSA LIMA DO NASCIMENTO
VICTOR FABIAN SOARES CIPRIANO
VIRGÍNIA NUNES BESSA
VIVIAN MARIA OLIVEIRA DA FROTA

PROCURADORES INATIVOS ATÉ AGOSTO DE 2023

ALBERTO BEZERRA DE MELO
ALBERTO GUIDO VALÉRIO
ALDEMAR AUGUSTO ARAÚJO JORGE DE SALES
ALZIRA FARIAS DA FONSECA DE GOES
FLÁVIO CORDEIRO ANTONY
JACIREMA SANTANA PAES
JARI VARGAS
JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
JOSÉ BERNARDO CABRAL
JOSÉ MARTINS DE ARAÚJO
JOSÉ SODRÉ DOS SANTOS
JÚLIO CÉSAR DE VASCONCELLOS ASSAD
LEONARDO PRESTES MARTINS
LEONOR DO CARMO MOTA VILA
LOURENÇO DOS SANTOS PEREIRA BRAGA
MARIA BEATRIZ DE JESUS PINTO MARTINS
MIOSÓTIS CASTELO BRANCO
NEUSA DÍDIA BRANDÃO SOARES ANGELUCI
OLDENEY SÁ VALENTE
PAULO LOBATO TEIXEIRA
R. FRÂNIO DE ALMEIDA LIMA
RUTH XIMENES DE SABÓIA
SERGIO VIEIRA CARDOSO
SUELY MARIA VIEIRA DA ROCHA BARBIRATO
SUELY XAVIER LIMA
VIVIEN MEDINA NORONHA

PROCURADORES DO ESTADO FALECIDOS ATÉ AGOSTO DE 2023

OSMAR PEDROSA
ELZAMIR MUNIZ FRADE
MOACIR DA SILVA
BENTO VITAL DE OLIVEIRA
JOÃO NOGUEIRA DA MATA
AURELIANO RIBEIRO CARMINÉ
ADRIÃO SEVERIANO NUNES NETO
ONESMO GOMES DE SOUZA
FRANCISCO DE ASSIS A. PEIXOTO
JORGE DE REZENDE SOBRINHO
HÉLIO SEBASTIÃO DE CASTRO LIMA
MÁRIO JORGE COUTO LOPES
PAULO DE LA CRUCE DE GRANA MARINHO
PLÍNIO RAMOS COÊLHO
WALTER BARBOSA DOS REIS
DARCY DE SANTANA COSTA
EDUARDO MAGNANI DA ENCARNAÇÃO
ADALBERTO ANDRADE DE MENEZES
RUY BRASIL CORRÊA
EROS PEREIRA DA SILVA
VICENTE DE MENDONÇA JÚNIOR
SÍLVIA PUCU STEPHANO
ADSON SOUZA LIMA
ELSON RODRIGUES DE ANDRADE
WANDINA DE ARAÚJO OLIVEIRA
SEBASTIÃO DAVID DE CARVALHO
FERNANDO DE MELO COLLYER CAVALCANTE
ROOSEVELT BRAGA DOS SANTOS
JAIME CARVALHO ARANTES
JACIREMA SANTANA PAES
JOSÉ DAS GRAÇAS BARROS DE CARVALHO
VITOR HUGO MOTA DE MENEZES
ANTONIO MENDES DO CARMO
JAYME ROBERTO CABRAL ÍNDIO DE MAUÉS
BENEDITO DE JESUS AZEDO
SANDRA MARIA DO COUTO E SILVA

PROCURADORIAS ESPECIALIZADAS

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA-PA

Procurador-Chefe: Eugenio Augusto Carvalho Seelig

PROCURADORIA DO JUDICIAL COMUM-PJC

Procurador-Chefe: Leonardo de Borborema Blasch

PROCURADORIA JUDICIAL DA SAÚDE-PJS

Procuradora-Chefe: Vanessa Lima do Nascimento

PROCURADORIA DO PESSOAL CIVIL-PPC

Procurador-Chefe: Renan Taketomi de Magalhães

PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO-PPT

Procuradora-Chefe: Maria Hosana de Souza Monteiro

NÚCLEO ESTRATÉGICO DE SOLUÇÕES DE DEMANDAS REPETITIVAS

Procurador-Chefe: Aldenor de Souza Rabelo

PROCURADORIA DO MEIO AMBIENTE-PMA

Procurador-Chefe: Luis Eduardo Mendes Dantas

PROCURADORIA DO PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO E FUNDIÁRIO-PPIF

Procurador-Chefe: Luis Eduardo Mendes Dantas

PROCURADORIA DO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO-PROCONT

Procurador-Chefe: Marcello Henrique Soares Cipriano

PROCURADORIA DE EXECUÇÕES FISCAIS-PROEF

Procuradora-Chefe: Kalina Maddy Macedo Cohen

PROCURADORIA DA DÍVIDA ATIVA E COBRANÇA EXTRAJUDICIAL-PRODACE

Procuradora-Chefe: Raquel Bentes de Souza Nascimento

PROCURADORIA PREVIDENCIÁRIA E FINANCEIRA-PPF

Procuradora-Chefe: Luciana Guimarães Pinheiro Vieira

PROCURADORIA DO ESTADO DO DISTRITO FEDERAL-PGE/DF

Procurador-Chefe: Ricardo Antônio Rezende de Jesus

PROCURADORIA DO PESSOAL MILITAR-PPM

Procurador-Chefe: Debora Bandeira Dias Koenow

NÚCLEO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Procuradora-Chefe: Sálvia de Souza Haddad

ASSESSORIA ESPECIAL

Procuradora-Chefe: Isabela Peres Russo

ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA PÚBLICA

Diretora: Heloysa Simonetti Teixeira

CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS

Coordenadora: Clara Maria Lindoso e Lima

COORDENADORIAS

COORDENADORIA DE PARCELAMENTO DA DÍVIDA ATIVA

Procurador-Chefe: Eugênio Nunes Silva

COORDENADORIA DE CÁLCULOS E PERÍCIA - CCALC

Procurador-Chefe: Rômulo de Souza Carpinteiro Peres

SETOR DE CONTROLE DE PRECATÓRIOS - SPREC

Procuradora-Chefe: Roberta Ferreira de Andrade Mota

CÂMARA DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA DE CONFLITOS – CPRAC

Procuradora-Chefe: Élide de Lima Reis Correa

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO <i>Giordano Bruno Costa da Cruz</i>	13
A NOSSA CAPA, PALÁCIO DA JUSTIÇA	15
OS 40 ANOS DO CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS, COORDENADORIA DE PESQUISA JURÍDICA E DA REVISTA JURÍDICA DA PGE-AM	17
A INCONSTITUCIONALIDADE DA TARIFAÇÃO DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO <i>Lucas Andrade do Nascimento</i>	19
A EMPRESA SUSTENTÁVEL E OS MECANISMOS DO MERCADO PARA SUA CARACTERIZAÇÃO <i>João Paulo Bezerra de Freitas</i> <i>Arthur Marcel Batista Gomes</i>	33
AS FAKE NEWS E A POSSÍVEL GUINADA DA INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO À POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO JUDICIAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO <i>Dalton Santos Morais</i>	47
A TESE DA MULTIPARENTALIDADE E SEU IMPACTO NO DIREITO SUCESSÓRIO: A POSSIBILIDADE DA PLURI-HEREDITARIEDADE <i>Rodrigo Oliveira Acioli Lins</i> <i>Flávia Regina Porto de Azevedo</i>	63
DISTINÇÃO INCONSISTENTE E OVERRULING NO PRECEDENTE CONSTITUCIONAL RELATIVO À VEDAÇÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA <i>Jucelino Araújo Lima</i>	77
MULHERES NA INTERNET: O PAPEL DO PODER PÚBLICO NO COMBATE AO SEXISMO E À MISOGÍNIA NAS REDES SOCIAIS <i>Thaís Carvalho Batista Franco de Moura</i>	89
A SUBSISTÊNCIA DA ZONA FRANCA DE MANAUS E AS PROPOSTAS DE REFORMA TRIBUTÁRIA: PECS Nº 45/19, 110/19 E 46/22 <i>Luan Silva Seminário</i>	103
DAS CONSEQUÊNCIAS PARAFISCAIS DO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS ACESSÓRIAS: DE DEVERES INSTRUMENTAIS A INSTRUMENTOS DE SANÇÃO <i>Fernanda de Sousa Cavalcanti Gurgel</i>	115
A (IN)EFICÁCIA DOS INCIDENTES DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS EM ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA <i>Hamilton Gomes de Santana Neto</i>	125

O DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA: SOBRE O CONFLITO ENTRE A SEGURANÇA ALIMENTAR E A CONCESSÃO DE INCENTIVOS FISCAIS A AGROTÓXICOS <i>Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho</i>	135
O PROBLEMA DA FALTA DE ORÇAMENTO E A “RESERVA DO POSSÍVEL” EM FACE DO ATIVISMO JUDICIAL <i>Gabriel dos Santos Coelho</i>	149
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO FACE AS BARBÁRIES PRATICADAS NO HOSPITAL COLÔNIA DE BARBACENA NO SÉCULO XX <i>Wilson Seraine da Silva Neto</i>	165
CONCEPÇÃO DEMOCRÁTICA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS DE ACORDO COM DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA <i>Rafael Lins Bertazzo</i>	177
DECRETO Nº 40.628/2019 E A ALTERAÇÃO DA ARRECADAÇÃO DO ICMS DA ENERGIA ELÉTRICA <i>Fabiano Gustavo dos Santos Ozga</i>	193
GESTÃO DO CONHECIMENTO APLICADA À SEGURANÇA CIDADÃ NO CASO DE CONDUTORES DE VEÍCULOS FORNECIDA PELOS GOVERNOS <i>Adenilton de Souza Barbalho</i> <i>Ygor Felipe Távora da Silva</i> <i>Denison Melo de Aguiar</i>	209
OBSERVATÓRIO DO MEIO AMBIENTE DO PODER JUDICIÁRIO: UMA POLÍTICA DE EFETIVAÇÃO DA DEMOCRATIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO AMBIENTAL E EDUCAÇÃO AMBIENTAL <i>Andreza Albuquerque Amore</i>	227
OS REFLEXOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA <i>Nayara de Oliveira Lima</i>	239
AGENTES DE CONTRATAÇÃO E PREGOEIRO: ERRO LEGISLATIVO OU UPDATE CONCEITUAL? <i>Glauco Terra Coêlho</i>	251
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E SUA APLICAÇÃO NO CAMPO DO DIREITO <i>Adriana Azevedo de Carvalho Derzi</i>	259
RESPONSABILIDADE CIVIL DOS AGENTES PÚBLICOS: UMA ANÁLISE SOBRE A LEGITIMIDADE PASSIVA NAS AÇÕES RESSARCITÓRIAS MOVIDAS POR PARTICULARES <i>Paulo Vitor da Silva</i>	271
NOVA LEI DE LICITAÇÕES: INOVAÇÕES E CONTROVÉRSIA <i>Lázaro Apopi Ferreira da Silva de Queiroz</i>	285

APRESENTAÇÃO

Com muita honra e orgulho a Procuradoria-Geral do Estado do Amazonas lança mais uma revista. Os caros leitores e leitoras terão a oportunidade de ler artigos jurídicos de elevada qualidade, em que são tratados temas de estreita e íntima relação com a Administração Estadual. A diversidade dos assuntos abordados e a exposição das dificuldades enfrentadas no cotidiano do Gestor Público nas mais variadas áreas tornarão a leitura interessante e ávida.

Apreciando esta publicação, vocês poderão vislumbrar os impactos das propostas de reformas tributárias na Zona Franca de Manaus, críticas à tarifação de dano moral, dificuldades orçamentárias majoradas por ativismo judicial e reflexos sobre democracia, meio ambiente, responsabilidade civil, licitações e contratos.

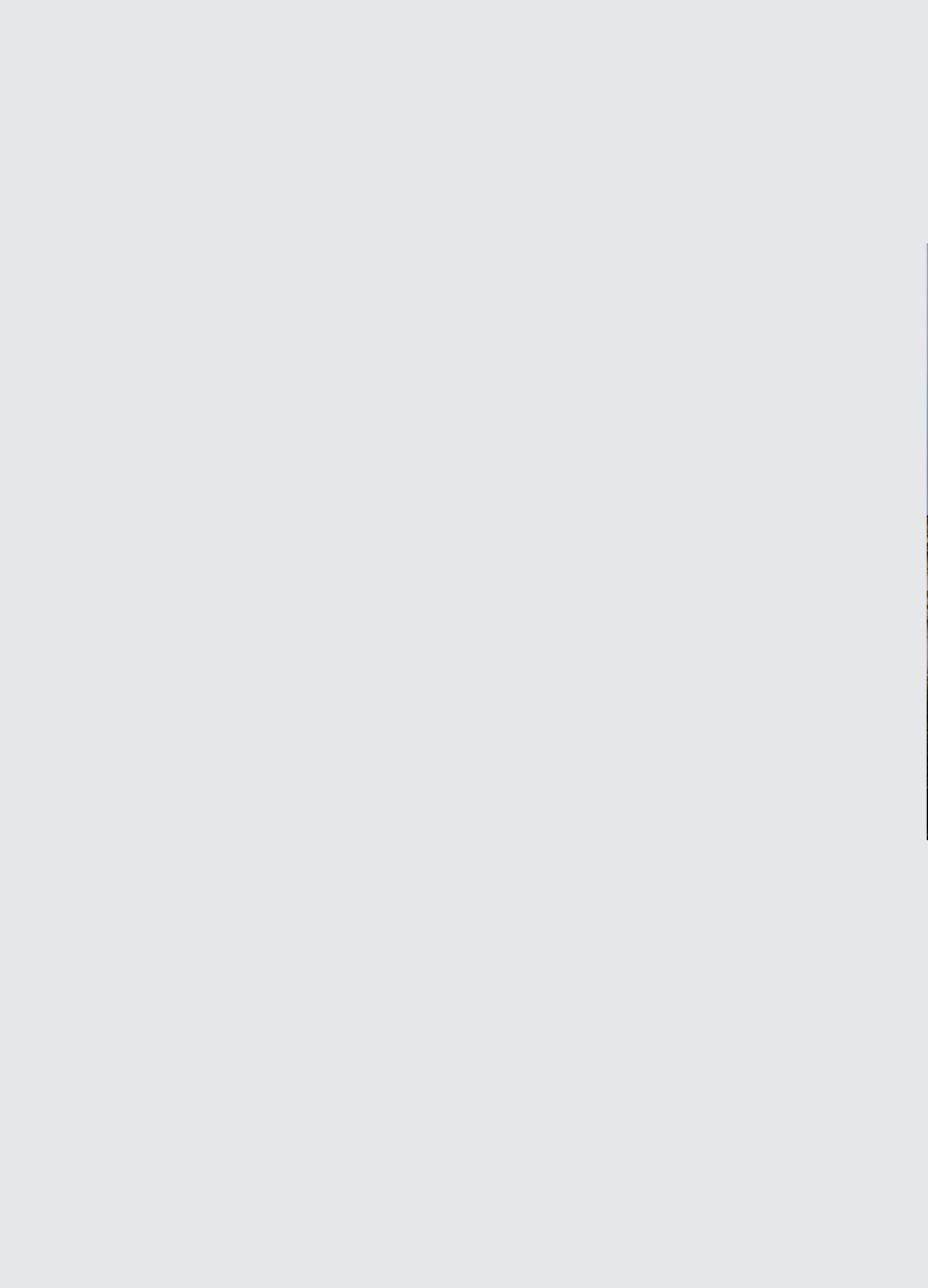
Para além da concordância ou discordância, os artigos aqui compilados farão o leitor refletir, debater, questionar e enxergar, sob outras perspectivas, os mais variados aspectos que permeiam o dia a dia da gestão da coisa pública. Isso é enriquecedor e nos tira da zona de conforto.

As críticas, discussões, insatisfações e desconfortos nos movem para frente, ainda que com relutâncias. Mais importante que o ponto de chegada é a trajetória, o caminho percorrido. Os autores dessa obra nos permitirão leitura fluida, interessante e leve, dada a qualidade jurídica e vernacular que lhes são inatas.

Aproveitem o percurso que começa agora. Boa leitura!

Giordano Bruno Costa da Cruz

Procurador-Geral do Estado do Amazonas



A nossa capa, Palácio da Justiça



O edifício histórico localizado na Avenida Eduardo Ribeiro no centro da cidade de Manaus, exatamente atrás do famoso Teatro Amazonas, teve sua construção iniciada em 1894, na gestão do então governador Eduardo Ribeiro com a finalidade de acomodar as instalações do Poder Judiciário do Estado do Amazonas.

Inaugurado em 1900, o Palácio da Justiça conta com mais de dois mil metros quadrados de área edificada em alvenaria de pedra e tijolo, no estilo da arquitetura clássica do período áureo da borracha. Possui portões de ferro fundido importados de Glasgow, na Escócia, e calçada e escadarias em pedra de Liós, de Lisboa. O teto do hall é revestido em estuques com paredes em imitação de mármore. A imponente escada principal tem guarda-corpo metálico, com arcos dourados com seis hermas ou cariátides, importadas de Lisboa. O piso do hall é de ladrilhos hidráulicos. O segundo andar é decorado com balaustradas, óculos, tetos recobertos com estuques, colunas, cartelas e paredes marmorizadas, piso de madeira (acapu e pau-amarelo).

A mobília é centenária. Destaca-se o relógio do tipo carrilhão, da década de 1920, com estrutura de jacarandá baiano e maquinário suíço. Tem também mesa feita de mogno, conjunto de mesas, cadeiras e espelho que vieram da última restauração, em 2002, além de móveis modernos, do funcionamento do Poder Judiciário até 2006 e lustre original feito de bronze e cristais. A mobília é centenária. Destaca-se o relógio do tipo carrilhão, da década de 1920, com estrutura de jacarandá baiano e maquinário suíço. Tem também mesa feita de mogno, conjunto de mesas, cadeiras e espelho que vieram da última restauração, em 2002, além de móveis modernos, do funcionamento do Poder Judiciário até 2006 e lustre original feito de bronze e cristais.

O Palácio da Justiça foi tombado como Patrimônio Histórico e Artístico do Estado do Amazonas pelo Decreto n.º 5218, de 3 de outubro de 1980, assinado pelo governador José Lindoso.

Atualmente o prédio é administrado pela Secretaria de Estado de Cultura (SEC) e funciona como Centro Cultural Palácio da Justiça (CCPJ). O espaço é aberto à visitação pública e, também, à promoção das artes, por meio de exposições, espetáculos musicais, teatro, cinema e apresentação de palestras.

Os quarenta anos do Centro de Estudos Jurídicos, Coordenadoria de Pesquisa Jurídica e da Revista Jurídica da PGE-AM

■ —————

Islene Botelho¹

A Procuradoria Geral do Estado do Amazonas era liderada pelo Procurador-Geral Osmar Pedrosa quando foi promulgada a Lei n.º 1639/1983, que em seu art. 4º, III, previa a criação da Coordenadoria de Documentação e Divulgação Jurídica. A competência do setor abrangia a sistematização da legislação e jurisprudência de atuação da PGE, a manutenção da biblioteca, a divulgação de temas jurídicos relevantes entre os procuradores e procuradoras, a condução de pesquisas jurídicas e a edição da Revista da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas. Nascia ali o Centro de Estudos Jurídicos e a Coordenadoria de Pesquisa Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas, agora completando 40 anos de existência.

O Procurador do Estado Roosevelt Braga foi o primeiro Coordenador do CEJUR e foi dele a sugestão de criar a Revista Jurídica da PGE, com o propósito de disseminar conhecimento científico relacionado à Administração Pública, com acesso à doutrina e pareceres elaborados pelos Procuradores e Procuradoras do Estado.

Nestas últimas quatro décadas o CEJUR direciona seus esforços à fomentar estudos científicos de temas jurídicos relevantes para o Estado, bem como à elevar o nível técnico dos membros da carreira procuratorial estadual. Além disso, é encarregado de planejar e executar cursos de especialização e extensão, seminários, workshops e conferências, como também programas de estágio das áreas administrativas e de direito. O CEJUR, inclusive, foi pioneiro na implantação de estágios remunerados para estudantes de Direito no Estado do Amazonas.

Já a Coordenadoria de Pesquisa Jurídica – COPEJUR foi coordenada por anos pela servidora Maria Tereza Serrão, que dedicou-se à catalogação e organização das publicações dos atos do Poder Executivo, auxiliando os Procuradores e Procuradoras em suas atuações profissionais. Hoje a sua coordenação está nas mãos da jornalista e servidora Islene Botelho Barroso.

¹ Jornalista, Coordenadora de Pesquisa Jurídica da PGE

A Biblioteca da PGE-AM, que compõe a COPEJUR fornece apoio documental com publicações jurídicas disponibilizadas aos servidores da Casa e à qualquer cidadão que tenha interesse na sua consulta.

Diante do avanço tecnológico, iniciou-se o projeto “Memórias da PGE-AM,” que busca preservar a memória institucional. O projeto pretende digitalizar toda documentação da Procuradoria de 1972 a 2023, para que possa ser consultada pelo site da PGE, otimizando o fluxo interno de documentos e estruturando uma base digital de conhecimentos.

À frente do CEJUR estiveram grandes líderes como Roosevelt Braga (*in memorian*), o pioneiro da concepção, Jorge Henrique de Freitas Pinho, Sérgio Vieira Cardoso, Indra Mara dos Santos Bessa, Júlio Cezar Lima Brandão, Carlos Alexandre M.C.M. de Matos, Heloysa Simonetti Teixeira, Neusa Dídia Brandão Soares Pinheiro, Elissandra Monteiro Freire de Menezes, Suely Xavier Lima, Vitor Hugo Mota de Menezes (*in memorian*), Kleyson Nascimento Barroso e Giordano Bruno Costa Cruz. Atualmente é coordenado pela Procuradora do Estado Clara Maria Lindoso e Lima. A todos esses coordenadores e coordenadoras, bem como a todos os servidores e estagiários que contribuíram para a comunidade CEJUR-PGE-AM, expressamos verdadeira gratidão.

No ano de 2022, a Procuradoria Geral do Estado comemorou seu 50º aniversário, ocasião que foi celebrada com a criação da Edição da Revista Comemorativa de 50 anos da PGE, organizada pelo Centro de Estudos Jurídicos em colaboração da Coordenadoria de Cerimonial e Comunicação. O propósito central era de registrar e compartilhar a história da PGE, prestando homenagem a todos aqueles que desempenharam papéis cruciais nessa jornada de meio século.

Diante de tantas conquistas alcançadas pelo CEJUR e COPEJUR da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas, o sentimento, ao se olhar para trás, é de satisfação e dever cumprido, e ao se olhar para frente, de entusiasmo e coragem para prosseguir à passos largos que conduzam à PGE a patamares sempre mais altos de primor técnico e excelência.

A inconstitucionalidade da tarifação do dano moral nas relações de trabalho

Lucas Andrade do Nascimento¹

RESUMO

A presente pesquisa trata sobre os novos parâmetros da fixação de reparação por danos morais, advindos da Reforma Trabalhista, e a flagrante violação à Constituição Federal, na medida em que a tarifação da indenização prevista para danos extrapatrimoniais desconsidera o aspecto semântico, lógico e funcional do instituto, especialmente quando considerada a unidade e complexidade do ordenamento jurídico pátrio. Desta forma, será objeto de análise a inadequação das disposições dos artigos 223-A a 223-G, da CLT, com os preceitos teóricos e constitucionais. O objetivo do artigo consubstancia-se em demonstrar o descompasso promovido pela Lei n.º 13.467/2017 em relação à quantificação dos prejuízos imateriais, bem como propor uma análise crítica, utilizando a literatura jurídica e entendimentos jurisprudenciais, a fim de se evidenciar os aspectos deletérios da estruturação promovida pela legislação reformadora. A referida pesquisa, ao longo de sua execução, valeu-se da abordagem quali-quantitativa no processo de organização das informações selecionadas, com o escopo de demonstrar as vulnerabilidades da compatibilidade constitucional da norma em estudo.

Palavras-chave: Dano moral. Reforma Trabalhista. Inconstitucionalidade.

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei n.º 13.467/2017, também denominada de “Reforma Trabalhista”, o sistema jurídico brasileiro, no que diz respeito às normas de organização laboral, passou por mudanças profundas, sobretudo quanto a pontos que, segundo o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Ives Gandra Martins Filho, teriam o condão de evitar a disseminação de determinações jurisdicionais eivadas de ativismo judicial².

A legislação em referência provocou alterações substanciais em cerca de duzentos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT, 1965), procedendo, então, a diversas modificações em institutos jurídicos na seara trabalhista, bem como disciplinando outros

1 Pós-graduado em Direito Constitucional Aplicado – Faculdade LEGALE. Bacharel em Direito pela UFAM – Universidade Federal do Amazonas. Assessor de Juiz de Entrância Final (Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas). Professor de cursinho preparatório para concursos públicos.

2 Durante um evento em Washington (EUA), o referido ministro afirmou que as decisões do TST criavam diversas precedentes para criar e estender direitos a grupos de trabalhadores; garantias as quais não encontravam respaldo legal. Fonte: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-14/reforma-trabalhista-reacao-ativismo-tst-ives-gandra>>. Acesso em 27 fev. 2021.

pontos, a exemplo do *home office*, do trabalho intermitente e da possibilidade de negociação direta entre patrões e empregados, em casos específicos.

Conquanto a lei em comento tenha sido considerada, para os setores empresarial e patronal do país, um marco de modernização e de flexibilização de uma sistemática considerada vetusta, engessada e em desacordo com a realidade socioeconômica atual, ao tempo de sua elaboração e posterior vigência, foi duramente criticada por representantes sindicais, trabalhadores e associações de juristas em todo o Brasil.

Além das controvérsias relacionadas à alegada retirada de garantias aos empregados, característica típica das normas laborais, há, até o presente momento, diversos questionamentos quanto à constitucionalidade das modificações oriundas da Reforma Trabalhista.

Um desses pontos de debate será objeto de análise do presente estudo: as novas regras quanto à regulamentação do dano moral nas relações de trabalho. Sendo o tema hodiernamente disciplinado pelos artigos 223-A a 223-G, da CLT, sua aplicabilidade é arduamente questionada por profissionais da área jurídica, os quais entendem que fora criada, na prática, uma tarifação do direito à reparação do dano extrapatrimonial, baseada no cargo que uma pessoa ocupa e no valor do seu salário, obliterando os aspectos subjetivos e específicos de cada lide levada à apreciação do Judiciário.

Pode-se tomar, à guisa de ilustração, o direcionamento indicado pelo Tribunal Pleno do TRT da 8ª Região que, em sede de Arguição de Inconstitucionalidade, decidiu o seguinte:

Evidente que o estabelecimento de **tabelamento limitador para a reparação de danos de que trata o art. 223-G, §1º, da CLT padece de inconstitucionalidade por afronta aos artigos 1º, III; 3º, IV; 5º, caput e incisos V e X e 7º, XXVIII, da Constituição Federal**. Isto porque a **tarifação dos danos estabelecida ofende o princípio da dignidade da pessoa humana** (art. 1º, III, da Constituição Federal), **bem como os princípios da isonomia e da reparação integral dos danos**, insculpidos no art.5º, caput e incisos V e X e 7º, XXVIII, da Constituição.

[...] Por todos estes fundamentos, partilho do entendimento de que **o sistema de tarifação do dano moral nas relações de trabalho** estabelecido no §1º, I a IV, do art. 223-G da CLT **é inconstitucional ao impor limites injustificados à fixação judicial da indenização por dano moral àquele que sofreu o dano**, impedindo a sua reparação integral, gerando ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como aos princípios da isonomia e da reparação integral dos danos garantidos na Carta Magna em vigor.

Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível 0000514-08.2020.5.08.0000. Relator: Desembargador Gabriel Velloso. (Grifos nossos)

Depreende-se, do fragmento acima transcrito, o quão contestável tem sido o emprego dos novos regramentos que versam sobre o dano extrapatrimonial em litígios trabalhistas, sobretudo no que tange ao verdadeiro tabelamento de valores que a referida norma estabelece para fins de indenização. Cria-se, em última análise, limitações ao efetivo exercício da tutela jurisdicional e da análise individual dos casos por parte do julgador competente.

A questão também é levantada em outros Tribunais Regionais do Trabalho, a exemplo da Corte da 11ª Região, a qual abrange, em sua jurisdição, os estados do Amazonas e Roraima. Nesse contexto, pode-se frisar o entendimento exarado pelo Juiz da 10ª Vara do Traba-

lho de Manaus, Dr. Eduardo Melo de Mesquita, que entendeu, em análise incidental, pela inconstitucionalidade das bases contidas em lei, usadas como parâmetro de fixação de valores para reparação por prejuízo moral. Em seu entendimento, o magistrado considera que:

[...] Imagine que em um atraso de salário ou doença ocupacional no mesmo segmento (ombro, por exemplo) do gerente e de seus subordinados. Os dois sofreram o mesmo dano, no mesmo momento. Pela reforma trabalhista, a indenização a que o gerente tem direito será maior do que a do funcionário subordinado, hierarquicamente menor, pois recebe um salário maior.

Há flagrante violação ao princípio constitucional da isonomia (caput do art.5º da CF) e ao princípio da não discriminação remuneratória (inciso XXX do art.7º da CF), uma vez que os empregados são tratados de forma diferente em situações semelhantes. Tal diferenciação é injusta, desequilibrada e desarrazoada que traduz discriminação intolerável entre empregados.

Diante destas constatações, declaro incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 223-G da CLT, especificamente quanto aos critérios estabelecidos para os danos morais por violação ao princípio da isonomia (caput do art.5º da CF) e por violação ao princípio da não discriminação remuneratória (inciso XXX do art.7º da CF).

Ação Trabalhista - Rito Ordinário 0001270-71.2018.5.11.0010

A demonstração do problema referente à incompatibilidade entre o regramento em tela com as disposições constitucionais e seus reflexos práticos no âmbito do direito do trabalho são as principais temáticas a serem discutidas neste estudo. Tal análise faz-se imprescindível no atual contexto, visto que, embora as modificações no texto celetista já estejam em vigor há certo tempo, ainda existem muitas incongruências acerca da aplicação em casos concretos, daí surgindo grandes divergências até mesmo entre magistrados, advogados e demais profissionais da área jurídica.

2. A REFORMA TRABALHISTA E NOVOS PARÂMETROS PARA REPARAÇÃO CIVIL POR DANOS MORAIS

Inicialmente, importa destacar que, antes da vigência da Lei n.º 13.467/2017, a CLT não dispunha de quaisquer parâmetros para a fixação de indenizações por dano moral. Tal instrumento sobreveio com o art. 1º, da norma anteriormente mencionada, a qual também previu, expressamente, que a pessoa jurídica pode ser contemplada com a aludida reparação, se restarem comprovados os requisitos para a configuração do prejuízo, quais sejam: o dano, onexo causal e a culpa, este último dispensado quando se trata de responsabilidade objetiva.

Ademais, a partir da reforma estabeleceram-se critérios para conferir parâmetros aos aplicadores do Direito acerca da quantificação do montante indenizatório que se fizer devido a título de reparação³ de danos extrapatrimonial. Nesse sentido, o art. 223-G e seus parágrafos vaticinam que:

3 Na visão de Lustosa (2001, p. 05), o dano moral tem função principalmente compensatória; a qual segmenta-se em duas atribuições: a expiratória e a satisfatória. A primeira atribui-se ao causador do dano, com o intuito de puni-lo pela sua ação ou omissão da qual surgira o dever de

Art. 223-G, da CLT. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

[...]

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

§ 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.

O primeiro apontamento que deve ser feito é em relação os incisos do §1º, do art. 223-G, do texto celetista: quando se preceitua que, a cada “nível” de ofensa imaterial, há limites mínimos e máximos para a indenização, o legislador deixou de atentar para o subjetivismo da gradação que prevista – ou seja, um prejuízo passível de ser entendido como “leve” para determinador juiz pode ser considerado “médio” para outro magistrado. Valendo-se desse raciocínio, um dano tido como “gravíssimo” para a 1ª Turma de um TRT pode ser configurado como sendo de menor grau, para uma Seção do TST.

Cumpre salientar a visão de Hoffmann (2017) sobre a matéria:

[...] Assim, ao decidir sobre a indenização o juiz deverá levar em consideração: o que ocorreu; como ocorreu; se fora público; se a intensidade da humilhação; a possibilidade de superação física ou psicológica; os reflexos pessoais e sociais; a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; o grau de dolo ou culpa; se ocorreu retratação espontânea; se houve perdão; e, a situação econômica das partes envolvidas.

Após analisar tais parâmetros, o mesmo poderá taxar que tal ofensa fora de natureza leve, média, grave ou gravíssima, sendo que para cada forma de ofensa poderá fora considerados valores parâmetros para condenar o ofensor a indenização.

Em um posicionamento mais crítico, CRUZ (2018), explicita que, conquanto a norma de 2017 tenha trazido níveis de ofensa extrapatrimonial que devem orientar os julgadores quando da análise de casos concretos, ela deixou de especificar o que poderia ser tido como um dano leve, médio, grave ou gravíssimo, deixando ao arbítrio do julgador, de suas convicções e posicionamentos ideológicos, tal enquadramento. Essa ideia também é adotada por

indenizar, além de servir como mecanismo educacional para a sociedade. A segunda, em seu turno, relaciona-se com a vantagem auferida por aquele que sofrera algum prejuízo, de forma a tornar “indene” a sua situação.

O caráter de reparação tem o escopo de reparar os efeitos deletérios do ato passível de indenização, em teoria. A visão aqui trazida, no entanto, é os parâmetros preconizados pela legislação reformista não atendem, a contento, nenhuma destas perspectivas relativas à responsabilidade civil na seara trabalhista.

FILHO e PEREIRA (2019, p. 49), que reforçam, ainda, que tais parâmetros podem não ser suficientes para realizar uma reparação ideal e justa do dano sofrido.

Outrossim, quando se toma como fundamento a exegese do vocábulo “indenizar”, o qual se consubstancia na premissa de compensar, reparar um dano, restituir a alguém por algum prejuízo, nota-se que essa “tarifação” desenvolvida pelo legislador tão somente limita o esboço de abrangência e afasta o caráter de total reintegração ao *status quo ante*, o que vai de encontro, inclusive, ao disposto no Código Civil, o qual, em seu artigo 944 estabelece que “a indenização deve medir-se pela correspondência ao dano”, consagrando, pois, o princípio da reparação integral dos danos, primado o qual, segundo a lição de MONTEIRO FILHO (2018, p. 02), configura-se do seguinte modo:

A reparação integral, objetivo central da responsabilidade civil contemporânea, traduz conquista recente do direito brasileiro. Para tanto, concorreram avanços nas três dimensões de seus pilares clássicos: dano, nexos de causalidade e culpa. Mesmo descrevendo trajetória não linear, o fato é que, após décadas de desencontros, pode-se identificar um sentido evidente para o qual aponta a evolução da matéria: garantir a cada vítima o correspondente ressarcimento, capaz de cobrir toda a extensão dos efeitos danosos sofridos, e nada além disso.

Outro fator crítico advindo das mudanças na legislação trabalhista é que a reparação por danos morais, decorrente da violação de um direito considerado extrapatrimonial ou existencial, por vezes imbricado a direitos da personalidade, deixaria de ter sua característica de indisponibilidade, pelo cerceamento do alcance de sua razão de existir. Aludida premissa ainda ganha maior proeminência no âmbito trabalhista, em que partes geralmente hipossuficientes levam a juízo discussões sobre quantias utilizadas para seu sustento e sobrevivência. A primorosa lição de Othon de Azevedo Lopes, professor da PUC de São Paulo, envereda-se no seguinte direcionamento:

[...] No direito do trabalho, o assunto revela-se ainda mais delicado, em razão da assimetria constitutiva da relação de emprego, em que o empregado se apresenta como hipossuficiente, portanto, vulnerável a abusos por parte do empregador. Daí a maior necessidade de acuro com a proteção dos direitos da personalidade, como desdobramentos dos direitos fundamentais no âmbito privado, já que a compulsão instrumentalizadora da sociedade capitalista põe em risco a dignidade da pessoa humana. É preciso, desse modo, uma atuação firme e clara do Judiciário trabalhista na consolidação dos direitos da personalidade. Então, a pergunta a ser respondida por este artigo é se, de algum modo, os parâmetros introduzidos pela Lei n.º 13.467 para os danos morais contribuem na proteção simbólica da personalidade.

Reportando-se às prescrições do Código Civil, nota-se que neste diploma, regulador da quase totalidade das relações entre particulares, não há uma previsão tão densa como a contida na Reforma Trabalhista. Com efeito, quando versa sobre a responsabilidade civil, o Código deixa margens para o exame casuístico, a exemplo da situação imputada aos pais de filhos menores (art. 928, parágrafo único), a já mencionada baliza da extensão do prejuí-

ízo (art. 944), da atenção para a proporcionalidade entre a culpa e dano (art. 944, parágrafo único), da culpa da vítima (art. 945), dentre outras eventualidades.

Vê-se, portanto, que o referido texto não contempla padrões tarifários, nem faz limitações em desacordo com a teoria da responsabilidade civil adotada pelo Direito Civil Brasileiro e, mais especificamente, ao princípio da reparação integral. Daí, exsurge o questionamento sobre a razoabilidade da tarifação do dano moral oriundo das relações trabalhistas, nas quais se tem como envolvido o empregado, não raras vezes desprovido de poderio econômico, jurídico e encontrando-se em situação de vulnerabilidade em face do empregador.

Entende-se, de acordo com o que tem sido evidenciado pela doutrina e até mesmo prática forense, que a decisão do legislador em definir indicadores herméticos de indenização por prejuízos extrapatrimoniais em nada se reveste de objetividade e busca pela minoração do que se chama de ativismo judicial. Pelo contrário: afasta a ideia de equidade, afronta os princípios basilares de existência da Justiça do Trabalho e viola a ideia de reparação integral de danos e retorno à situação anterior, ínsitos aos ditames da responsabilidade civil consagrados na ordem jurídica brasileira.

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DA TARIFICAÇÃO DO DANO MORAL NO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

A ideia de que a formulação da tarifação de dano moral, nos moldes propostos pela Lei n.º 13.467/2017, vai de encontro aos preceitos da Carta Magna federal, encontra supedâneo no art. 5º, do texto constitucional:

Art. 5º, da Constituição Federal. 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:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Na visão de Maurício Godinho Delgado (2019, p. 737), a proteção conferida pela Constituição, mediante a exigência do dever de reparar danos imateriais no âmbito trabalhista, subdivide-se em duas perspectivas: a primeira seria abarcar eventuais prejuízos que não têm necessariamente vínculo com o meio ambiente do trabalho – a exemplo da discriminação racial ou de gênero, ao passo que a segunda perspectiva desta da garantia constitucional conferiria a salvaguarda de lesões relacionadas ao labor, tais como o descumprimento de cláusula contratual ou de um acidente sofrido por um empregado.

Importante frisar, também, por meio da leitura dos dispositivos acima transcritos, que a Constituição Federal, assim como o Código Civil, não faz menção a limitações do *quantum*

reparatório, nem fixa escalonamento de valores, com base em características individuais (como a função ocupada por um empregado), por exemplo.

Embora se diga que esta é uma discussão hodierna no meio trabalhista, o debate sobre os limites indenizatórios de prejuízos extrapatrimoniais já fora suscitado em sede de Recurso Extraordinário (n.º 396.386/SP), oportunidade em que se discutiu a compatibilidade de dispositivos da Lei de Imprensa (n.º 5.250/1967) com o texto constitucional.

Naquele contexto, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela não recepção de dispositivos daquela norma, que estabeleciam uma tarifação para eventuais reparações por danos morais – cujo arranjo era semelhante ao previsto pela Reforma Trabalhista. A deliberação do Pretório Excelso, no referido julgamento, deu-se nos seguintes termos:

CONSTITUCIONAL. CIVIL. DANO MORAL: OFENSA PRATICADA PELA IMPRENSA. INDE-
NIZAÇÃO: TARIFICAÇÃO. Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa, art. 52: NÃO-RECEPÇÃO PELA
CF/88, artigo 5º, incisos V e X. RE INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NAS ALÍNEAS a e b.

I. - O acórdão recorrido decidiu que o art. 52 da Lei 5.250, de 1967 - Lei de Imprensa - não foi recebido pela CF/88. RE interposto com base nas alíneas a e b (CF, art. 102, III, a e b). Não-conhecimento do RE com base na alínea b, por isso que o acórdão não declarou a inconstitucionalidade do art. 52 da Lei 5.250/67. É que não há falar em inconstitucionalidade superveniente. Tem-se, em tal caso, a aplicação da conhecida doutrina de Kelsen: as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, com esta incompatíveis, não são por ela recebidas. Noutras palavras, ocorre derrogação, pela Constituição nova, de normas infraconstitucionais com esta incompatíveis.

II. - A Constituição de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial - C.F., art. 5º, V e X - desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. Posta a questão nesses termos, não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da lei de imprensa. Se o fizéssemos, estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição.

III. - Não-recepção, pela CF/88, do art. 52 da Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa.

IV. - Precedentes do STF relativamente ao art. 56 da Lei 5.250/67: RE 348.827/RJ e 420.784/SP, Velloso, 2ª Turma, 1º.6.2004. V. - RE conhecido - alínea a -, mas improvido. RE - alínea b - não conhecido.

(STF - RE: 396386 SP, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 29/06/2004, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 13-08-2004 PP-00285 EMENT VOL-02159-02 PP-00295 RTJ VOL-00191-01 PP-00329 RMP n. 22, 2005, p. 462-469) (Grifos nossos)

Extrai-se, da jurisprudência do STF, que uma norma infraconstitucional não poderia minorar o alcance da garantia prevista na Carta Magna, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade ou impossibilidade de recepção. O mesmo direcionamento também é adotado pelo STJ, conforme se depreende do seu verbete sumular n.º 281: *a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.*

Portanto, limitar, em termos pecuniários, a proteção à honra, à imagem e aos atributos intrínsecos da personalidade, com base na função laboral exercida por um indivíduo é, a bem da verdade, “quantificar” pessoas, gerando uma situação de flagrante desigualdade e perpetrando o contexto desfavorável para a maior parte da massa trabalhadora do Brasil, a qual recebe salários baixíssimos e, muitas vezes, ainda tem que suportar as mazelas do subemprego e da precariedade das relações trabalhistas.

Buscando idealizar um parâmetro da fixação de reparação por danos morais entre as áreas cível e trabalhista, SÁ FILHO (2017) traz a seguinte exemplificação:

Imagine uma pessoa que esteja passeando em um shopping center no final de semana e acaba vitimada com um acidente que queima 90% de seu corpo. Pois bem, esta pessoa irá buscar seus direitos junto a esfera cível e poderá receber uma indenização pelos danos morais causados, sem qualquer limitação imposta pela legislação. Neste caso, pode o juiz cível condenar a empresa a pagar R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) a título de danos morais, por exemplo.

Agora, imagine que esta mesma pessoa trabalhe no mesmo shopping center (sendo um auxiliar de serviços gerais, com salário de R\$ 1.000,00 por mês) e sofra o mesmo acidente. Neste caso, por mais que o juiz entenda que ela mereça uma indenização de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), por danos morais, jamais poderá o juiz condenar a empresa neste valor. No caso, ele deverá limitar a condenação a cinquenta remunerações do ofendido, ou seja, R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

A ilustração apresentada pelo douto causídico deixa evidente a situação de descompasso entre os preceitos de igualdade, equidade e respeito à dignidade da pessoa humana, porquanto vincula a ofensa a direitos da personalidade ao tabelamento *propter laborem*. Nesse sentido, conclui-se pela inexistência de fundamento principiológico para justificar que um gerente de uma empresa e um encarregado de serviços gerais recebam indenizações consideravelmente discrepantes, ainda que sofram prejuízos extrapatrimoniais em contextos semelhantes (LEITE, 2020, p.103).

Vale assinalar que diversas entidades civis nacionais têm movido ações em face vários dispositivos consignados na reforma, das quais quatro são voltadas à análise de inconstitucionalidade dos artigos 223-A a 223-G, da CLT, destacando-se, dentre estas, a ADI n.º 5.870/DF, ajuizada pela Associação de Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA, em que se discute a compatibilidade dos dispositivos retrocitados com o ordenamento jurídico vigente.

Importante, também, mencionar o posicionamento da Procuradoria Geral da República na referida ação:

A limitação indenizatória imposta pelo dispositivo impugnado não decorre de reserva legal prevista na Constituição, nem se ampara em “reserva geral de ponderação”, pois não decorre de conflito entre direitos fundamentais, a justificar ingerência restritiva do legislador ordinário. O exercício da livre iniciativa empresarial é garantia plenamente conciliável com os direitos fundamentais de personalidade, titularizados pelo trabalhador, especialmente considerando as funções sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamento da República (CF/1988, art. 1º, IV).

A instituição prévia e abstrata de valores máximos para indenizações por danos morais no âmbito trabalhista impede a proteção jurisdicional suficiente aos direitos violados, sempre que, nos casos concretos, esses valores não forem bastantes para conferir integral reparação ao dano, proporcionalmente ao agravo (CF/1988, art. 5º-V) e à capacidade financeira do infrator, inibindo, nessa hipótese, o efeito pedagógico-punitivo da reparação do dano moral.

Logo, nota-se a existência de diversas razões pelas quais as normas voltadas à tarifação da pretensão indenizatória por prejuízos imateriais estão em desarmonia com a Constituição vigente e até mesmo com os preceitos da Responsabilidade Civil e da seara trabalhista no Brasil. Depreende-se, pois, que a manutenção destas normas no direito pátrio viola direitos fundamentais, inerentes à dignidade humana e suas garantias corolárias.

4. OS NOVOS PARÂMETROS DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS E A DESCONFORMIDADE COM A IDEIA DA REPARAÇÃO INTEGRAL

Baseando-se nas elucidações feitas anteriormente, vê-se que a problemática em questão cinge-se à incompatibilidade entre a alteração de dispositivos da CLT e o texto constitucional, além dos fundamentos principiológicos que norteiam a responsabilidade civil no Brasil.

Um dos (poucos) avanços promovidos pelo legislador, contudo, é verificado quando se nota o teor sancionatório e reparatório que a Reforma Trabalhista fixou em sua abordagem, ao tratar dos danos morais. Os artigos 223-B e 223-E, da CLT, incluídos pela Lei n.º 13.467/2017, evidenciam esse direcionamento.

Por outro lado, a concepção trazida pela aludida legislação destoava do que preleciona a literatura jurídica e dos entendimentos emanados pelos tribunais. Nesse sentido, a definição trazida por Gonçalves (2017, p. 422) afirma que indenizar “*significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o statu quo ante; isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito*”.

Considerando as atuais diretrizes financeiras para a reparação por prejuízos imateriais, os quais evidentemente não suprem a ideia de indenizar, em sua totalidade, haja vista a limitação, em termos monetários, das penalidades as quais o magistrado fica adstrito, quando vai fixar o *quantum*.

Com efeito, entende-se que o mais adequado seria conferir ao julgador a liberdade, dentro dos aspectos de proporcionalidade e razoabilidade, de consignar o valor que conceber adequado, em cada caso. Tal ideia é perfilhada pelo autor retromencionado (2017, p. 378), que comenta:

[...] Em outras palavras, mede-se a indenização pela extensão do dano e não pelo grau de culpa. [...] Assim, provado o dano, deve ser ele ressarcido integralmente por seu causador, tenha agido com dolo, culpa grave ou mesmo levíssima. **O montante da indenização nunca pode exceder o valor dos danos causados ao lesado. Por outro lado, não deve ser menor que estes.** (Grifo nosso)

Quando se aborda a questão da extensão do prejuízo, a norma celetista padece do vício da inconstitucionalidade e também se afigura em desacordo com os princípios basilares da responsabilidade civil, precipuamente no que se refere às premissas sobre indenizar, reparação integral e análise, no caso concreto, dos danos e suas repercussões jurídicas.

Destarte, surge mais um questionamento: de acordo com a discussão trazida, pode-se dizer que a CLT passou a conter, a partir da Reforma Trabalhista, um novo instituto jurídico, distinto da indenização, tendo em vista que a acepção original do termo e as suas características são dissonantes do que fora positivado na referida norma?

Parece-nos que sim, porquanto as prescrições acrescentadas pela Lei n.º 13.467/2017 em muito se distinguem das premissas de outras áreas do Direito brasileiro, que se valem de definições axiológicas, advindas da origem do vocábulo “indenizar”.

Outro fator discutível é eventual repercussão que as disposições na área laboral podem ocasionar em outros ramos do direito, a exemplo da própria seara civil. A mudança, em termos semânticos, normativos e de aplicabilidade na análise e tarifação do dano moral é deveras temerária, levando-se em consideração as ideias sedimentadas em tantos outros aspectos, fora das relações trabalhistas.

Ao tecer apontamentos acerca dos efeitos deletérios que a Reforma de 2017 trouxe para o ordenamento jurídico, asseverando, inclusive, eventual influência no Direito brasileiro, considerando todos os seus “ramos”, Andrade (2019, p. 17) conclui que:

[...] a inevitável flexibilidade de um sistema aberto de valoração do dano moral não pode ser usada como escusa para a implementação de soluções legislativas redutoras, que engessem de maneira prévia e abstrata o arbitramento judicial. Pelo contrário, o ideal de maior segurança deve ser perseguido por meio do aperfeiçoamento da fundamentação argumentativa das decisões judiciais à luz de cada caso concreto. O § 1º do art. 223-G mostra-se ainda incompatível com o direito fundamental à igualdade ao criar um modelo diferenciado de apuração dirigido tão somente ao âmbito trabalhista e ao prever limites numéricos vinculados ao salário da vítima. Por essas razões, há que se concordar com grande parte da doutrina nacional, que denuncia a inconstitucionalidade do referido preceito.

Depreende-se, portanto, que as cifras consignadas na CLT, por meio da legislação reformista não trazem, a contento, a plena satisfação de violação aos direitos extrapatrimoniais de uma pessoa, tampouco se coadunam com a razão de ser da indenização.

Em sentido semelhante ao entendimento já explanado, Lopes (2019, p. 195) assevera que:

[...] interdita a clássica via da finalidade reparatória da responsabilidade civil, dado o forte vínculo entre danos morais e direitos da personalidade, cabe focar a sua limitação pelas finalidades das sanções que podem ser compreendidas pelas lentes da dignidade da pessoa humana. Esse é o caso das finalidades retributiva da culpabilidade e da preventiva fiduciária e pedagógica.”

Noutro giro, a jurisprudência laboral tem combatido, com afincos, as limitações flagrantemente desprovidas de fundamentos teóricos do tabelamento de reparação por danos mo-

rais. Deve-se mencionar que, em 2017, na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, ocorrida em Brasília, elaboraram-se diversos enunciados, com o intuito de colaborar na fundamentação das decisões dos magistrados trabalhistas. O Enunciado n.º 18, aprovado no referido evento, traz a seguinte orientação:

18. DANO EXTRAPATRIMONIAL: EXCLUSIVIDADE DE CRITÉRIOS

Aplicação exclusiva dos novos dispositivos do título II-A da CLT à reparação de danos extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho: inconstitucionalidade. A esfera moral das pessoas humanas é conteúdo do valor dignidade humana (art. 1º, III, da CF) e, como tal, não pode sofrer restrição à reparação ampla e integral quando violada, sendo dever do Estado a respectiva tutela na ocorrência de ilicitudes causadoras de danos extrapatrimoniais nas relações laborais. Devem ser aplicadas todas as normas existentes no ordenamento jurídico que possam imprimir, no caso concreto, a máxima efetividade constitucional ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 5º, V e X, da CF). A interpretação literal do art. 223-A da CLT resultaria em tratamento discriminatório injusto às pessoas inseridas na relação laboral, com inconstitucionalidade por ofensa aos arts. 1º, III; 3º, IV; 5º, caput e incisos v e x e 7º, caput, todas da Constituição Federal.

Deste modo, patente a violação a diversos preceitos doutrinários, jurisprudenciais e normativos, as premissas trazidas pela Reforma Trabalhista restam-se improdutivas e causam distorções severas na aplicabilidade da lei no caso concreto, em detrimento dos aspectos historicamente sedimentados, quando se trata da reparação de danos.

Em termos práticos, haverá situações em que os empregados não terão satisfeitas as devidas reparações, quando um ato comissivo ou omissivo, relacionado ao seu trabalho, lhe ocasionar prejuízos fora da ordem patrimonial, o que se afigura em total desarmonia com tantos aspectos do Direito brasileiro, já mencionados, ao longo desta pesquisa.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se a Lei n.º 13.467/2017 trouxe dispositivos que, em sua concretude, restringem garantias do empregado, dificultam o seu acesso à justiça e prejudicam a satisfação das reparações que lhes sejam devidas, pelas eventuais ilicitudes decorrentes da relação laboral. E um dos exemplos mais factíveis (e examinados ao longo desta pesquisa) foi a tarifação do dano extrapatrimonial na seara trabalhista.

Essa estruturação, notoriamente inconstitucional, agora “precifica” os agravos experimentados pelo ofendido, no contexto do seu trabalho, valendo-se de parâmetros que foram construídos tão somente com base nos salários percebidos pelo empregado, distanciando-se dos preceitos objetivos (e mais justos, no nosso entender), trazidos, por meio da construção teórica e jurisprudencial sobre a responsabilidade civil no Brasil, causando uma desarmonia entre os institutos vigentes sobre a temática e vulnerando a tutela a bens jurídicos imateriais.

Destarte, tendo em vista o retrocesso que a legislação reformadora trouxe para o âmbito das relações laborais (além da indevida tarifação para reparação dos danos morais), é imperioso que o Poder Judiciário, aja com circunscrição, eficiência e urgência, no seu mister de declarar inconstitucionais as normas que violem o texto da Carta Magna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANAMATRA. **Reforma Trabalhista**. Enunciados Aprovados. 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017). Disponível em: < https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf >. Acesso em 1º abr. 2021.

ANDRADE, Daniel de Pádua. A reforma trabalhista e a tarifação legal do dano moral no direito brasileiro. In: **Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet**. Curitiba-PR. Ano XII, n. 20, jan-jun/2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do**. Congresso Nacional, Brasília, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Presidência da República, Rio de Janeiro, 1943.

BRASIL. **Lei n.º 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Presidência da República, Brasília, 2002.

BRASIL. Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017. **Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho**. Presidência da República, Brasília, 2017.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Parecer n.º 160/2018 – SFCONST/PGR**. Brasília, 18/09/2018. Disponível em:< <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/adi-5870.pdf/view>> Acesso em 19 mar. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula n.º 281.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE 396.386/SP**. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ: 13 ago. 2004.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. **Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível 0000514-08.2020.5.08.0000**. Relator: Desembargador Gabriel Velloso. DJET: 16 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região. **Ação Trabalhista - Rito Ordinário 0001270-71.2018.5.11.0010**. Juiz: Eduardo Melo de Mesquita. DJe: 25/11/2019.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; PEREIRA, Sarah Gabay. A tarifação do dano moral na Justiça do Trabalho: uma análise da (in)constitucionalidade diante dos parâmetros fixados pela reforma trabalhista. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 65, n. 1, p. 39-58, jan./abr. 2020. ISSN 2236-7284.

Consultor Jurídico. **Reforma trabalhista é reação a ativismo do TST, diz Ives Gandra, presidente da corte**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-14/reforma-trabalhista-reacao-ativismo-tst-ives-gandra>>. Acesso em 27 de fev. 2021.

CRUZ, Carlos Henrique. **Afinal, como fica a indenização por danos morais após as mudanças trabalhistas?** Disponível em: <https://chcadvocacia.adv.br/blog/indenizacao-apos-mudancas-trabalhistas/#Critérios_para_fixacao_do_valor_da_indenizacao>. Acesso em 28 de fev. 2021

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18ª edição — São Paulo: LTr, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Responsabilidade civil. Volume 4, 12ª edição – São Paulo: Saraiva, 2017.

HOFFMANN, Frederico Silva. **O Novo Dano Moral nas Relações Trabalhistas**. Disponível em: <<https://fredericohoffmann.jusbrasil.com.br/artigos/514582015/o-novo-dano-moral-nas-relacoes-trabalhistas>>. Acesso em 28 de fev. 2021.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 12ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LFG. **Nova lei trabalhista - Principais mudanças para o trabalhador**. Disponível em: <<https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/nova-lei-trabalhista-principais-mudancas-para-o-trabalhador>>. Acesso em 05 jan. 2021.

LOPES, Othon de Azevedo. Parâmetros de indenização dos danos morais no Direito do Trabalho. **Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano**, v. 2, n. 1, 4 jul. 2019.

LUSTOSA, Letícia Pacheco. **O sentido da indenização do dano moral**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2001, 35 p.

Migalhas. **STF julga nesta semana regras da reforma trabalhista sobre reparação por dano moral**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/328009/>>

stf-julga-nesta-semana-regras-da-reforma-trabalhista-sobre-reparacao-por-dano-moral>. Acesso em 17 mar. 2021.

MONTEIRO FILHO, C. E. do R. **Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro**. *civilistica.com*, v. 7, n. 1, p. 1-25, 5 maio 2018.

SÁ FILHO, Alexandre da Mota e. **Quanto vale a sua dor? O dano moral segundo a reforma trabalhista**. Disponível em: < <https://alexandredamota.jusbrasil.com.br/artigos/489966819/quanto-vale-a-sua-dor-o-dano-moral-segundo-a-reforma-trabalhista>>. Acesso em 18 mar. 2021.

A empresa sustentável e os mecanismos do mercado para sua caracterização¹

João Paulo Bezerra de Freitas²
Arthur Marcel Batista Gomes³

RESUMO

O presente artigo apresentará um olhar sobre a concepção de sustentabilidade empresarial na era da globalização, contextualizando as noções básicas do desenvolvimento industrial do século XXI, bem como da evolução e abrangência do conceito de sustentabilidade. Por fim, o trabalho busca apresentar os mecanismos utilizados pelo mercado para determinar o que seria uma empresa sustentável. O desenvolvimento da atividade contou com a utilização do método dedutivo, alinhado à pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Empresa. Sustentabilidade. Mercado.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar a evolução da indústria até o surgimento da ideia de empresa sustentável, passando pela sua caracterização através dos critérios utilizados pelo mercado internacional.

Para essa análise é necessário partir do pressuposto da concepção e consolidação das grandes companhias no século XXI, com advento da globalização e a evolução das técnicas de produção, e das mudanças na forma de consumir produtos e serviços.

Inicialmente, é possível identificar que a rápida evolução industrial pela qual mundo passou nos últimos 50 anos trouxe consigo uma série de mazelas sociais e ambientais, fazendo surgir a preocupação da necessidade de um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a preservação dos recursos naturais.

O conceito de desenvolvimento sustentável se tornou cada vez mais presente na linguagem estatal e empresarial, alinhado à ideia de desenvolvimento econômico saudável.

1 Artigo inicialmente publicado na obra SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza (Coord.). Governança e sustentabilidade: um planejamento estratégico à sadia qualidade de vida. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

2 Mestre em ciência jurídica pela UNIVALI/SC. Mestre em *Data Protection, Cybersecurity e Digital Forensics* pela Università Degli Studi di Perugia. LLM em direito empresarial pela FGV/RJ. Especialista em direito civil e processual civil pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Advogado. E-mail: freitas.jotape@gmail.com.

3 Mestre em Ciência Jurídica (Minter Univali/Ciesas). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá/Centro Educacional Renato Saraiva (CERS) e em Direito Processual do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes/Instituto Prominas. Procurador do Estado do Amazonas. E-mail: gomes.arthur@gmail.com.

A sustentabilidade deve, portanto, ser entendida como o conjunto de mecanismos que sejam imprescindíveis para a manutenção do todo, de modo a não o degradar, seja total, seja parcialmente, o meio social.

Sustentabilidade é um conceito multifacetado, e, conforme será exposto, possui vertentes ambientais, sociais e econômicas que buscam justamente dar sentido à própria noção de equilíbrio que o desenvolvimento sustentável propõe.

A presente pesquisa tem ainda o objetivo de demonstrar os reflexos desses conceitos de sustentabilidade na atuação empresarial, na medida em que essa noção de desenvolvimento sustentável está alicerçada na ideia de que os recursos naturais são esgotáveis e que o que se busca ao final dessa cadeia é o bem-estar social de todos os seres humanos.

Para o entendimento completo da forma como a sustentabilidade empresarial pode ser construída é preciso entender não só como esses conceitos se entrelaçam e se relacionam, mas também um olhar prático de modo a demonstrar como o mercado enxerga a sustentabilidade e quais os mecanismos regionais e internacionais que proporcionam e viabilizam a ideia de empresa sustentável, contribuindo sobremaneira para o desenvolvimento econômico de forma consciente.

Nesse contexto, tome-se como exemplo a prática adotada por países a partir da década de 1990 em elaborar índices a serem aplicados às empresas com ações listadas na bolsa de valores, com o objetivo avaliar o nível de sustentabilidade de suas práticas, garantindo plena visibilidade às suas iniciativas.

Para fins exemplificativos o presente estudo abordará apenas os índices *Dow Jones* de sustentabilidade e o índice de sustentabilidade da B3. Motiva-se a decisão em razão do *Dow Jones* ter sido o primeiro a ser criado, servindo como base para todos os índices criados posteriormente, e o segundo por ser o índice utilizado pela bolsa de valores brasileira.

Esses mecanismos, alinhados às certificações internacionais, conferem a ampla credibilidade à atuação das empresas, seja no seu processo produtivo, seja na comprar e extração de matéria prima, aumentando o seu valor de mercado, confiabilidade dos *stakeholders* e lucros em sua atividade.

Em verdade, a atividade de maneira sustentável pelas empresas não só será cada vez mais necessária como deixará de ser um diferencial entre as companhias, passando a ter um critério obrigatório, sob pena de exclusão das empresas que não se adequarem à essa nova forma de pensar e de agir frente às mazelas sociais e ambientais que o mundo enfrenta hoje.

2. A ATUAÇÃO EMPRESARIAL NO MUNDO GLOBALIZADO: CONSUMISMO E SOCIEDADE RISCO

A atividade empresarial vem sendo marcada ao longo do tempo, sobretudo a partir da revolução industrial, pela quebra das fronteiras dos Estados Soberanos e a pela ideia de uma sociedade não mais enclausurada dentro de seus próprios limites geográficos, sendo constantemente influenciada e bombardeada por tendências globais externas⁴.

4 BECK, Ulrich. *O que é Globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

Nesse contexto, as companhias passaram a se utilizar de uma nova maneira de produzir, alinhada ao desenvolvimento tecnológico de forma exponencial, para fomentar ainda mais a atividade de consumo de bens em um patamar nunca visto.

O avanço da pós-modernidade (ou modernidade líquida), nas palavras de Zygmunt Bauman⁵, fortaleceu a sedução do consumidor através da emoção e do desejo. Neste sentido, a sociedade parou de buscar a simples satisfação de suas necessidades básicas e passou a voltar seus olhares exclusivamente para a satisfação de sua gratificação interior, que tem por escopo uma série de fatores psicológicos.

O consumismo exacerbado traz consigo a expansão das multinacionais, presentes de maneira ampla ao redor do mundo, influenciando diretamente as culturas locais, intensificando a criação de uma economia cada vez mais transnacional, convencionada de globalização econômica⁶.

Esse fator trouxe consigo as mais diversas mazelas sociais, na medida em que o consumo do jeito que conhecemos no século XXI só é possível graças à descontrolada produção de bens das mais diversas espécies, causando danos ambientais severos em consequência.

Atualmente o mercado passa a caminhar no sentido de que a conquista da sustentabilidade através do desenvolvimento sustentável deve ser um dos principais objetivos das companhias, não mais apenas o lucro.

Essa mentalidade passa a permear não só aqueles que consomem os produtos e serviços, mas também os *stakeholders* dessas empresas, de modo que o não atendimento aos princípios da sustentabilidade, tanto no âmbito das relações internas e externas das companhias, ou ainda a ausência de inovação dos mecanismos de produção e criação dos mesmos bens sob a perspectiva de não agressão ao meio ambiente, pode levar muitas vezes a empresa à uma perda exponencial de reputação no mercado e até à falência.

O descaso das empresas a esse pressuposto no contexto da sociedade globalizada e de internacionalização das empresas pode trazer riscos enormes à sua atividade e até existência no mercado, de modo que o próprio ecossistema econômico tenderá a rechaçar essas empresas que não tenham um compromisso com a mitigação do seu impacto no meio ambiente e com o desenvolvimento das presentes e futuras gerações.

2.1 Os perigos da globalização econômica à sustentabilidade

Com o avanço dos meios de produção a partir da segunda metade do século XX, um grande fator de importância empresarial passou a ser a produção de seus produtos a custos cada vez menores, na expectativa de lucros cada vez mais significativos.

O movimento de divisão internacional do trabalho impulsionou a busca pela realização de parte das atividades econômicas dos países desenvolvidos em lugares onde os custos envolvidos seriam inferiores aos existentes nos mercados desenvolvidos. Cada vez mais, os países subdesenvolvidos são inseridos dentro da cadeia produtiva internacional, normalmente oferecendo custo de produção menor para determinada etapa da produção.

5 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

6 BECK, Ulrich. *O que é Globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

A busca por recurso e meios de produção cada vez mais baratos acaba gerando o fenômeno econômico onde os países subdesenvolvidos, apesar de sua riqueza e diversidade natural, ainda assim possuem altíssimas taxas de pobreza e desemprego, bem como precárias de trabalho.

A retirada desses recursos naturais pelas empresas multinacionais não é acompanhada, na maior parte dos casos, de nenhuma contrapartida ou ainda de contrapartidas ínfimas se consideradas com os recursos extraídos desses territórios.

Como fator também preocupante, Cristiane Derani⁷ assevera que o fraco mercado desses países subdesenvolvidos pelo seu grau de eficiência em relação a economias externas deixa o campo aberto para a instalação de empresas consideradas “suja”, de tecnologia ultrapassada que não mais permite a manutenção dos mesmos padrões de atuação no país de origem.

O movimento provoca uma atuação empresarial que emprega técnicas mais ultrapassadas de extração e produção nos países que, apesar de serem ricos em biodiversidade, são também economicamente fracos e dependentes, às vezes quase que exclusivamente, do mercado internacional, tendo pouca ou quase nenhuma contrapartida, como mencionado.

Nesse contexto, é evidente que se acaba gerando um paradoxo, visto que para que haja a devida evolução da sociedade no caminho do desenvolvimento sustentável, há também a necessidade de que as formas de manipulação dos recursos naturais sejam feitas de maneira consciente.

Dessa forma, para que se atinja o desenvolvimento sustentável, há a necessidade de se desenvolver a sociedade no processo, tendo como fundamento a interligação entre a sustentabilidade e o bem-estar da população. Contudo, para que isso seja possível, é necessário também o emprego de técnicas que auxiliem esse desenvolvimento em apoio com a atuação do Estado.

Entretanto, ao passo que o desenvolvimento econômico desses países não favorece a instalação de empresa com técnicas adequadas e sustentáveis, por outro, países que se conformam em se adequar às práticas não sustentáveis de empresas a permanecem engessados por elas, gerando assim um paradoxo.

3. SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL E SOCIEDADE DE RISCO

A sociedade de risco tem como parâmetro principal a evolução sistemática das formas de se lidar com a cultura, a economia e, sobretudo, a própria vida em sociedade.

Aliado a esse fato, a sustentabilidade se mostra como o mecanismo mais adequado a conferir equilíbrio, de modo a viabilizar a evolução da coletividade em todos os seus aspectos, promovendo assim, o bem-estar das gerações presentes e futuras.

O conceito de sustentabilidade deve ser entendido, portanto, como um conjunto de mecanismos que seja necessário para a manutenção do todo, no intuito de minimizar a degradação ambiental⁸.

7 DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Saraiva, 2008.

8 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Esse conceito parte do pressuposto de que há uma necessidade constante de se conferir um ponto de equilíbrio que, nas palavras de Celso Antonio Pacheco Fiorillo⁹, envolva tanto o desenvolvimento social em todos os seus aspectos, como também o desenvolvimento econômico e tecnológico, através da criação de um modelo econômico sustentável.

No entanto, destaca-se a natureza multifacetada (ou poliédrica) do conceito de sustentabilidade para que se possa entender seus limites e tendências de forma global, analisando-o em suas diversas dimensões.

As dimensões do conceito de sustentabilidade consideradas pela doutrina como sendo as tradicionais são: ambiental, social e econômica¹⁰.

3.1 A sustentabilidade e seus desdobramentos

As facetas social, ambiental e econômica da sustentabilidade são de suma importância para o entendimento de que o desenvolvimento sustentável, ou seja, o meio pelo qual a sustentabilidade é atingida, tem como foco não só a proteção do meio ambiente como patrimônio ecológico em si, mas sobretudo o de alinhar essa proteção ao desenvolvimento social, de modo a proporcionar o pleno desenvolvimento da atividade econômica/empresarial para geração de emprego, renda e, por via de consequência, de bem-estar social.

Por dimensão social da sustentabilidade se entende justamente o caráter de humanidade e solidariedade que é razão de ser à busca pela sustentabilidade.

Nesse contexto, a dimensão social funciona como um balizador da busca por esta sustentabilidade na medida em que ela não encontra sua razão de ser em si mesma.

Essa dimensão deve ser implementada de modo que se possa conferir a todos os seres humanos, sem discriminações de qualquer natureza, o acesso amplo às fontes de energia, água e ar limpos, tanto por parte das empresas quanto por parte do Estado, esse último tanto diretamente através de ações afirmativas como através de regulação empresarial.

Portanto, a atividade do Estado nesse contexto tem em vista os direitos de segunda dimensão, sendo aqueles de titularidade coletiva e caráter positivo¹¹.

Por dimensão ambiental da sustentabilidade, entende-se por tratar a sustentabilidade do meio ambiente como solução de continuidade, não devendo haver a preocupação de preservação apenas para garantir a sobrevivência dessa geração, mas também com vistas sempre ao mundo futuro.

Portanto, essa dimensão ambiental sugere antes de tudo um aspecto transgeracional de responsabilização ambiental.

Há ainda a dimensão econômica da sustentabilidade, que tem como principal diretriz a necessidade de reestruturação do consumo e produção como são conhecidos hoje da mesma forma que a regulação ambiental estatal, de modo a garantir entre aqueles que produzem e que consomem o pleno equilíbrio entre o desenvolvimento social e ambiental.

9 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

10 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

11 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 41 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

Atreladas a essas dimensões já consagradas pela doutrina, Juarez Freitas¹² propõe ainda a adição de duas outras que seriam as dimensões ética e jurídico-política, no sentido de complementar e agregar àquelas anteriormente expostas.

A dimensão ética da sustentabilidade se traduz no dever ético e racional de todos os seres humanos em ter uma forma de agir frente ao meio ambiente que vise sempre a produção do bem-estar duradouro, seja do ponto de vista social, seja do ponto de vista íntimo.

No que se refere à dimensão jurídico-política, traduz a necessidade de se garantir direitos através da sustentabilidade, visto ser um dever constitucional do Estado em proporcioná-los.

Nesse sentido, são alguns dos direitos atrelados a essa dimensão elencados por Juarez Freitas¹³: (a) direito à longevidade digna; (b) direito à alimentação sem excessos e carências; (c) o direito ao ambiente limpo; (d) o direito à educação; (e) o direito à democracia, preferencialmente direta; (f) o direito à informação livre e de conteúdo apreciável; (g) o direito ao processo judicial e administrativo com desfecho tempestivo; (h) o direito à segurança; (i) o direito à renda oriunda do trabalho honesto; (j) o direito à boa administração pública; (k) o direito à moradia digna e segura.

Dessa forma, garantir-se-ia o pleno exercício dos direitos para que também se possa possibilitar o atingimento da sustentabilidade nessa faceta.

É importante frisar por fim que todas as dimensões apresentadas se interrelacionam e influenciam entre si evidenciando a lógica trazida por Juarez Freitas¹⁴ de que a conquista da sustentabilidade pressupõe a mudança de comportamento da sociedade em diversos aspectos e não mera mitigação de danos ambientais, o que possui uma grande relação com a atividade empresarial, tendo em vista ser a maior causador desses danos.

3.2 A conquista da sustentabilidade empresarial

O desenvolvimento sustentável está alicerçado na ideia de que os recursos naturais são esgotáveis. Por outro lado, é evidente que esse desenvolvimento sustentável deve ser tanto econômico quanto ecológico, de modo que ao mesmo tempo em que há a preocupação com a necessidade de garantir o acesso dos recursos naturais às futuras gerações, é igualmente verdade que o crescimento constante da economia é absolutamente necessário para o desenvolvimento da sociedade com o consequente atingimento do bem-estar social.

Ocorre que ao longo dos anos e com o desenvolvimento da tecnologia em uma velocidade cada vez mais elevada, não se pode mais admitir que o desenvolvimento econômico tenha lugar com a utilização da mesma matriz de produção derivada da primeira revolução industrial, o que gera, conseqüentemente, a necessidade de constante adequação das empresas no sentido de cumprir a satisfação social atrelada ao princípio da função social que exercem na sociedade.

Nas palavras de Cristiane Derani¹⁵, esse desenvolvimento sustentável requer a conciliação entre a limitação dos recursos naturais com a ilimitada capacidade de crescimento

12 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

13 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

14 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

15 DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Saraiva, 2008.

econômico. Essa conciliação está diretamente ligada às necessárias mudanças no estado da técnica e na organização social como um todo.

4. A EMPRESA SUSTENTÁVEL E OS ELEMENTOS MERCADÓLOGICOS PARA SUA CONFIGURAÇÃO

A evolução do mercado trouxe consigo a ideia de responsabilidade social empresarial, não havendo como fechar os olhos a todos os aspectos sociais, históricos, culturais, legais e que definem a realidade econômica do mercado¹⁶.

Nesse contexto, não há mais espaço para empresas que ainda possuam pensamentos retrógrados e com ausência de aspirações sociais.

Em acréscimo, a introdução dos princípios ambientais em tratados internacionais e no direito regulatório internacional aplicável fez com que as empresas baseassem cada vez mais as suas estratégias comerciais nas opiniões de seus *stakeholders*, no sentido de obter um retorno cada vez mais vantajoso do mercado¹⁷.

Nesse sentido, há uma discussão constante se essas empresas estariam de fato preocupadas com o desenvolvimento sustentável ou se estariam apenas preocupadas em lucrar o máximo possível com essa atual mentalidade ecológica.

Entretanto, a real intenção dos conselhos deliberativos das empresas pouco importa no atual contexto da sociedade globalizada, na medida em que essas medidas ecológicas, ainda que sejam exclusivamente focadas no lucro, trazem desenvolvimento social efetivo à população.

Destaca-se que o princípio da precaução, norteador da atividade ambiental, não pode ser exacerbado, o que pode ser tão nocivo quanto o desrespeito a esses princípios, por vezes enrijecendo o desenvolvimento e podendo paralisar o próprio mercado¹⁸.

O movimento possui total relação com a necessidade de entendimento dos componentes ambientais não como uma proteção isolada, mas sim do meio ambiente como uma concepção multitemática dos direitos e interesses envolvidos e de proteção global e sistemática.

Esse arranjo global criou o que se convencionou chamar de empresa sustentável ou ambientalmente correta¹⁹.

As empresas sustentáveis são aquelas que não apenas cumprem os requisitos estatais mínimos para viabilizar a sua atividade em determinado território, mas sobretudo atuam de maneira proativa, inovando e participando ativamente do processo de desenvolvimento sustentável e de recursos naturais.

No intuito inclusive de dar maior visibilidade e esse tipo de iniciativa, buscando inclusive gerar mais valor para as marcas que se utilizam dessas práticas, diversos mercados começaram a estabelecer mecanismos vinculados às bolsas de valores para quantificar e qualificar o nível de sustentabilidade das empresas que dela fazem parte, o que gera por vezes a

16 GONÇALVES, Everton das Nees; STELZER, Joana. *Law and economics e o justo direito do comércio internacional*. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Orgs.). *Teoria Jurídica e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boieux, 2006, p. 51.

17 HUSNI, Alexandre. *Empresa socialmente responsável. Uma abordagem jurídica e multidisciplinar*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.117.

18 FREITAS, Juarez. *Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: Vedação ao excesso e de inoperância*. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

19 TRENNEPOHL, Terence. *Direito ambiental empresarial*. 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

elevação ou queda dos preços de mercado dessas companhias, tendo, portanto, essa prática sustentável o evidente potencial construtivo ou desastroso.

4.1 Mecanismos mercadológicos de fomento ao desenvolvimento sustentável

O mercado de capitais sempre foi um ambiente fértil para que se possa visualizar de uma forma clara o sucesso ou o fracasso de uma empresa, baseando-se no seu valor de mercado e na sua postura frente aos seus investidores.

Com o avanço da preocupação empresarial com a sustentabilidade, diversos mecanismos foram criados, sobretudo para que fosse possível mensurar o valor econômico para as práticas sustentáveis adotadas nos negócios, tanto no sentido de fomentar ainda mais as atividades daquelas empresas que já as utilizavam, como também para fazer com que aquelas empresas que não possuísem qualquer prática nesse sentido realizassem adequação, sob pena de perda de valor de mercado e reputação comercial.

Nesse ponto, destaca-se que os índices e certificações que serão tratados adiante não são uma imposição legal de conformidade ou regulação. São índices aderidos voluntariamente pelas empresas que operam nas bolsas de valores, no intuito de conferir maior credibilidade e aceitação de suas operações, produtos ou serviços.

4.4.1. Índices de sustentabilidade empresarial

Há vários índices que se propõem avaliar o grau de sustentabilidade que as empresas empregam na sua atividade econômica.

Os principais índices desse segmento são o *Corporate Sustainability Index*²⁰ (ISE B3), no Brasil, Índice de sustentabilidade do *Dow Jones* (*Dow Jones Sustainability Index – DJSI*) nos Estados Unidos e o *Advanced Sustainable Performance Index (ASPI Eurozone)* na Europa.

Esses não são os únicos índices de sustentabilidades existentes e nem é a pretensão do presente trabalho esgotá-los em sua análise, mas tão somente trazer um panorama geral a respeito dos impactos práticos desses indicadores financeiros.

O primeiro índice criado foi o *Dow Jones* em setembro de 1999, sendo o primeiro índice no mundo criado com o fim exclusivo de análise de sustentabilidade das companhias.

Esse índice trabalha principalmente com perspectivas globais (*DJSI World*), locais (*DJSI North America*) e Europeias (*DJSI Euro STOXX*) no sentido de conferir uma ampla análise em relação à atuação das empresas em todo o mundo.

Especificamente em relação ao índice mundial, este considera em seus dados um total de 3.429 empresas de diversos segmentos, conforme dados do ano de 2020²¹.

20 http://www.b3.com.br/en_us/market-data-and-indices/indices/sustainability-indices/corporate-sustainability-index-ise.htm. Acesso em 16/02/2021.

21 <https://infogam.com/csadjsi-review-presentation-2020-1h0r6rpl3npol2e>. Acesso em 16/02/2021.

A partir da criação do índice é possível perceber visivelmente no mercado norte americano a necessidade de adequação por parte das empresas que operam na bolsa de valores em cada vez mais integrar a sustentabilidade na sua atividade²².

Em dezembro de 2005 é criado o Índice de Sustentabilidade Empresarial da BOVESPA (atual B3), utilizando metodologia da Fundação Getúlio Vargas e com apoio da *International Finance Corporation* (IFC) na seleção das empresas que seriam credenciadas²³.

A atuação direta desses índices se reflete na crescente procura por investimentos que seriam socialmente responsáveis, motivo pelo qual, muito em breve, a adoção de práticas sustentáveis não será mais uma opção, mas sim uma necessidade, como questão de sobrevivência no mercado.

No mesmo sentido, os Fundos Verdes criados na Holanda são justamente uma reunião de capital de investimentos que focam exclusivamente em iniciativas sustentáveis, promovendo incentivos e isenções fiscais em várias áreas sustentáveis, tais como energias renováveis e agricultura orgânica, sendo uma ótima alternativa para aqueles que investem, para os que recebem o capital e para o meio ambiente.

Trabalhos científicos identificam que as empresas que se utilizam do índice *Dow Jones* de sustentabilidade adquiriram uma valorização de pelo menos 20% em suas ações quando comparadas a outras empresas também listadas na bolsa de valores, o que corrobora ainda mais a busca pelas empresas de práticas cada vez mais sustentáveis²⁴.

Conforme dito anteriormente, não é dever da empresa usurpar a função do Estado no gerenciamento da política de preservação ambiental. É dever do Estado criar os parâmetros necessários para cumprimento das medidas necessárias ao desenvolvimento sustentável, concedendo incentivos para que gere o interesse das empresas em cumprir essas diretrizes.

Entretanto, muitas vezes não é isso que ocorre, havendo parâmetros mínimos e que não refletem os anseios da sociedade na busca de um meio ambiente equilibrado.

Nesse contexto, os índices de sustentabilidade favorecem muito as empresas que deles participam, tendo uma grande visibilidade e se utilizando de seus *stakeholders* como base de *feedback* de sua atuação no mercado.

4.1.2. Certificações internacionais aplicadas a produtos ou serviços

Os índices de sustentabilidade não são a única forma de as empresas mostrarem ao mercado a sua conformidade com melhores práticas de sustentabilidade.

Aliadas a essas técnicas há ainda uma série de certificações que servem como forma de as empresas que delas se utilizam comprovarem frente ao mercado em que atuam a sua preocupação com o desenvolvimento sustentável.

Essas certificações fatalmente dispõem de relação direta com as atividades comerciais das empresas que delas se utilizam, seu processo produtivo e principalmente com a matéria prima utilizada na fabricação de seus produtos.

22 TRENNEPOHL, Terence. *Direito ambiental empresarial*. 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

23 TRENNEPOHL, Terence. *Direito ambiental empresarial*. 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

24 ALMEIDA, Fernando. *Os desafios da sustentabilidade. Uma ruptura urgente*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

A importância dessas certificações se evidencia com a globalização que vivemos hoje, onde as barreiras são reduzidas e há uma institucionalização das relações comerciais internacionais.

Assim, não é mais interessante às empresas que apenas comprem madeira de países emergentes na busca de melhores lucros, por exemplo. Hoje há ainda uma necessidade constante de verificar a procedência das matérias primas envolvidas no processo produtivo, priorizando madeiras obtidas através de matas de reflorestamento, o que vem a se tornar inclusive mecanismo de marketing a essas empresas que, apesar de por vezes pagarem mais caro por produtos ecologicamente certificados, acaba tendo um lucro mais acentuado e uma visibilidade muito maior em seu produto final.

Em 1992 a União Europeia editou o Regulamento n. 880/92, que previa que as indústrias adesão a métodos produtivos que fossem menos poluentes, devendo ainda informar aos seus clientes os impactos dos produtos que estariam adquirindo²⁵.

Para tanto havia a necessidade de que as empresas informassem todos o ciclo de fabricação do produto de modo a mostrar os impactos causados por ele ao meio ambiente.

Na medida em que essas empresas buscavam se adequar ao Regulamento 880/92, estas recebiam certificações de que produziam bens sustentáveis, podendo utilizar inclusive como marketing.

Essas certificações não são imposições do Estado, mas sim voluntariamente aderidas pelas empresas de modo a obter uma certificação emitida por uma autoridade privada no assunto e garantindo assim uma visibilidade ecológica para os seus produtos de maior ganho reputacional à suas marcas.

Outro exemplo importante de certificação internacional a favor do desenvolvimento sustentável e que possui total relação com o Brasil é o selo de extração de legal fornecido pelo Conselho Brasileiro de Manejo, braço nacional da *Florestal Stewardship Council* (FSC), organização não governamental criada em 1993 com sede na Alemanha.

O objetivo principal do FSC no Brasil é promover o manejo sustentável das florestas e conscientizar as empresas a comprarem insumos apenas de parceiros certificados que fazer a retirada de madeira de forma ecológica, de acordo com o arcabouço regulatório vigente.

Assim como as práticas sustentáveis que devem ser adotadas pelas empresas, muito em breve o mercado internacional só aceitará competitivamente aqueles produtos que possuírem certificação como ambientalmente corretas.

Especificamente em relação ao FSC, pesquisas apontaram que 80% dos consumidores optariam por adquirir produtos que tivessem a sustentabilidade dos meios de produção ou aquisição de insumos devidamente comprovada através de certificação, o que mostra um mercado promissor em ascensão²⁶.

Outro bom exemplo de técnica já muito utilizada no Estados Unidos e que começa a ser utilizada no Brasil é o padrão de construção *leadership in energy and environmental design* (LEED).

25 TRENNEPOHL, Terence. *Direito ambiental empresarial*. 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

26 DIAMOND, Jared. *Colapso – como as sociedades escolhem o fracasso ou o sucesso*. São Paulo: Record, 2005.

Esse processo foi criado em 1998 e desenvolvido nos Estados Unidos pelo *U.S. Green Building Council* (USGBC) e tem como proposta estabelecer um conjunto de normas para que se possa construir de forma ambientalmente sustentável²⁷.

O principal atrativo do LEED, além do favorecimento ao desenvolvimento sustentável, é a adesão de vários governos fazendo com que as empresas que obtenham essa certificação possam ter benefícios fiscais. Vários prédios governamentais nos Estado Unidos já são construídos utilizando a técnica do LEED de forma obrigatória.

Na mesma linha do FSC e LEED foi criado pela Unilever em parceria com a *World Wildlife Fund* (WWF) o *Marine Stewardship Council* (MSC) com o objetivo de conceder certificação às empresas ambientalmente corretas e através de auditorias periódicas da mesma forma como é feito com o FSC.

É imperioso que se fale também sobre uma importante entidade certificadora que vem a ser a *Internacional Standardization Organization* (ISO) que foi criada através da Agenda 21 na Conferência do Rio de Janeiro, em 1992, sendo atualmente uma das mais famosas e respeitadas entidades de certificação em diversas áreas de certificação, inclusive no quesito sustentabilidade.

Todas essas entidades executam um papel fundamental na disseminação das práticas sustentáveis e na constatação da necessidade da responsabilidade social sustentável por parte das empresas na construção de um futuro melhor para todos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou descrever as bases da indústria moderna para o que se convencionou chamar de empresa sustentável e seus impactos na economia globalizada.

Essa sustentabilidade, como se viu, é resultado da integração dos mercados através da globalização, que alterou a forma não só de produzir, consumir, mas principalmente de ver o mundo.

Entretanto, esse desenvolvimento da indústria causado pela globalização e a extinção de fronteiras trouxe consigo um efeito muito devastador para o meio ambiente, com crescimento desenfreado do processo produtivo e do consumo.

O risco ambiental mundial é, antes de tudo, uma característica do momento em que vivemos atualmente, o que levou a diversos acordos e tratados entre países no sentido de frear os efeitos catastróficos de escassez de recurso naturais.

Entram em voga conceitos como o da sustentabilidade e do desenvolvimento sustentável que tem o objetivo principal de trazer uma mentalidade de preservação ambiental dentro do contexto econômico da indústria do século XXI.

Por conta da quebra das fronteiras causadas pela globalização e a internacionalização das companhias, os danos ambientais não se restringem mais a uma área geográfica específica, havendo a necessidade de regulação cada vez mais criteriosa pelos Estados, não somente do ponto de vista ambiental, mas de intervenção do Estado na economia, de modo a favorecer determinadas atividades ou práticas sustentáveis em detrimento de outras, com a concessão de benefícios fiscais, por exemplo.

27 DIAMOND, Jared. *Colapso – como as sociedades escolhem o fracasso ou o sucesso*. São Paulo: Record, 2005.

Ao longo do tempo, as questões ambientais, e de sustentabilidade ganharam contornos mais específicos, na medida em que se entende através da doutrina a sua característica multifacetada que se traduz principalmente na sua influência direta na vida e no bem-estar da população.

A evolução da preocupação com a sustentabilidade fez com que as empresas se preocupassem cada vez mais não apenas com questões regulatórias, mas principalmente com as questões morais que envolvem a prática do desenvolvimento sustentável, alinhando-as à sua imagem, produto, serviços, e meios de produção e utilizando-se dela inclusive como mecanismo de *marketing*.

O mercado tem rechaçado cada vez mais as empresas que não desenvolvem esse tipo de política sustentável ou que deixam de inovar nas práticas produtivas, sendo este, portanto, um caminho sem volta, estando as empresas que não se amoldam a essa nova realidade.

Nesse contexto, a empresa sustentável é aquela que adequa o conceito multifacetado da sustentabilidade e do desenvolvimento sustentável à sua realidade prática, agindo de acordo com a responsabilidade social advinda da função social que a empresa desempenha, priorizando a preservação dos recursos naturais e o bem-estar da população do território onde estão instaladas, priorizando as presentes e futuras gerações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernando. **Os desafios da sustentabilidade**. Uma ruptura urgente. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo**: respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CORPORATE SUSTAINABILITY INDEX (ISE B3) http://www.b3.com.br/en_us/market-data-and-indices/indices/sustainability-indices/corporate-sustainability-index-ise.htm. Acesso em 16/02/2021.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIAMOND, Jared. **Colapso – como as sociedades escolhem o fracasso ou o sucesso**. São Paulo: Record, 2005.

DOW JONES SUSTAINABILITY INDICES REVIEW 2020. <https://infogram.com/csadj-si-review-presentation-2020-1h0r6rpl3npol2e>. Acesso em 16/02/2021.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. FERREIRA, Renata Marques. DODD JR, E. Merrick. **A empresa de benefícios em face do direito empresarial ambiental brasileiro.** In: Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 26- n. 1 - JAN-ABR 2021. UNIVALI: Santa Catarina.

FREITAS, Juarez. **Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: Vedação ao excesso e de inoperância.** In: FREITAS, Juarez (Org.). Responsabilidade civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 2006.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GONÇALVES, Everton das Nees; STELZER, Joana. **Law and economics e o justo direito do comércio internacional.** In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Orgs.). Teoria Jurídica e desenvolvimento. Florianópolis: Fundação Boieux, 2006.

HUSNI, Alexandre. **Empresa socialmente responsável. Uma abordagem jurídica e multidisciplinar.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEAL, Augusto Antônio Fontanive. MOLINARO, Carlos Alberto. **Função socioambiental da empresa: fundamento, conceito e aplicação.** In: Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 25 - n. 1 - JAN-ABR 2020. UNIVALI: Santa Catarina.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 41 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

SOARES, Josemar Sidinei; SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. **Sociedade de Consumo e o Consumismo: Implicações existenciais na dimensão da sustentabilidade.** In: Direito & Desenvolvimento: Revista do Programa de Pós-Graduação em direito – Mestrado em direito e desenvolvimento sustentável. João Pessoa: COMPEDI, 2018.

TRENNEPOHL, Terence. **Direito ambiental empresarial.** 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

As *fake news* e a possível guinada da interpretação do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de restrição judicial da liberdade de expressão

■ —————
Dalton Santos Morais¹

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é verificar como o Supremo Tribunal Federal tem decidido recentemente sobre a possibilidade de restrição judicial da liberdade de expressão, especialmente considerando que o contexto social existente no julgamento da ADPF nº 130 está superado, pois atualmente a opinião ou o conteúdo jornalístico são essencialmente disponibilizados de forma massiva em redes sociais e na internet e podem ser compartilhados de forma instantânea com milhares ou mesmo milhões de pessoas, em um ambiente tóxico permeado por *fake news*, *deepweb*, direcionamento do discurso pelos algoritmos das grandes redes sociais e aplicativos, “robotização” dos usuários de redes sociais, polarização ideológica e discurso de ódio contra minorias. Nesse contexto, analisaremos se a Suprema Corte caminha por manter-se na posição preferencial da liberdade de expressão, permitindo a manutenção da publicação do conteúdo/informação, com posterior responsabilização do ofensor, ou se a Corte passará a intensificar a restrição da liberdade de expressão, com a determinação judicial de retirada da publicação com conteúdo falso ou mentiroso das redes sociais e da internet, visando a evitar ou diminuir a propagação e a abrangência de conteúdos falsos e massivos que possam colocar em risco a segurança, a honra e a imagem de pessoas, de instituições e da própria democracia no Brasil.

Palavras-chaves: Liberdade de expressão. Direitos fundamentais. Limites. Restrição. Democracia. Supremo Tribunal Federal.

¹ Professor de direito constitucional e administrativo no Centro Universitário FAESA – Vitória/ES. Professor de Pós-graduação da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP, da Escola da Advocacia-Geral da União e de outras instituições. Mestre em direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) e especialista em direito administrativo e do Estado pela Universidade Gama Filho (UGF). Autor de livros e artigos jurídicos. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Ex-Diretor do Departamento de Contencioso da Procuradoria-Geral Federal. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/ES e da Comissão Nacional de Educação Jurídica do CFOAB.

1. INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é um direito fundamental, com caráter preferencial sobre os demais direitos fundamentais, mas sem natureza absoluta, conforme já reconhecia o próprio Supremo Tribunal Federal (STF).

Exatamente devido a este caráter preferencial, nossa Suprema Corte entendeu, durante muito tempo, que se deveria dar preferência à liberdade de expressar-se e de informar, não sendo adequada a limitação judicial da liberdade de expressão, salvo raríssimas ocasiões, pois eventual excesso ou abuso da liberdade de expressão deveria ser resolvido nas esferas cível e penal com a posterior responsabilização do ofensor.

Ocorre que os tempos em que o conteúdo da liberdade de expressão, ou a informação jornalística, era exposto em jornais e revistas impressas e na televisão ficaram para trás; hoje, a opinião ou o conteúdo jornalístico são essencialmente disponibilizados de forma massiva em redes sociais e na internet e podem ser compartilhados de forma instantânea com milhares ou mesmo milhões de pessoas, em um ambiente tóxico permeado por *fake news*, *deepweb*, direcionamento do discurso pelos algoritmos das grandes redes sociais e aplicativos, “robotização” dos usuários de redes sociais, polarização ideológica e discurso de ódio contra minorias (racismo, misoginia, homofobia, dentre outros).

O objetivo do presente estudo, portanto, é verificar se, nesse contexto atual da digitalização da vida, a Suprema Corte manterá sua posição anterior pela preferência da liberdade de expressão, sendo inadequada a restrição judicial à publicação de opiniões e/ou conteúdos jornalísticos, com responsabilização posterior do ofensor, ou se, ao contrário disso, intensificará a possibilidade de restrição judicial da liberdade de expressão.

2. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SUA IMPORTÂNCIA CONSTITUCIONAL

A liberdade de expressão foi consagrada como direito fundamental na Constituição Federal de 1988 (CF/88), nos seus artigos 5º e 220, e, de forma breve e resumida, pode ser conceituada como o direito fundamental de qualquer cidadão de expor suas opiniões, mesmo que incomodem ou desagradem a outros, não bastando que o fato da opinião expressa ter causado algum tipo de transtorno, embaraço, incômodo ou sofrimento a outras pessoas ou instituições possam caracterizá-la como ilícita.

Trata-se de um direito fundamental da mais alta importância no direito brasileiro, eis que, para além da natureza puramente individual, a liberdade de expressão possui nítida conotação coletiva que é benéfica à democracia, à medida que, “em sociedades democráticas, é fundamental a existência de uma esfera pública robusta e desinibida, em que se possa discutir com coragem e sem constrangimentos os temas de interesse social”².

A par da enorme importância da liberdade de expressão, e de sua preponderância como direito fundamental, fato é que as questões a respeito da possibilidade e das medidas de eventuais limites ao exercício de tal direito não podem mais ser interpretadas como o foram

2 SARMENTO, Daniel. Crise democrática e a luta pela Constituição. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 362.

na década passada, eis que atualmente o exercício da liberdade de expressão se apresenta sob um contexto em que a utilização constante das redes sociais no Brasil e no mundo³ gerou novos padrões de conduta e comportamento⁴ e, conseqüentemente, vivemos sob uma enorme preocupação sobre os efeitos e as conseqüências prejudiciais advindas de postagens compartilhadas entre centenas, milhares e até milhões de indivíduos de modo quase que instantâneo.

3. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA DEFINIÇÃO CONTEMPORÂNEA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL

O mais jovem Presidente do Tribunal Constitucional alemão (TCF) Andreas Voßkuhle considera como um enorme desafio das Cortes Constitucionais, no âmbito da tutela de direitos fundamentais, inclusive nas relações entre particulares, a atual economia digital e de dados, cujos principais atores em escala global, Google e Facebook, apenas para citar alguns, “não se deixam domesticar por intermédio da clássica função dos direitos fundamentais”⁵.

Mas para Voßkuhle, em sua experiência como juiz da Corte Constitucional alemã, “isso não quer dizer que os tribunais constitucionais fiquem de mãos amarradas”, pois “o fato de a Lei Fundamental alemã continuar estando em condições de oferecer soluções adequadas para os riscos do direito fundamental da liberdade também em constelações complexas, definidas pelo direito privado, é demonstrado também por algumas decisões do Tribunal Constitucional Federal dos tempos mais recentes”⁶.

Tal perspectiva de dificuldades enfrentadas pela Suprema Corte alemã para a preservação de direitos fundamentais em relação ao ambiente de redes sociais ou em relação às empresas de tecnologia pode ser tranquilamente transportada para o Brasil contemporâneo, especialmente porque vivenciamos os mesmos dilemas de digitalização da vida como a Alemanha e porque, por aqui, há um fator agravante ao direito constitucional germânico: o legislador constituinte brasileiro optou por quedar-se silente - ao contrário do que ocorreu na Alemanha, Portugal e mesmo Espanha, para referir os exemplos mais conhecidos - quanto ao “estabelecimento de um regime constitucional expresso e específico em matéria de limites e limites aos limites dos direitos fundamentais, à exceção da previsão de reservas de lei e da proibição de abolição efetiva e tendencial de conteúdos protegidos contra a reforma constitucional (art. 60, § 4º da Constituição de 1988)”⁷.

3 “Vivemos hoje em um mundo extremamente conectado e interativo. Os dados comprovam isso. Somos mais de 3 bilhões de pessoas ligadas às redes sociais, o que significa cerca de 40% da população mundial, a qual é estimada e 7,5 bilhões. No Brasil, quase 145 milhões de pessoas conectadas às redes sociais estão conectadas às redes sociais, ou seja, 89% da base de usuários da internet. O Facebook tem pouco mais de 2,5 bilhões de usuários, sendo cerca de 130 milhões de brasileiros, segundo dados divulgados pela própria plataforma em janeiro de 2019. No WhatsApp, no Instagram, no Twitter e no Google, números expressivos de usuários locais fazem com que o país seja detentor da marca de 8% a 10% dos usuários mundiais. Não há, portanto, como desconsiderar essa realidade.” In BANHOS, Sérgio Silveira. *Fake News, fair play* eleitoral e democracia. In Democracia e sistema de justiça: obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal. Coord. Alexandre de Moraes, André Luiz de Almeida Mendonça. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 627.

4 CORRÊA DA VEIGA, Aloysio. As redes sociais e a ética na magistratura. In Democracia e sistema de justiça: obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal. Coord. Alexandre de Moraes, André Luiz de Almeida Mendonça. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 66.

5 Voßkuhle, Andreas. Defesa do Estado Constitucional democrático em tempos de populismo. Trad. Peter Naumann. Coord. Michel Westland. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 125.

6 *Ibidem*. p. 125/126.

7 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 406.

Na falta de tal regime constitucional expresso de “limites e limites aos limites dos direitos fundamentais”, não há dúvidas de que o legislador constituinte originário estabeleceu que cabe ao STF a solução das colisões de direitos fundamentais envolvendo a liberdade de expressão, deixando ao alvedrio da Corte estabelecer os limites de tal direito fundamental no Brasil, até também porque a CF/88 não estabeleceu soluções *a priori* para tais colisões dos direitos fundamentais.

Assim, se notícias falsas são utilizadas para promover discurso de ódio e intolerância e desestabilizar as instituições e o próprio regime democrático de direito estabelecidos pela CF/88 - tem sido senso comum que a internet e as redes sociais venham sendo exploradas para solapar os elementos básicos da democracia liberal - devem as instituições constitucionais, especialmente o STF como guardião do Estado democrático constitucional de direito por expressa determinação do seu texto (art. 102 da CF/88), promover as restrições judiciais cabíveis para proteger o Estado democrático de direito contra uma versão absoluta de liberdade de expressão fomentada por aqueles que estão “preparados para fazer de tudo que for necessário para serem eleitos – mentir, confundir e incitar o ódio contra os demais cidadãos”⁸.

Parece-nos, portanto, muito oportuno analisar a possibilidade de restrição do direito fundamental de liberdade de expressão pelo STF, especialmente em uma realidade contemporânea em que a internet e as redes sociais reverberam vozes a favor de uma liberdade de expressão absoluta sob a qual se possa disseminar ódio e informações inverídicas ou mentiras e estimular violência contra pessoas ou instituições.

4. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NÃO SÃO ABSOLUTOS E ADMITEM RESTRIÇÕES

Viver em sociedade naturalmente leva a que nenhuma liberdade possa ser absoluta, sob pena de colocar em risco a liberdade das demais pessoas e porque a liberdade absoluta de um indivíduo ou de um grupo social colocaria em risco o próprio estrato social no qual os mesmos vivem, pois, como disse Hannah Arendt, “Onde os homens aspiram ser soberanos, como indivíduos ou como grupos organizados, devem se submeter à opressão da vontade, seja esta a vontade individual com a qual obrigo a mim mesmo, seja a ‘vontade geral’ de um grupo organizado. Se os homens desejam ser livres, é precisamente à soberania que devem renunciar”⁹.

Nas democracias constitucionais contemporâneas não há qualquer possibilidade de liberdades individuais desmensuradas e sem restrições¹⁰, pois as Constituições contemporâneas - sendo a brasileira um grande exemplo destas ao prever a dignidade da pessoa humana como

8 MOUNK, Yascha. O povo contra a democracia: porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Trad. Cássio de Arantes Leite e Débora Landberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

9 ARENDT, Hannah. Entre o passado e o futuro. Trad. Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2016. p. 213.

10 Foi, inclusive, nesse contexto que Gustavo Zagrebelsky cunhou a interessante figura da ductibilidade para expressar a enorme importância da Constituição para resolver problemas complexos à medida que as sociedades pluralistas evoluem e sobre a impossibilidade de existir direitos fundamentais absolutos em Estados democráticos constitucionais de direito. Como disse o autor italiano, traduzido para o espanhol que nos é compreensível: “*Si mediante una palabra lo más aproximada posible, quisiéramos indicar el sentido de este carácter esencial del derecho de los Estados constitucionales actuales, quizás podríamos usar la imagen de la ductibilidad. La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros com los que debe convivir.*” Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 10ª ed. Madri: Editorial Trotta, 2011. p. 14.

princípio (art. 1º, III) e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de TODOS (art. 3º, I, III e IV) como objetivos da República federativa – por um lado asseguram as liberdades inalienáveis dos indivíduos, mas por outro consagram o estabelecimento de direitos sociais e econômicos mínimos que exigem a natural restrição das liberdades individuais.

A CF/88 não permite a existência de liberdades individuais que não convivam e permitam condições mínimas de desenvolvimento humano igualitário para todos os componentes da sociedade, pois “sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade”¹¹, não havendo que se falar em direitos fundamentais que possam ser interpretados como liberdades absolutas, eis que, como ensina Gustavo Binbenojm, “a liberdade de cada um deve conviver com a liberdade de todos”¹².

Falando especificamente sobre um dos ramos da liberdade de expressão, Gustavo Binbenojm diz que “a liberdade de criação e expressão artística não é um valor absoluto e inquestionável” e que “discuti-la é parte do conceito da própria liberdade de expressão intelectual e tem levado a algumas nações a proscrever as manifestações voltadas puramente para a propagação do ódio e da violência, por exemplo. Fora esses casos, a garantia constitucional da liberdade de expressão deve preservar o espaço para que o artista conceba o inconcebível, diga o indizível e transforme em arte qualquer sentimento humano”¹³.

5. A INTERPRETAÇÃO INICIAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO PELO STF

O ministro Celso de Mello, no famoso caso Ellwanger (HC nº 82.959/RS¹⁴), reforçou seu entendimento de que a liberdade de expressão é um direito fundamental de enorme importância, com caráter preferencial no conflito com outros direitos fundamentais, mas que não

11 TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In Teoria dos direitos fundamentais. Org. Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 263.

12 BINENBOJM, Gustavo. Liberdade igual: o que é e por que importa. Rio de Janeiro: História real, 2020. p. 14.

13 *Ibidem*. p. 24/25.

14 Assim afirmou o Supremo Tribunal Federal ao considerar que a negação do holocausto nazista na 2ª guerra mundial não é aceitável pela ordem constitucional vigente, tendo a Corte Suprema negado a reforma da ordem de restrição de liberdade a autor de livro que disseminou ideias antissemitas, eis que tal fato se configura ilicitude penal tipificada em escrever, editar publicar e comentar livros fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica, no âmbito do crime de racismo. É o que se verifica do seguinte acórdão: HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros “fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pelos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. (...) 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que impliquem ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. “Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento”. No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.” (grifamos) HC 82.424-2/RS. Rel. Min. Maurício Correa. J. 7/09/2003. Disponível em www.stf.jus.br Acesso em 01/11/2022.

possui caráter absoluto, por nele não estarem permitidos expressões ou comportamentos de caráter discriminatório ou racista¹⁵.

No referido julgamento assentou-se que são vedados expressamente os discursos racistas, de ódio (*hate speech*), reconhecendo-se que a liberdade de expressão não é um direito fundamental absoluto, pois o direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal e que as liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria CF/88. Assentou-se ainda no referido julgamento que o preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra¹⁶.

O STF também analisou a possibilidade de limitação da liberdade de expressão quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130/DF, na qual a Corte decidiu quanto à não recepção da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) pela CF/88, não permitindo que o Poder Judiciário proferisse liminares com base na referida lei da época da ditadura militar no Brasil para impedir a publicação de informações pela imprensa, ao argumento de que a própria CF/88, no seu art. 220, já havia realizado a ponderação entre a liberdade de expressão por meio da liberdade de imprensa com outros direitos de personalidade¹⁷, “dando-se prevalência à liberdade de informar”, sendo “inviável a concessão de liminares para impedir a divulgação de qualquer informação” e “eventual excesso seria resolvido nas esferas cível e penal”¹⁸.

Para o Ministro relator da ADPF nº 130, somente a CF/88 poderia limitar as comunicações sociais, não a lei e não atos da Administração Pública, mas somente a Constituição, a qual, além disso, tem um nítido caráter de garantia, proteção e tutela do direito de informar e ser informado pelos meios de comunicação de massa; disse à época o relator em seu voto que “(...) a ideia-força de que quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas”¹⁹.

Ficaram então definidos no referido julgamento do STF os seguintes pressupostos quanto ao reconhecimento da liberdade de expressão como direito fundamental²⁰: (i) a primazia da liberdade de expressão e informação jornalística, (ii) a impossibilidade de regulamentação

15 No seu voto, o ministro argumentou que “(...) publicações – como a de que trata esta impetração – que extravasam os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus, não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento, que não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal.” (p. 628) Voto do Ministro Celso de Mello no HC 82.424-2/RS. Rel. Min. Maurício Correa. J. 7/09/2003. Disponível em www.stf.jus.br Acesso em 01/11/2022.

16 HC 82.424-2/RS. Rel. Min. Maurício Correa. J. 7/09/2003. Disponível em www.stf.jus.br Acesso em 01/11/2022

17 Para o Ministro Ayres Britto, os incisos IV, V, X, XIII, XIV do art. 5º da CF/88 impõem limites ao exercício da comunicação social pela grande imprensa, enquanto o art. 220, § 1º da CF/88 vai justamente dizer que a lei não poderá impor limitações à liberdade de informação jornalística, salvo aquelas previstas justamente nos referidos incisos do art. 5º da CF/88. In BRITTO, Carlos Ayres. Limitações constitucionais em temas de comunicação social. In Aspectos polêmicos da atividade do entretenimento. Mangaratiba: Academia Paulista de Magistrados, 2004, p. 89/90.

18 CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. O Supremo Tribunal Federal brasileiro e o direito de imprensa: análise da decisão do STF na ADPF nº 130-DF. In Direitos fundamentais em construção: estudos em homenagem ao ministro Carlos Ayres Britto. Coord. Márcia Rodrigues Bertoldi; Kátia Cristine Santos de Oliveira. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 201.

19 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 130/DF. Rel. Min. Aires Britto. J. 06/11/2009. Disponível em <www.stf.jus.br> . Acesso em: 01/11/2022.

20 Seguem os trechos pertinentes do voto do Ministro Relator:

Primazia da liberdade de expressão e informação jornalística - “no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras”
Impossibilidade de regulamentação estatal da liberdade de informação jornalística - “são irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística, por se tratar de bens jurídicos que têm na própria inter-

estatal da liberdade de informação jornalística e (iii) a autoaplicabilidade do direito de resposta proporcional ao agravo e de indenização posterior pelo dano causado.

Ocorre que, no âmbito da ADPF nº 130, o julgamento proferido pelo STF deu-se sob uma realidade em que os principais meios de comunicação de massa e disseminação de conhecimento e informação davam-se por meio de jornais e revistas impressas, rádio e TV aberta e a propagação de desinformação não tinha a massividade, a instantaneidade e o potencial lesivo que possuem atualmente.

O próprio Ministro Relator Carlos Ayres Britto reconheceu em seu voto que a questão objeto de julgamento da Suprema Corte no âmbito da ADPF nº 130/DF não analisou a propagação de informações por meio da – então incipiente à época – *internet*, eis que para ele a “Rede Mundial de Computadores – INTERNET” deveria ficar “fora do conceito de imprensa” por “absoluta falta de previsão constitucional”²¹, já dando indícios de que a questão a respeito da possibilidade ou não da limitação da liberdade de expressão e de imprensa por meio da *internet* e por redes sociais deveria ser analisada em outra oportunidade pelo STF.

6. OS NOVOS TEMPOS EXIGEM NOVA CONFORMAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO PELA SUPREMA CORTE

A realidade com a qual lidamos hoje é a das *fake news*, da instantaneidade e da massividade da reprodução de conteúdo nas redes sociais e na internet, da “robotização” dos usuários de redes sociais, da minimização e enfraquecimento da linguagem, da agressividade e da polarização ideológica do discurso, do discurso de ódio contra minorias (racismo, misoginia, homofobia, dentre outros) e contra as instituições, do direcionamento do discurso pelos algoritmos das grandes redes sociais e aplicativos e, por fim, da *deepweb* onde não é possível qualquer controle sobre o conteúdo ou informação compartilhada no submundo da internet.

O fenômeno da digitalização da vida contemporânea, especialmente pelo uso cotidiano de redes sociais, faz com que a velocidade da disseminação de conteúdo falso seja exponencial e que qualquer informação sem fundamento possa ter consequências desastrosas²², especialmente quando o conteúdo disseminado ou reproduzido em redes sociais reúne chamadas sensacionalistas, caráter polarizador ou antagônico e informações falsas, pois os efeitos nocivos de tais conteúdos sobre pessoas e instituições podem ser devastadores, eis que “matérias falsas, de cunho sensacionalista, tendem a ter repercussão fácil, a viralizar, a tornar-se *trend topics* mais rapidamente do que aquelas produzidas por jornalistas zelosos que checam os fatos”²³.

dição da prévia interferência do Estado o seu modo natural, cabal e ininterrupto de incidir. Vontade normativa que, em tema elementarmente de imprensa, surge e se exaure no próprio texto da Lei Suprema.”

Autoaplicabilidade do direito de resposta proporcional ao agravo e de indenização pelo dano causado – “Aplicam-se as normas da legislação comum, notadamente o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal às causas decorrentes das relações de imprensa. O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inciso V do art. 5º da Constituição Federal. Norma, essa, “de eficácia plena e de aplicabilidade imediata”, conforme classificação de José Afonso da Silva. “Norma de pronta aplicação”, na linguagem de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, em obra doutrinária conjunta.” Vide ADPF 130/DF. Rel. Min. Aires Britto. J. 06/11/2009. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 01/11/2022.

21 CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. *Op. Cit.* p. 206.

22 BANHOS, Sérgio Silveira. *Op. Cit.* p. 626.

23 *Ibidem.* p. 628.

6.1. Tempos de pós-verdade: a mentira como regra

Matthew D’Ancona acredita que atualmente vivemos uma era da pós-verdade, marcada pelo colapso da confiança que servia como mecanismo fundador de sobrevivência humana e pela fragilização das instituições devido à propagação maciça de informações inverídicas, mentiras ou *fake news* – chame como queira - por grupos de pressão bem financiados e que se valem da rapidez e da abrangência das redes sociais e da internet para estimular o público a questionar a verdade conclusivamente confiável, chamando a atenção o autor para o fato de que “nunca houve um modo mais rápido e mais poderoso de espalhar uma mentira do que postá-la *on line*”²⁴

A pretensão de tais grupos de pressão em gerar a desconfiança necessária para colocar em xeque as instituições como árbitros sociais é baseada em verdadeiras estratégias de desinformação e é favorecida pelos algoritmos das redes sociais. Inicialmente, porque a ideia de funcionamento dos algoritmos é justamente conectar as pessoas apenas àquilo que gostam ou podem gostar, gerando o chamado “filtro bolha” pelo qual as opiniões baseadas em informações inverídicas, mentiras ou *fake news* são reforçadas e acabam tornando as mentiras incontestadas nos grupos sociais que as aceitam. Para o autor, a *internet* e as redes sociais são “o valor definitivo da pós-verdade”, exatamente porque são indiferentes “à mentira, à honestidade e à diferença entre os dois”²⁵.

Depois, porque informações inverídicas, mentiras ou *fake news* ficam ainda mais potentes com a utilização de perfis robôs, contas falsas e disparos em massa de mensagens, “criando a ilusão de que as ideias por trás dessas notícias são ratificadas por milhões de indivíduos, quando, na verdade, não o são”²⁶. Para se ter ideia de como o uso de robôs é massivo nas redes sociais para dar-se a impressão de aceitação da notícia falsa por outras pessoas, Miguel Lago informa que “em 2016, somente no Twitter, de seus 336 milhões de usuários em todo o mundo, os pesquisadores estimavam que até 50 milhões eram *bots*” e que esses “*bots* são comunicadores prolíficos”, eis que um “levantamento do *Pew Research Center* sugere que até 66% dos links compartilhados nessa mesma plataforma vinham de *bots* suspeitos”²⁷.

6.2. A polarização, que era algo até normal, foi absurdamente acirrada pelas redes sociais e tornou-se um efeito nocivo

A atenção e a curiosidade do ser humano é mais capturada por matérias de cunho sensacionalista e assuntos que polarizem pensamentos antagônicos, sendo até, de certa forma natural, que informações com forte viés ideológico e caráter de polarização e antagonização divulgadas por redes sociais tenham maior recepção das pessoas do que as reportagens realizadas pela chamada imprensa tradicional.

24 D’ANCONA, Matthew. Pós-verdade. Trad. Carlos Szlakj. Barueri: Faro editorial, 2018. p. 42/53.

25 *Ibidem.* p. 53/55.

26 PONTES, João Gabriel Madeira. Democracia militante em tempos de crise. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 20.

27 STARLING, Heloisa Murgel; LAGO, Miguel; BIGNOTTO, Newton. Linguagem de destruição: a democracia brasileira em crise. São Paulo: Companhia das Letras, 2022. p. 35.

Mas, o fato é que a experiência virtual personalizada pelos algoritmos gera o que Eli Pariser chama de “bolha dos filtros”, pois o código básico das redes sociais e da internet é a geração de filtros *on line* que examinam tudo aquilo de que as pessoas gostam e passam a oferecer a elas exatamente mais do que já gostam, aproximando também de forma virtual pessoas que tenham as mesmas opiniões e gostos, alterando-se assim, de forma profunda, o modo como as pessoas se deparam com ideias e informações; por isso, “numa época em que as informações compartilhadas são a base para a experiência compartilhada, a bolha dos filtros é uma força centrífuga que nos afasta um dos outros”²⁸.

Tal tipo de relacionamento virtual contribui por acirrar as polarizações ideológicas já existentes nas redes sociais e na internet, eis que “essa interação por nichos, de um lado, engessa a cosmovisão das pessoas, ao restringi-las àquele universo composto somente por quem pensa de maneira igual a elas e, de outro lado, gera efeitos verdadeiramente polarizantes, o que contribui para a balcanização das visões e do comportamento político de cada um”²⁹.

6.3. O encolhimento do espaço de deliberação pública pelas redes sociais

Ao invés do que se esperava - que a internet e as redes sociais permitissem o fluxo livre e contínuo de informações, aumentando o espaço de deliberação pública para além das instituições estatais -, o que se tem visto é exatamente o contrário. É que as redes sociais transformaram-se em espaço público especialmente propício para a proliferação de informações inverídicas ou *fake news* que são usadas, deliberadamente, por grupos de pressão para provocar o “encolhimento da dimensão deliberativa da esfera pública”, eis que o propósito da comunicação política baseada nas *fake news* é que o discurso político deixe de ser baseado no bem comum e no debate por evidências científicas para convencer quem pensa diferente e passe, ao invés disso, a “reforçar identidades particulares, aquecer polêmicas e fomentar ódio à diferença”³⁰.

Então como se discutir e solucionar problemas cruciais da população, se essa vem sendo bombardeada até mesmo com as chamadas “*deepfakes*”, cuja tecnologia é baseada em criar vídeos falsos, porém bem realistas, com pessoas fazendo coisas que nunca fizeram de verdade ou em situações que nunca presenciaram, usando inteligência artificial para manipular imagens de rostos e criar movimentos, simulando expressões e falas³¹.

Para se ter uma noção do potencial lesivo dessa tecnologia basta lembrar do recente vídeo da jornalista Renata Vasconcelos adulterado por *deepfake* que circulou massivamente pelas redes sociais, no qual se propagou a informação inverídica – ou mentirosa³² ou *fake news*, chame como achar melhor – em que a âncora do Jornal Nacional falava da liderança

28 PARISER, Eli. O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você. Trad. Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 14/15.

29 PONTES, João Gabriel Madeira. *Op. Cit.* p. 18/19.

30 SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. p. 34/35.

31 O que é *deepfake* e porque você deveria se preocupar: saiba mais detalhes da tecnologia que usa IA para trocar o rosto de pessoas em vídeos e manipular áudios. Disponível em <<https://tecnoblog.net/responde/o-que-e-deep-fake-e-porque-voce-deveria-se-preocupar-com-isso/>> Acesso em 01/11/2022.

32 Eu prefiro chamar pelo jeito tradicional de informação MENTIROSA, tal como o faz a Ministra Carmen Lucia do STF. Veja em “*Fake news é mentira*”, alerta a ministra do STF, Carmen Lúcia, em seminário no Senado”. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=fqm5KB5aA7g>> Acesso em 01/11/2022.

de Jair Bolsonaro em pesquisas para o 1º turno da recente eleição presidencial, quando o fato verdadeiro noticiado na televisão foi que o candidato Lula estava na liderança das pesquisas para o referido pleito³³.

É sob esse contexto recente que o STF se vê no desafio de reanalisar a interpretação que se deve dar à liberdade de expressão como direito fundamental, sendo absolutamente natural, portanto, que a solução para os conflitos jurídico-constitucionais envolvendo a liberdade de expressão, principalmente nas redes sociais, receba outro tipo de resposta da Corte que não seja permitir a divulgação do conteúdo e a posterior responsabilização de quem o divulgou.

E mais! Atualmente, o desafio da Suprema Corte não se limita apenas aos efeitos que a propagação de conteúdo falso ou mentiroso tenha na esfera privada dos indivíduos, pois a Corte tem sido instada a decidir pela manutenção ou não de conteúdos em redes sociais, cuja propagação instantânea e massiva para milhares ou milhões de pessoas pelas redes sociais tem enorme potencial ofensivo ao Estado democrático de direito e às instituições responsáveis pela sua proteção, como, por exemplo, o próprio STF.

7. A NOVA CONFORMAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO PELO STF

Diferentemente do contexto sob o qual produziu as balizas do julgamento da ADPF nº 130³⁴, atualmente a Suprema Corte precisa interpretar a liberdade de expressão sob a perspectiva de que a posterior responsabilização do propagador de conteúdo falso ou mentiroso pode ser insignificante diante do potencial ofensivo que a informação divulgada de forma massiva e instantânea por redes sociais como *whatsapp*, *telegram*, *twitter*, *instagram*, *facebook* e *youtube* pode trazer às pessoas, às instituições e à democracia brasileira.

Felizmente, o STF, em tais casos concretos, tem agido acertadamente ao repelir o abuso de direito e a violação aos princípios democrático e republicano, determinado a supressão das redes sociais de conteúdo falso ou mentiroso, a investigação e até mesmo a prisão daqueles que violam o princípio republicano e democrático, utilizando-se de *fake news* para ameaçar pessoas, incitar a violência contra instituições e contra a democracia brasileira; ou seja, para cometer crimes previstos na legislação penal³⁵.

33 Disponível em <<https://noticias.uol.com.br/videos/2022/08/18/video-falso-1-deepfake-mostra-pesquisa-falsa-na-voz-de-renata-vasconcellos.htm>> Acesso em 01/11/2022.

34 Há diversos outros julgados em que o STF estipulou a prevalência da liberdade de expressão sobre os demais direitos fundamentais, como, por exemplo, quando a Corte declarou inconstitucionais dispositivos da legislação eleitoral que restringiam a liberdade de expressão, assentando-a como premissa imprescindível à participação política e à democracia (ADI nº 4451, Min. Rel. Alexandre de Moraes, Pleno, J. 21/06/2018). Outros exemplos citados pelo Min. Edson Fachin foram quando a Suprema Corte, sob o viés do reflexo de medidas incriminatórias na inibição do debate público (*chilling effect*), preservou o direito à livre manifestação (ADPF nº 187/DF, Min. Rel. Celso de Mello, Pleno, J. 15/6/2011), ou quando a Corte ratificou a prioridade *prima facie* da liberdade de expressão em relação a outros direitos no caso das biografias não autorizadas, afirmando que eventuais incorreções, nesse espectro, devem invocar a responsabilização e o direito de resposta, não a censura (ADI nº 4815, Min. Rel. Carmen Lúcia, Pleno, j. 10/06/2015). O Plenário, ainda, referendou decisão monocrática da Min. Carmen Lúcia, que, em ADPF, “suspendeu os efeitos de atos judiciais ou administrativos emanados de autoridade pública que possibilitem, determinem ou promovam o ingresso de agentes públicos em universidades públicas e privadas, o recolhimento de documentos, a interrupção de aulas, debates ou manifestações de docentes e discentes universitários, a atividade disciplinar docente e discente e a coleta irregular de depoimentos desses cidadãos pela prática de manifestação livre de ideias e divulgação do pensamento em ambientes universitários ou em equipamentos sob a administração de universidades públicas e privadas e serventes a seus fins e desempenhos”. (ADPF nº 548 MC REF, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 31/10/2018, Informativo nº 922).

35 A Lei nº 14.197/2021 revogou a antiga Lei de Segurança Nacional e alterou o Código Penal (CP) para tipificar crimes contra o Estado democrático de direito, dentre os quais se citam os previstos no art. 286, parágrafo único e no art. 359-L do CP, *in verbis*:
- Art. 286 (...) Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem incita, publicamente, animosidade entre as Forças Armadas, ou delas contra os poderes constitucionais, as instituições civis ou a sociedade.
- Art. 359-L. Tentar, com emprego de violência ou grave ameaça, abolir o Estado Democrático de Direito, impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais: (...).

O julgado mais categórico desta nova forma de interpretar a liberdade de expressão, sob a perspectiva de que não se pode admitir a consideração da liberdade de expressão como um direito absoluto, que não possa ser restringido pelo Poder Judiciário, deu-se no recente julgamento da ADPF nº 572³⁶, a qual foi ajuizada com a pretensão de anular a portaria da Presidência do STF que instaurou na Suprema Corte o Inquérito das Fake News (INQ 4781).

No referido julgamento, a Suprema Corte delimitou os contornos jurídicos da liberdade de expressão e afirmou categoricamente que a mesma não é um direito fundamental absoluto, podendo haver a sua limitação quando a divulgação do conteúdo ou informação falsa seja feita para ameaçar outras pessoas, as instituições e a democracia brasileira.

Nos seus votos na referida ADPF nº 572, o Ministro Celso de Mello afirmou que “a incitação ao ódio público e a propagação de ofensas e ameaças não estão abrangidas pela cláusula constitucional que protege a liberdade de expressão e do pensamento” e a Ministra Rosa Weber assentou que “vemo-nos às voltas com ataques sistemáticos que em absoluto se circunscrevem com críticas e divergências abarcadas no direito de livre expressão e manifestação assegurados constitucionalmente, traduzindo, antes, ameaças destrutivas às instituições e a seus membros com a intenção de desmoralizá-las”³⁷.

Já a Ministra Carmen Lúcia disse que “não é possível considerar como protegidos pela liberdade de expressão atos que atentem contra a Constituição, incitem o ódio ou o cometimento de crimes”³⁸, estando seu pensamento alinhado com o do Ministro Alexandre de Moraes, segundo o qual a “liberdade de expressão não é liberdade de agressão, de destruição da democracia, das instituições e da honra alheia, nem se confunde com ameaças, coações, atentados” e “a Constituição Federal não permite que criminosos se escondam, sob o manto da liberdade de expressão, para a prática de discurso de ódio, antidemocrático, de infrações penais e de atividades ilícitas”³⁹.

Já o Ministro Gilmar Mendes chamou a atenção para o fato de que “o uso sistemático de robôs para divulgar notícias falsas e ameaças não é liberdade de expressão, mas um movimento orquestrado para afetar a credibilidade do STF”⁴⁰ e das instituições de defesa do estado democrático brasileiro.

36 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ADPF. PORTARIA GP Nº 69 DE 2019. PRELIMINARES SUPERADAS. JULGAMENTO DE MEDIDA CAUTELAR CONVERTIDO NO MÉRITO. PROCESSO SUFICIENTEMENTE INSTRUÍDO. INCITAMENTO AO FECHAMENTO DO STF. AMEAÇA DE MORTE E PRISÃO DE SEUS MEMBROS. DESOBEDIÊNCIA. PEDIDO IMPROCEDENTE NAS ESPECÍFICAS E PRÓPRIAS CIRCUNSTÂNCIAS DE FATO EXCLUSIVAMENTE ENVOLVIDAS COM A PORTARIA IMPUGNADA. LIMITES. PEÇA INFORMATIVA. ACOMPANHAMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. SÚMULA VINCULANTE Nº 14. OBJETO LIMITADO A MANIFESTAÇÕES QUE DENOTEM RISCO EFETIVO À INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA. 1. Preliminarmente, trata-se de partido político com representação no Congresso Nacional e, portanto, legitimado universal apto à jurisdição do controle abstrato de constitucionalidade, e a procuração atende à “descrição mínima do objeto digno de hostilização”. A alegação de descabimento pela ofensa reflexa é questão que se confunde com o mérito, uma vez que o autor sustenta que o ato impugnado ofendeu diretamente à Constituição. E, na esteira da jurisprudência desta Corte, compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental e, diante da vocação da Constituição de 1988 de reinstaurar o Estado Democrático de Direito, fundado na “dignidade da pessoa humana” (CR, art. 1º, III), a liberdade pessoal e a garantia do devido processo legal, e seus corolários, assim como o princípio do juiz natural, são preceitos fundamentais. Por fim, a subsidiariedade exigida para o cabimento da ADPF resigna-se com a ineficácia de outro meio e, aqui, nenhum outro parece, de fato, solver todas as alegadas violações decorrentes da instauração e das decisões subsequentes. 2. Nos limites desse processo, **diante de incitamento ao fechamento do STF, de ameaça de morte ou de prisão de seus membros, de apregoada desobediência a decisões judiciais**, arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada totalmente improcedente, nos termos expressos em que foi formulado o pedido ao final da petição inicial, para declarar a constitucionalidade da Portaria GP n.º 69/2019 enquanto constitucional o artigo 43 do RISTF, nas específicas e próprias circunstâncias de fato com esse ato exclusivamente envolvidas. 3. Resta assentado o sentido adequado do referido ato a fim de que o procedimento, no limite de uma peça informativa: (a) seja acompanhado pelo Ministério Público; (b) seja integralmente observada a Súmula Vinculante nº 14; (c) **limite o objeto do inquérito a manifestações que, denotando risco efetivo à independência do Poder Judiciário (CRFB, art. 2º), pela via da ameaça aos membros do Supremo Tribunal Federal e a seus familiares, atentam contra os Poderes instituídos, contra o Estado de Direito e contra a Democracia; e (d) observe a proteção da liberdade de expressão e de imprensa nos termos da Constituição, excluindo do escopo do inquérito matérias jornalísticas e postagens, compartilhamentos ou outras manifestações (inclusive pessoais) na internet, feitas anonimamente ou não, desde que não integrem esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais.** (grifamos) ADPF nº 572/DF, Min. Rel. Edson Fachin, Pleno, J. 18/06/2020. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 01/11/2022

37 ADPF nº 572/DF, Min. Rel. Edson Fachin, Pleno, J. 18/06/2020. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 01/11/2022.

38 *Ibidem*.

39 ADPF nº 572/DF, Min. Rel. Edson Fachin, Pleno, J. 18/06/2020. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 01/11/2022.

40 *Ibidem*.

Também vale a pena expor as sempre bem lançadas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso: “Numa democracia, há espaço para conservadores, liberais e progressistas, mas não há espaço para violência, ameaças e discursos de ódio”⁴¹.

Um pouco antes, no julgamento da Tutela Provisória Antecedente (TPA) nº 39, o Ministro Edson Fachin fez importantes considerações a respeito da possibilidade de limitação da liberdade de expressão quando esta baseia-se em afirmações notória e sabidamente falsas ou que só visam a tumultuar o ambiente democrático, pois “não existe direito fundamental a atacar à democracia a pretexto de se exercer qualquer liberdade, especialmente a liberdade de expressão” e “não se deve confundir o livre debate público de ideias e a livre disputa eleitoral com a autorização para disseminar desinformação, preconceitos e ataques à democracia”⁴².

E, ainda mais recentemente, o Plenário do STF firmou maioria na ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 7261/DF para reconhecer a constitucionalidade da recente resolução do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que ampliou seus poderes no combate às *fake news* e que permite à Corte Eleitoral a determinação de retirada imediata das postagens das redes sociais quando se já tenha constatado anteriormente ser o conteúdo ou informação por ela divulgada falsa, mentirosa ou *fake news*⁴³.

Reforçou o Ministro relator Edson Fachin a necessidade de que o Poder Judiciário adote providências quando a liberdade de expressão seja exercida de forma abusiva por meio de “*fake news* e teorias conspiratórias calculadas”, “*bots* sociais, contas-fake autônomas nas mídias sociais” que se passam por “pessoas de verdade” que “postam, tuítam, curtem e compartilham” e “propagam *fake news*, calúnias e comentários de ódio”, pois tal abusividade coloca em risco a própria liberdade de expressão das demais pessoas, especialmente dos eleitores, eis que, em tal ambiente tóxico, “a liberdade se converte em ausência de liberdade, porquanto desconectada da realidade, da verdade e dos fatos” e “esse exercício abusivo coloca em risco a própria sociedade livre e o Estado de Direito democrático”⁴⁴.

Sob esse contexto, entendeu o relator, devidamente seguido por seus pares, que “o direito à liberdade de expressão pode ceder, em concreto, no caso em que ela for usada para erodir

41 *Ibidem*.

42 TUTELA PROVISÓRIA ANTECEDENTE. MEDIDA CAUTELAR. NÃO REFERENDO. DECISÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL – TSE. PROBABILIDADE DO DIREITO E PERIGO DA DEMORA. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROBABILIDADE DE PROVIMENTO DO AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACERTO DA DECISÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. PERIGO DA DEMORA INVERSO. PROCESSO ELEITORAL. NOTÍCIAS FALSAS. SEGURANÇA JURÍDICA. ELEIÇÕES. 1. Havendo perigo da demora em sentido inverso, decorrente da ausência de probabilidade de provimento do agravo em recurso extraordinário contra decisão do TSE, não há que se conceder a tutela provisória. 2. Não pode partido político, candidato ou agente político eleito invocar normas constitucionais e direitos fundamentais para erodir a democracia constitucional brasileira. **3. Não se deve confundir o livre debate público de ideias e a livre disputa eleitoral com a autorização para disseminar desinformação, preconceitos e ataques ao sistema eletrônico de votação, ao regular andamento do processo eleitoral, ao livre exercício da soberania popular e à democracia.** 4. **A jurisprudência reiterada do TSE e do Supremo Tribunal Federal reconhecem que não há liberdade de expressão, nem imunidade parlamentar, que ampare a disseminação de informações falsas por redes sociais e na internet.** Ausência de inovação jurisprudencial a respeito dessas temáticas. 5. Tutela provisória não referendada. (grifamos) TPA 39 MC-REF/DF. Min. Rel. Nunes Marques. Min. Rel. p/ acórdão Edson Fachin. J. 07/06/2022. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 01/11/2022.

43 DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO TSE Nº. 23.714/2022. ENFRENTAMENTO DA DESINFORMAÇÃO CAPAZ DE ATINGIR A INTEGRIDADE DO PROCESSO ELEITORAL. 1. Não se reveste de *fumus boni iuris* a alegação de que o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), ao exercer a sua atribuição de elaboração normativa e o poder de polícia em relação à propaganda eleitoral, usurpa a competência legislativa da União, porquanto a Justiça Especializada vem tratando da temática do combate à desinformação por meio de reiterados precedentes jurisprudenciais e atos normativos, editados ao longo dos últimos anos. 2. A Resolução TSE nº. 23.714/2022 não consiste em exercício de censura prévia. **3. A disseminação de notícias falsas, no curto prazo do processo eleitoral, pode ter a força de ocupar todo espaço público, restringindo a circulação de ideias e o livre exercício do direito à informação.** 4. **O fenômeno da desinformação veiculada por meio da internet, caso não fiscalizado pela autoridade eleitoral, tem o condão de restringir a formação livre e consciente da vontade do eleitor.** 5. Ausentes elementos que, nesta fase processual, conduzam à decretação de inconstitucionalidade da norma impugnada, há que se adotar atitude de deferência em relação à competência do Tribunal Superior Eleitoral de organização e condução das eleições gerais. 6. Medida cautelar indeferida. (grifamos) SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 7261/DF. Min. Rel. Edson Fachin. J. 25/10/2022. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 25/01/2023.

44 ADI nº 7261/DF. *Op. Cit.*

a confiança e a legitimidade da lisura político-eleitoral. Trata-se de cedência específica, analisada à luz da violação concreta das regras eleitorais e não de censura prévia e anterior”.

Ainda é cedo para afirmar como se comportará a jurisprudência do STF sobre o tema, mas tudo leva a crer que, sob uma realidade distinta daquele julgamento da ADPF nº 130, o STF determinará novas respostas para o enfrentamento dos casos em que as pessoas abusam de sua liberdade de expressão: a tendência é que agora a Suprema Corte entenda não só pela responsabilização posterior do responsável pela divulgação, mas também pela possibilidade de restrição mais efetiva da liberdade de expressão, com a determinação judicial de retirada imediata do conteúdo falso ou mentiroso das redes sociais e da internet, visando a evitar ou a diminuir a propagação e a abrangência de conteúdos falsos e massivos que possam colocar em risco a segurança, a honra e a imagem de pessoas, de instituições e da própria democracia no Brasil.

Assim, tudo leva a crer, especialmente diante dos atos de destruição e vandalismo levado a efeitos por golpistas no último dia 08/01/2023 - quando as sedes dos três Poderes da república em Brasília foram invadidas e barbarizadas, com especial atenção para a destruição plena e absoluta do prédio histórico do STF -, que a tendência de nossa Suprema Corte seja efetivamente restringir a publicação de conteúdo falso ou mentiroso das redes sociais, especialmente quando isto coloque em risco a independência do Poder Judiciário e da própria Corte e a integridade de seus ministros e do próprio Estado democrático de direito.

Até porque os ministros do STF não são autômatos ou uma autoridade estatal absolutamente afastado de sentimentos pessoais, mas são sim homens e mulheres da sociedade brasileira que, muitas vezes, se afetam pelos temas ou controvérsias sob seu julgamento, sendo, por evidente, afetados por condutas e comportamentos que coloquem em xeque a própria autoridade da Corte que compõem e o Estado democrático constitucional de direito que lhes cabe proteger⁴⁵.

8. CONCLUSÃO

Como dito anteriormente, os tempos atuais são outros: os tempos em que o conteúdo da liberdade de expressão, ou a informação jornalística, era exposto em jornais e revistas impressas e na televisão ficaram para trás; atualmente, a opinião ou o conteúdo jornalístico são essencialmente disponibilizados de forma massiva em redes sociais e na internet e pode ser compartilhado de forma instantânea com milhares ou mesmo milhões de pessoas, em um ambiente tóxico permeado por *fake news*, *deepweb*, direcionamento do discurso pelos algoritmos das grandes redes sociais e aplicativos, “robotização” dos usuários de redes sociais, polarização ideológica e discurso de ódio contra minorias (racismo, misoginia, homofobia, dentre outros).

Diante do risco que o exercício abusivo da liberdade de expressão traz não só para as pessoas, como também para as instituições e para o próprio Estado democrático de direito - como bem se viu como consequência a destruição das sedes dos três poderes por vândalos

45 Como já disse o ex-Ministro do STF Sepúlveda Pertence sobre si e seus colegas juízes da Suprema Corte brasileira: “somos brasileiros de classe média, em determinado tempo e situação”, sendo “inequívoco que todo esse condicionamento, no tempo e no espaço, influi muitas vezes até inconscientemente”, pois “a verdade é que o juiz é um homem, enquanto cidadão, com crenças, convicções, tendências conscientes e inconscientes. Muitas vezes está inteiro dentro de uma decisão. Então é óbvio que não se julga na lua”. In FALCÃO, Joaquim. O Supremo. Rio de Janeiro, FGV, 2015. P. 78/79.

golpistas no recente e fatídico dia 08 de janeiro de 2023 -, o STF tem produzido julgados que evidenciam uma tendência de intensificação da possibilidade de restrição judicial da liberdade de expressão em tais casos.

Como a realidade fática e social atual é absolutamente distinta do contexto em que foi julgada a ADPF nº 130, parece-nos que a tendência seja o STF adotar novas respostas judiciais para o enfrentamento dos casos em que as pessoas abusem de sua liberdade de expressão; como bem mostram os julgamentos efetuados na ADPF nº 572/DF, na TPA 39 MC-REF/DF e na ADI nº 7261/DF, a tendência é que, ao invés de decidir apenas pela responsabilização posterior do ofensor, a Corte caminhe pela intensificação da restrição mais efetiva da liberdade de expressão, com a determinação judicial de retirada imediata do conteúdo falso ou mentiroso das redes sociais e da internet, visando a evitar ou diminuir a propagação e a abrangência de conteúdos falsos e massivos que possam colocar em risco a segurança, a honra e a imagem de pessoas, de instituições e da própria democracia no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2016.

BANHOS, Sérgio Silveira. **Fake News, fair play eleitoral e democracia**. In Democracia e sistema de justiça: obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal. Coord. Alexandre de Moraes, André Luiz de Almeida Mendonça. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. **Liberdade igual: o que é e por que importa**. Rio de Janeiro: História real, 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI nº 4451**, Min. Rel. Alexandre de Moraes, Pleno, J. 21/06/2018. Disponível em <www.stf.jus.br> . Acesso em: 01/11/2022.

_____. **ADI nº 4815**, Min. Rel. Carmen Lúcia, Pleno, j. 10/06/2015. Disponível em <www.stf.jus.br> . Acesso em: 01/11/2022.

_____. **ADI nº 7261/DF**. Min. Rel. Edson Fachin. J. 25/10/2022. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 25/01/2023.

_____. **ADPF nº 130/DF**. Rel. Min. Aires Britto. J. 06/11/2009. Disponível em <www.stf.jus.br> . Acesso em: 01/11/2022.

_____. **ADPF nº 187/DF**, Min. Rel. Celso de Mello, Pleno, J. 15/6/2011. Disponível em <www.stf.jus.br> . Acesso em: 01/11/2022.

_____. **ADPF nº 548** MC REF, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 31/10/2018, Informativo nº 922. Disponível em <www.stf.jus.br> . Acesso em: 01/11/2022.

_____. **ADPF nº 572/DF**, Min. Rel. Edson Fachin, Pleno, J. 18/06/2020. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 01/11/2022.

_____. **HC 82.424-2/RS**. Rel. Min. Maurício Correa. J. 7/09/2003. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 01/11/2022.

_____. **TPA 39 MC-REF/DF**. Min. Rel. Nunes Marques. Min. Rel. p/ acórdão Edson Fachin. J. 07/06/2022. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 01/11/2022.

BRASIL. **Lei nº 14.197/2021**. Disponível em <www.planalto.gov.br> Acesso em 25/01/2023.

BRITTO, Carlos Ayres. **Limitações constitucionais em temas de comunicação social**. In Aspectos polêmicos da atividade do entretenimento. Mangaratiba: Academia Paulista de Magistrados, 2004

CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **O Supremo Tribunal Federal brasileiro e o direito de imprensa: análise da decisão do STF na ADPF nº 130-DF**. In Direitos fundamentais em construção: estudos em homenagem ao ministro Carlos Ayres Britto. Coord. Márcia Rodrigues Bertoldi; Kátia Cristine Santos de Oliveira. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CORRÊA DA VEIGA, Aloysio. **As redes sociais e a ética na magistratura**. In Democracia e sistema de justiça: obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal. Coord. Alexandre de Moraes, André Luiz de Almeida Mendonça. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

D'ANCONA, Matthew. **Pós-verdade**. Trad. Carlos Szlakj. Barueri: Faro editorial, 2018.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia: porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la**. Trad. Cássio de Arantes Leite e Débora Landberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

PARISER, Eli. **O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você**. Trad. Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

PONTES, João Gabriel Madeira. **Democracia militante em tempos de crise**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

SARMENTO, Daniel. **Crise democrática e a luta pela Constituição.** Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional.** São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

STARLING, Heloisa Murgel; LAGO, Miguel; BIGNOTTO, Newton. **Linguagem de destruição: a democracia brasileira em crise.** São Paulo: Companhia das Letras, 2022.

TORRES, Ricardo Lobo. **A cidadania multidimensional na era dos direitos.** In Teoria dos direitos fundamentais. Org. Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VOBKUHLE, Andreas. **Defesa do Estado Constitucional democrático em tempos de populismo.** Trad. Peter Naumann. Coord. Michel Westland. São Paulo: Saraiva, 2020.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.** 10ª ed. Madri: Editorial Trotta, 2011.

A tese da multiparentalidade e seu impacto no direito sucessório: a possibilidade da pluri-hereditariedade¹

Rodrigo Oliveira Acioli Lins²
Flávia Regina Porto de Azevedo³

RESUMO

A multiparentalidade no Brasil encontra-se resguardada no Princípio da Isonomia entre os Filhos e da Busca da Felicidade. Esse novo instituto só foi reconhecido após decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal - STF. O impacto jurídico perpassa diversos ramos do Direito Civil, no direito sucessório seria a existência da pluri-hereditariedade. Ressalta-se a consequência lógica de um raciocínio silogístico, do qual pode-se entender que havendo multiparentalidade haveria a pluri-hereditariedade. Buscando compreender o instituto, à luz da doutrina e do Recurso Extraordinário 898.060/SC Repercussão Geral 622, decisão do Pretório Excelso que reconheceu a multiparentalidade - e conseqüentemente a pluri-hereditariedade - no direito brasileiro, utilizando-se do método dialético apresentando a tese levantada pelo Supremo e a antítese da doutrina, buscando os reais impactos no ramo das Sucessões da existência da pluriparentalidade no ordenamento jurídico brasileiro, sendo este a pluri-hereditariedade e sua possível mitigação.

Palavras-chave: Multiparentalidade. Pluri-hereditariedade. Recurso Extraordinário 898.060/SC Repercussão Geral 622.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Civil brasileiro tem sofrido mudanças decorrentes da visão do direito civil-constitucional, buscando uma aplicação normativa que comungue o que dispõe a Constituição Federal e o Código Civil, gerando uma eficácia irradiantes dos direitos fundamentais nas relações civis.

1 Trabalho apresentado no GT 15 (Transdisciplinariedade, Direito e Justiça) do III Siscultura

2 Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (FD-UFAM). E-mail: samaro36@hotmail.com

3 Professora da Faculdade Direito - FD/UFAM Departamento de Direito Privado (FD-UFAM). E-mail: profflavia.ufam@gmail.com

Nessa esteira, em se tratando da visão do direito civil-constitucional pode-se observá-lo inclusive em recentes decisões exaradas pelo próprio Supremo Tribunal Federal – STF, onde este recentemente reconheceu o instituto da multiparentalidade, também chamado como pluriparentalidade, mediante um Recurso Extraordinário com Repercussão Geral.

Nota-se que este referido recurso, tanto na tese de número 622 fixada quanto no voto vencedor demonstram que a multiparentalidade poderá impactar em diversas áreas do direito civil, inclusive no ramo sucessório.

Portanto, faz-se mister investigar o instituto da parentalidade e verificar sua evolução desde o direito romano, perpassando as eras, inclusive a codificação cível de 1916, Constituição Federal e o *Codex* de 2002 para então entender o que ensejou esta mudança de paradigma trazida pelo Recurso Extraordinário 898.060/SC Repercussão Geral 622.

Relevante também Ato contínuo, investigar os impactos e o próprio Acórdão exarado pelo Pretório Excelso, bem como sua ementa e trechos do voto vencedor visando compreender a *ratio decidendi* do referido *decisum*.

Por fim, compreender o instituto da pluri-hereditariedade, bem como as polêmicas doutrinárias que o cercam através do medo do desvirtuamento do instituo, fomentando uma análise ao que entendem os autores que já se debruçaram sobre o tema, tal qual as eventuais soluções para os problemas suscitados pela doutrina.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Histórico da Paternidade

Para um melhor entendimento do tema, é mister uma abordagem que venha a enfrentar os aspectos históricos os quais influenciaram a forma que o Direito Civil brasileiro observa a questão.

Portanto, antes de uma análise aprofundada do tema proposto, deve-se enfrentar as origens, qual seja o Direito Romano e expor suas evoluções históricas, até as codificações civis brasileiras informando quais opções legislativas foram escolhidas e, por fim, as opções da jurisprudência constante do tema.

Nessa esteira, importa registrar que a terminologia parentalidade, ou ainda, paternidade é oriunda da palavra latina *pater*. Sobre este tema, José Cretella Júnior (1995, pp. 106-107) ensina:

Família é vocábulo que, em Roma, além de outros sentidos, significa: 1º, conjunto de pessoas colocadas sob o poder de um chefe – o *paterfamilias* (Obs. *Pater*, nesta expressão, não quer dizer *pai*, mas *chefe*, efetivo ou em potencial. Um impúbere e um celibatário podem ser *patres*) e 2º, o patrimônio do *paterfamilias*.

[...]

O *paterfamilias* tem o *dominium in domo*, a *potestas*. É o *dominus*, o senhor, a quem está confiada a *domus*, ou grupo doméstico.

A *domus* tem *tríplice aspecto*: é grupo religioso (*pater* é *sacerdote*), econômico, (*pater* é o *dirigente*) e jurídico-político (*pater* é *magistrado*) (JÚNIOR, 1995, pp. 106-107)

Nota-se que a sociedade era eminentemente patriarcal e o pai detinha todo o poder sobre a família, exercendo esse poder também sobre os filhos. O *pater* detinha a administração da família, em todos os aspectos da vida civil, basicamente.

Em evolução histórica narrada por Caio Mário da Silva Pereira (2016, pp. 506-509) pode-se extrair que “*no direito germânico, o poder paterno – munt, mundiu – não foi tão severo quanto a pátria postestas romana.*” (PEREIRA, 2016, p. 506). O dever de se exercer a paternidade era dividido entre o casal, não sendo mais exercido como ocorria em Roma.

Sucedem que, no Brasil, o sistema que o legislador optou foi pela manutenção da tradição romana desde as Ordenações até o Código Civil de 1916, sobre este ponto, comenta Caio Mário da Silva Pereira (2016, pp. 506-507):

No direito das Ordenações, predominou a sistemática romana, com o poder conferido ao pai (exclusivamente ao pai), de dirigir a educação do filho, fixar a sua condição, administrar o seu patrimônio.

[...]

O Código de 1916, no seu texto original, ficou mais na linha de nossas tradições atribuindo o pátrio poder ao marido, e em sua falta à mulher (art. 380). (PEREIRA, 2016, pp. 506-507).

Uma mudança significativa só veio ocorrer após a edição de: (i) o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962); (ii) Constituição Federal de 1988; (iii) Estatuto da Criança e do Adolescente; e (iv) Código Civil de 2002.

Nessas legislações foi definida a igualdade nos poderes exercidos por ambos os cônjuges. Foi abolido o termo “pátrio poder” no Código Civil, restando no seu lugar o “poder familiar”. Nota-se que finalmente o Brasil abandonou a atrasada ideia romana de organização familiar, (Pereira, 2016, p. 507) criticada desde Teixeira de Freitas e Lafayette.

Após a breve digressão sobre paternidade, observa-se as origens da pluripaternidade no mundo e no Brasil. Preambularmente, destacam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2018, pp. 303-304) que esses conceitos decorrem de um julgamento ocorrido nos Estados Unidos:

A argumentação em prol da pluriparentalidade encontra fundamentos no conceito de “dupla paternidade” (*dual paternity*), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, nos Estados Unidos da América, na década de 1980 do século passado, com o propósito de salvaguardar, a um só tempo o melhor interesse da criança (*the best interest of the child*) e ao direito do genitor à declaração da paternidade e ao exercício da paternidade responsável. (FARIAS; ROSENVALD, 2018, pp. 303-304)

No Brasil, tal fato se deu após a edição da Constituição Federal de 1988 (Farias; Rosenvald, 2017, p. 616-617) decorrente do princípio de igualdade entre os filhos. Define Pluriparentalidade Conrado Paulino da Rosa, citando Maurício Bunazar (2017, p. 312):

A pluriparentalidade é constituída meramente pela ocorrência do fato social de uma criança encarar mais de uma pessoa como pai e/ou como mãe, inclusive tratando a ambos por pai e/ou por mãe, é algo evidente e, como todo fato notório, dispensa prova. (BUNAZAR, 2010, P. 69 APUD ROSA, 2017, P. 312)

A pluriparentalidade surge em decorrência da socioafetividade, derivado do princípio constitucional da afetividade. Nessa esteira, preleciona Christiano Cassettari (2017, p. 129): “*O embasamento para a existência da multiparentalidade é que devemos estabelecer uma igualdade entre as filiações biológica e afetiva*” (CASSETTARI, 2017, p. 129).

Portanto, através da evolução jurídica resta comprovada a existência doutrinária da pluriparentalidade, resta ainda perquirir tal fato no âmbito jurisprudencial e as eventuais mudanças que o novel instituto pode causar nos demais ramos do Direito Civil, qual seja especificamente nas sucessões.

2.2. Os Efeitos do Recurso Extraordinário 898.060/SC Repercussão Geral 622

Cumpra analisar: (i) a definição de Recurso Extraordinário; e (ii) Repercussão Geral, para se investigar o grau de relevância da decisão e compreender os impactos causados no sistema jurídico brasileiro.

A definição de Recurso Extraordinário é trazida por Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (2018, pp. 418-419):

Porque tem a função de guarda da Constituição Federal, ao STF cabe conferir interpretação às normas constitucionais, fazendo-o por meio de controle concentrado de constitucionalidade ou por meio de controle difuso, sendo esse último, como se sabe, realizado usualmente por meio do recurso extraordinário (ver, porém, a transformação do recurso extraordinário em instrumento de controle abstrato, adiante examinada).

[...]

Enfim, o papel do recurso extraordinário no quadro dos recursos cíveis, é o de resguardar a interpretação dada pelo STF aos dispositivos constitucionais, garantindo a inteireza do sistema jurídico constitucional federal e assegurando-lhe validade e uniformidade de entendimento. (JR.; CUNHA, 2017, pp. 418-419)

Portanto, a possibilidade de interposição de um Recurso Extraordinário está fundada na manutenção da interpretação constitucional. No caso vertente, nota-se que o referido expediente foi manejado para manutenção do princípio da afetividade, base para a multiparentalidade.

Cabe ainda o dever de se enfrentar a definição de Repercussão Geral, para isto, faz-se mister relembrar a definição proposta por Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (2018, pp. 432-433) ao citarem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

“Repercussão geral” é conceito aberto, a ser preenchido por norma infraconstitucional, que se valeu de outros conceitos jurídicos indeterminados, para que se confira maior elasticidade na interpretação dessa exigência, que, afinal, terá a sua exata dimensão delimitada pela interpretação constitucional que fizer o Supremo Tribunal Federal.

O § 1º do art. 1.035 do CPC dispõe que “será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”.

Como se trata de conceitos jurídicos indeterminados, o preenchimento da hipótese de incidência não prescinde do exame das peculiaridades da situação concreta. Como bem afirmam Marinoni e Arenhart, não é possível estabelecer uma noção *a priori*, abstrata, do que seja questão de repercussão geral, pois essa cláusula depende, sempre, das circunstâncias do caso concreto. (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 558 apud JR.; CUNHA, 2018, pp. 432-433)

O referido instituto, por se tratar de conceito jurídico indeterminado, deve ser investigado a luz do caso concreto. Nessa esteira, investigando o que dispõe o caso do Recurso Extraordinário 898.060 está evidenciada a repercussão geral por impactar basicamente famílias de todos os entes federativos.

Esclarecidos os conceitos de Recurso Extraordinário e Repercussão Geral, faz-se necessário investigar a decisão e analisar a *ratio decidendi* para demonstrar os seus reais impactos ao sistema jurídico. Verifica-se tanto a Ementa do Acórdão quanto o voto vencedor exarado pelo Ministro Luiz Fux.

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB). VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES.

1. O prequestionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060 SÃO PAULO RELATOR: MIN. LUIZ FUX RECTE.(S): A. N. ADV.(A/S): RODRIGO FERNANDES PEREIRA RECD.(A/S): F. G. invocada no Recurso Extraordinário na fundamentação do julgado recorrido, tanto mais

que a Súmula n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem.

2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo.

3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade.

4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187).

5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana.

6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011.

7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei.

8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, denominada “família monoparental” (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º).

9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº. 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011).

10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade.

11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser.

12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e conseqüentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (*nominatio*), fosse tratado como filho pelo pai (*tractatio*) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (*reputatio*).

13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.

14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de “dupla paternidade” (*dual paternity*), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina.

15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º).

16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas conseqüências patrimoniais e extrapatrimoniais”

(STF - RE: 898.060/SC – Santa Catarina, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 22/09/2016, Data de Publicação: DJe-188 24/08/2017)

Por meio da Ementa pode-se extrair questões de relevante discussão, quais sejam: (i) família à luz constitucional; (ii) princípio da busca da felicidade; (iii) pluralidade de famílias; (iv) parentalidade definida pela afetividade; (v) pluriparentalidade; e (vi) tese fixada pelo supremo pela coexistência da paternidade socioafetiva e biológica.

O Supremo Tribunal Federal – STF ao julgar este caso paradigmático levou em conta a mudança do conceito familiar trazida pela Constituição Federal e já consagrada na doutrina.

Conforme já abordado, trata-se de uma superação do modelo familiar que se herdara do direito romano buscando uma igualdade entre os pais.

O Pretório Excelso consagra nesta decisão o princípio da busca da felicidade como um dos preponderantes no Brasil. Por ser um sobreprincípio decorrente da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento este da República, trata-se de uma norma que serve como vetor de interpretação para as demais normas do ordenamento jurídico pátrio.

Curiosamente, o *decisum* ao aceitar as variadas formas de família existentes no Brasil fundou-se no próprio sobreprincípio da busca pela felicidade, entendendo que ao formar o núcleo familiar, o particular nada mais está fazendo que seguir em busca da sua própria felicidade.

Nesse contexto, entendeu a mais alta corte brasileira pela possibilidade da parentalidade também ser definida através da própria afetividade. Questão essa que já houvera sido objeto de julgamento pelo Supremo na ADI 4277 onde entendeu pela possibilidade de uniões homoafetivas. Essas decisões vêm demonstrado que a família está muito mais ligada aos sentimentos de amor e afeto que pelo próprio vínculo genético. Tal fato vem demonstrando a superação do que era trazido pelas antigas codificações.

No tocante a pluriparentalidade, foi demonstrado que é possível existir esse instituto à luz da legislação vigente no Brasil, notadamente a Constituição Federal permite a existência desse instituto a despeito da omissão do legislador infraconstitucional no Código Civil. Para fundamentar essa possibilidade, em seu voto, declarou Luiz Fux:

Não cabe à lei agir como o Rei Salomão, na conhecida história em que propôs dividir a criança ao meio pela impossibilidade de reconhecer a parentalidade entre ela e duas pessoas ao mesmo tempo. Da mesma forma, nos tempos atuais, descabe pretender decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente é o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos. Do contrário, estar-se-ia transformando o ser humano em mero instrumento de aplicação dos esquadros determinados pelos legisladores. É o direito que deve servir à pessoa, não o contrário.

(STF - RE: 898.060/SC – Santa Catarina, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 22/09/2016, Data de Publicação: DJe-188 24/08/2017)

Observa-se que o motivo da fixação da tese, qual seja a coexistência de ambas paternidades, socioafetiva e biológica, ante a tal declaração do Ministro Luiz Fux. Logicamente, a eventual declaração desta multiparentalidade geraria variados efeitos jurídicos, exemplificado pelo referido ministro, o que, aliás, já fora enfrentado pela doutrina de Direito de Família em certo ponto no Enunciado nº 09 aprovado no IX Congresso Brasileiro de Direito de Família, qual seja: “A *multiparentalidade gera efeitos jurídicos*” (IBDFAM, 2013), corroborado pelo voto do referido Ministro:

No caso concreto trazido à Corte pelo Recurso Extraordinário, infere-se da leitura da sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara da Família da Comarca de Florianópolis e dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, a autora, F. G., ora recorrida, é filha biológica de A. N., como ficou demonstrado, inclusive, pelos

exames de DNA produzidos no decorrer da marcha processual (fls. 346 e 449-450). Ao mesmo tempo, por ocasião do seu nascimento, em 28/8/1983, a autora foi registrada como filha de I. G., que cuidou dela como se sua filha biológica fosse por mais de vinte anos. Por isso, é de rigor o reconhecimento da dupla parentalidade, devendo ser mantido o acórdão de origem que reconheceu os efeitos jurídicos do vínculo genético relativos ao nome, alimentos e herança.

(STF - RE: 898.060/SC – Santa Catarina, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 22/09/2016, Data de Publicação: DJe-188 24/08/2017)

A possibilidade da multiparentalidade e seus eventuais efeitos no Direito Sucessório foram reconhecidos nessa decisão do STF.

2.3. A Possibilidade Jurídica da Pluri-Hereditariedade

A herança decorrente de paternidade socioafetiva já se encontra consagrada na jurisprudência, tal qual a decorrência de pais biológicos, também consagrada pela lei. Sucede que, em se tratando de multiparentalidade, seria isto possível? Conforme já demonstrado, o Pretório Excelso trouxe no voto vencedor a possibilidade de se haver a pluri-hereditariedade, ou seja, a possibilidade de ser herdeiro tanto dos pais socioafetivos quanto dos pais biológicos. Nesse contexto entende a doutrina brasileira de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2018, p. 305):

No âmbito sucessório, o efeito decorrente é a pluri-hereditariedade. Ou seja, o filho que possui dois ou mais, pais ou duas, ou mais, mães terá direito à herança de todos eles, sem qualquer restrição indevida, que afrontaria a isonomia constitucional. (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 304)

O fato que ainda traz um certo receio no âmbito doutrinário é a possibilidade desse instituto ser desvirtuado para se tornar uma verdadeira busca ao direito à ancestralidade, dessa forma escrevem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2017, p. 619):

Também não se pode confundir a pluriparentalidade com o direito à descoberta da filiação biológica (direito à ancestralidade), pode ser exercido por meio da ação de investigação de origem genética (ECA, art. 48), permitindo a descoberta da origem biológica, sem, contudo, produzir qualquer consequência patrimonial. A multiparentalidade é acompanhada de todos os efeitos familiares e sucessórios, em relação a todos os envolvidos.

Registramos, por derradeiro, apenas uma preocupação para que a pluriparentalidade não seja desvirtuada. Trata-se de instituto de caráter completamente excepcional, permitindo em casos específicos e episódicos (nos quais há comprovação da concomitância dos vínculos filiais) uma simultaneidade de pais e/ou mães. Não se pode pretender transformar a exceção em regra geral. A multiparentalidade serve para situações atípicas, com o propósito de garantir a isonomia filiatória, e não para permitir a livre escolha de pais, movidos por vantagens econômicas.

Por isso, continua nos parecendo vedada a possibilidade de um filho socioafetivo buscar a determinação de sua filiação biológica apenas para fins sucessórios, reclamando a herança de seu genitor, muito embora não mantenha com ele qualquer vinculação, ou, sequer, aproximação. Até porque poder-se-ia, com isso, fragilizar o vínculo socioafetivo estabelecido (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 619)

No que tange a este ponto, a doutrina pioneira de Christiano Cassettari (2017, pp. 70-71) preleciona de igual forma ao que entendem os professores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald supramencionados:

Devemos ver com cautela o direito sucessório, pleiteado *post mortem*, quando o autor nunca conviveu com o pai biológico em decorrência de ter sido criado por outro registral, e dele já ter recebido a herança. Acreditamos que a tese da socioafetividade deve ser aplicada às avessas, ou seja, também para gerar a perda de direito, pois, se a convivência com o pai afetivo pode gerar o direito sucessório pela construção da posse do estado de filho, caso ela não existisse poder-se-ia afirmar que não haveria direito à herança no caso em tela (CASSETTARI, 2017, pp. 70-71)

Portanto, a doutrina de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2018, p. 305) compreende que:

Há de resguardar a tese para os casos nos quais uma pessoa, de modo evidente, possui, uma bipaternidade, ou bimaternidade. Isto é, uma concomitância de pai afetivo e biológico, já enraizada em seu cotidiano, como nos casos em que casais homoafetivos gestam crianças com o auxílio de um terceiro que deseja concretizar a paternidade responsável. (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 305)

Contudo, esse entendimento encontra alguns óbices legais que devem ser levados em conta, quais sejam: (i) o fato do descendente ser um herdeiro necessário⁴; e (ii) não ser o caso de indignidade⁵ ou até mesmo deserdação⁶.

Quanto ao fato de serem herdeiros, extrai-se do texto legal que a eles assiste o direito de herança, só podendo ser afastado mediante a prática de algum ato que gere a indignidade, ou nos casos de sucessão testamentária, de deserdação feita pelo autor da herança.

4 Código Civil/2002, Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima (BRASIL, 2002)

5 Código Civil/2002, Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:
I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;
II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;
III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade (BRASIL, 2002)

6 Código Civil/2002, Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:
I - ofensa física;
II - injúria grave;
III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;
IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade. (BRASIL, 2002)

Sucedo que, do texto legal não se depreende qualquer possibilidade de ser encaixado eventual caso de indignidade. Portanto, em tese, ao menos na sucessão legítima, aquela que decorre de lei, não haveria qualquer razão para se afastar o direito sucessório do descendente que já possuía paternidade socioafetiva e eventualmente buscou a paternidade biológica visando o direito sucessório.

Por outro lado, no que tange à deserdação, apesar de poder o ascendente em sede de testamento requerer a deserdação deste descendente com fulcro no desamparo do descendente para com ele, este fato encontra óbice na prática por eventual desconhecimento do próprio ascendente da existência do descendente, para além de outras questões de deveres decorrentes da paternidade.

Portanto, não há qualquer impedimento legal para que, no momento que a multiparentalidade for reconhecida, seja também concedido irrestritamente o direito à pluri-hereditariedade, a despeito da possível vulgarização do instituto.

A pluri-hereditariedade, agora possível no direito brasileiro pode ser aplicada sempre que houver multiparentalidade. Entende-se a preocupação da doutrina no aspecto da vulgarização do instituto e que este, por questão de justiça, deva apenas ser aplicado para os casos onde a multiparentalidade reste comum no cotidiano. Contudo, por se tratar de uma restrição de direitos é perigoso fazer qualquer ressalva sem menção própria no texto legal ou na própria decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal – STF.

Destarte, a pluri-hereditariedade agora é uma realidade em virtude do Recurso Extraordinário 898.060/SC Repercussão Geral 622, não havendo restrição feita pelo Pretório Excelso, sendo, logo, aplicável a todos os casos que a multiparentalidade seja reconhecida, apesar da possibilidade de desvirtuamento do instituto, conforme teme a doutrina.

3. CONCLUSÃO

A pluriparentalidade no Brasil, incorporada no ordenamento jurídico por meio do Recurso Extraordinário 898.060/SC Repercussão Geral 622 trouxe várias mudanças para diversos ramos do direito civil, no âmbito sucessório, a pluri-hereditariedade é o que então convém destacar.

Certamente, a pluriparentalidade trouxe uma superação definitiva do paradigma romano que perdurou até a Constituição Federal de 1988 sendo abandonado pela ordenação civil apenas em 2002. Ressalta-se que a adoção da tese da pluriparentalidade seria uma nova forma de pensar família no direito brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal – STF ao se debruçar sobre o tema e através dos Princípios da Isonomia entre os filhos e da busca pela felicidade ao decidir pela possibilidade da multiparentalidade inaugurou uma nova forma de pensar o direito de família brasileiro.

Por outro lado, esse *decisum* trouxe alguns impactos que devem ser observados, especificamente a questão sucessória, qual seja a criação da pluri-hereditariedade para aqueles aos quais forem reconhecidos os direitos da multiparentalidade.

Nesse contexto, a grande preocupação dos doutrinadores é a possibilidade de desvirtuamento do instituto criado para garantir a coexistência da parentalidade biológica e socioafetiva, onde o herdeiro buscaria eventualmente a paternidade biológica como forma de requerer eventual herança.

Contudo, a despeito da preocupação doutrinária e à luz do Acórdão exarado pelo Pre-
tório Excelso, fundando-se no fato de que em caso de restrição de direitos a interpretação
é sempre estrita, entende-se que a pluri-hereditariedade é para todos os casos de multipa-
rentalidade, tendo em vista que o STF não condicionou a aplicação deste instituto, antes,
deixou aberto de tal forma que aparentemente deva ser aplicado em qualquer situação. Des-
tarte, o instituto da pluri-hereditariedade vale para todos os casos de multiparentalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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: 02 nov. 2018.

BUNAZAR, Maurício. **Pelas portas de Villela: um ensaio sobre a pluriparentalidade como realidade sociojurídica.** Revista IOB de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, n. 59, p. 63-73, abr-mai, 2010 apud ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família Contemporâneo.** Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: Efeitos Jurídicos.** São Paulo: Editora Atlas, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Volume 7. Sucessões.** Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Volume 6. Famílias.** Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Enunciado nº 09. A multiparentalidade gera efeitos jurídicos.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

JR., Fredie Didier; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Volume 3. Meios de impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais.** Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

JÚNIOR, José Cretella. **Curso de Direito Romano.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento.** 4ed. São Paulo: RT, 2005 apud JR., Fredie Didier; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Volume 3. Meios de impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais.** Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Volume V. Direito de Família**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família Contemporâneo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

STF. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 898060 SC**. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 24/08/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

Distinção inconsistente e *overruling* no precedente constitucional relativo à vedação de antecipação de tutela contra a fazenda pública

Jucelinno Araújo Lima¹

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo demonstrar que a distinção inconsistente é um método inadequado utilizado pela justiça ordinária para afastar precedente do Supremo Tribunal Federal. A metodologia utilizada foi a de pesquisa bibliográfica de renomados autores que estudam os precedentes, além da análise da legislação correlata e de estudo de casos judiciais. Inicialmente traz-se o conceito de precedentes. Após, apresentam-se a distinção e superação de precedentes como técnicas para evitar o engessamento do direito. Depois tem-se um capítulo dedicado ao estudo da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal decorrente da não aceitação das cortes inferiores ao precedente obrigatório decorrente da ADC 4, que tratou da vedação de concessão de antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública. Conclui-se afirmando que o direito brasileiro necessita evoluir em qualidade na formação de precedentes judiciais obrigatórios, bem como ser desenvolvida uma postura de respeito aos precedentes por parte dos órgãos vinculados, a fim de se atingir seus relevantes objetivos.

Palavras-chave: Precedentes. Vinculação. Distinção. Superação.

1. INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro baseado na tradição romano-germânica (*civil law*), com prevalência da lei emanada do Poder Legislativo, aliás como todos os países que têm essa influência jurídica, vem sofrendo grande influxo da *common law*, cujo direito é baseado em precedentes judiciais.

¹ Mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Especialista em Direito Público pela Anhanguera-UNIDERP. Procurador do Estado do Amazonas. Advogado. E-mail: jucelin nolima@gmail.com

A *common law* se formou ao longo do último milênio. Da Inglaterra se expandiu para as colônias britânicas e forma umas das duas grandes tradições jurídicas do mundo ocidental. O aprimoramento dela se deu com o fortalecimento do poder dos juízes e a técnica de utilização de razões de decidir de casos anteriores para os futuros. Os precedentes avançaram para passar de persuasivos a vinculantes.

Isso traz garantia de isonomia e previsibilidade no julgamento dos casos concretos, além da segurança jurídica necessária para a garantia da sobrevivência de qualquer sistema jurídico. Mas esse mecanismo precisa ser bem aplicado, utilizando-se das técnicas adequadas para que o juiz não esteja engessado.

Distinção e superação são instrumentos importantíssimos do qual o julgador deve fazer uso sempre que necessário a fim de evitar injustiças. A aplicação desses institutos demonstra que os juízes e cortes ordinárias não estão com sua liberdade aniquilada pelos precedentes vinculantes, e que devem, sempre que necessário, ser aplicadas a distinção ou a superação, buscando-se o aprimoramento do sistema e a razoabilidade das decisões judiciais.

A Corte Suprema, em diversas situações, profere decisões constitucionais vinculantes inapropriadas para resolver casos concretos que se avolumam nas instâncias ordinárias, trazendo efeito contrário ao buscado pelo instituto dos precedentes. Com efeito, em vez de pacificar as relações sociais e tratar jurisdicionados com isonomia, o que se vê é um sem-número de decisões afastando o precedente por entendê-lo inadequado.

Para isso, são utilizadas técnicas que não colaboram para o aprimoramento do sistema. Uma delas é a distinção inconsistente, na qual juízes e tribunais apresentam diferenças insuficientes a mero pretexto de não aplicar o precedente, o que faz multiplicar a interposição de recursos e reclamações. Por outro lado, algumas vezes, essa resistência da justiça ordinária tem levado à superação de precedentes no STF.

Assim, algumas questões chamam atenção nesse debate, entre elas, o que nos interessa aqui abordar são: o que são precedentes vinculantes? Eles engessam o direito? Quais técnicas podem ser utilizadas para o aprimoramento do sistema? O que é distinção inconsistente e o que ela causa?

A pesquisa traz reflexões para facilitar a busca de respostas a essas questões baseadas no atual modelo de precedentes constitucionais vinculantes adotados no Brasil, a partir de estudos teóricos realizados por renomados juristas, além da análise da legislação e de casos judiciais, notadamente da ADC – 4, que trata da vedação de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública.

O trabalho traz o conceito de precedentes, as técnicas da distinção e da superação, bem como a demonstração da aplicação, por parte da justiça ordinária, da distinção inconsistente para afastar precedente constitucional com a qual não concordava.

Ao final, são trazidas algumas conclusões e apontados alguns caminhos para o aprimoramento na formação dos precedentes constitucionais vinculantes e a busca de seu respeito e correta praticabilidade, requisitos necessários para que os relevantes objetivos buscados por esse sistema sejam atingidos.

2. PRECEDENTES JUDICIAIS

Precedente é, segundo Fredie Didier, *a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos* (2019, p. 505). Marinoni o conceitua como *a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea deixando-a cristalina* (2016, p. 216).

Para Lênio Streck e Georges Abboud, *precedente é uma decisão de um Tribunal com aptidão a ser reproduzida-seguida pelos tribunais inferiores, entretanto, sua condição de precedente dependerá de ele ser efetivamente seguido na resolução de casos análogos-similares* (2013, p. 42). Prosseguem afirmando que *não há uma distinção estrutural entre uma decisão isolada e as demais que lhe devem “obediência hermenêutica”*. Há, sim, uma diferença qualitativa, que sempre exsurgirá a partir da applicatio (2013, p. 42).

O precedente tem como objetivo a previsibilidade e segurança jurídica para que o jurisdicionado, conhecedor de como se trata determinada questão, possa prever como será resolvido um processo com as mesmas características. Desse modo, o precedente responde a um princípio de justiça inserido na tradição jurídica ocidental que tem como regra que casos semelhantes devem ser decididos aplicando a mesma norma jurídica (ARROYO, 2007, p. 213).

Já os precedentes *vinculantes* são os pronunciamentos sobre questões de direito essenciais para o julgamento de um caso anterior (ou casos anteriores), geralmente julgados por cortes de hierarquia superior, que criam normas de observância obrigatória para os juízes que vierem a tratar de caso semelhante (BUSTAMENTE, 2018, p. 709).

Entre os precedentes vinculantes, há os constitucionais, normalmente oriundos do órgão de cúpula, a Suprema Corte de um país ou do Tribunal Constitucional, e os outros precedentes, emanados dos demais tribunais.

Atualmente no direito brasileiro os precedentes obrigatórios passíveis de reclamação são as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADO, ADC e ADPF), as súmulas vinculantes, as decisões nos recursos especiais e extraordinários repetitivos e nos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência.

É importante, por fim, diferenciar precedente de jurisprudência. Segundo Abellán, *precedente é uma regra de decisão em um caso particular suscetível de ser universalizada; o que se chama jurisprudência, por sua vez, é um conjunto de pronunciamentos sobre a interpretação correta de um preceito legal proveniente de uma multiplicidade de decisões* (ABELLÁN, 2016, p. 265).

Nessa linha, Donizetti entende que precedente é *uma regra universal passível de ser observada em outras situações enquanto o termo jurisprudência é utilizado para definir as decisões reiteradas dos tribunais, que podem se fundamentar, ou não, em precedentes judiciais* (DONIZETTI, 2022, p. 1191).

O precedente judicial vem ganhando força no direito brasileiro, principalmente após a entrada em vigência do Código de Processo Civil de 2015.

3. DISTINÇÃO E SUPERAÇÃO

O precedente não é absoluto e eterno, devendo ser aplicado em futuros casos com estrita semelhança em atenção ao princípio da isonomia, do qual decorre tratar de modo igual quem está em situação idêntica. Ademais, ele deve ser aplicado enquanto se conformar com o direito e a justiça consoante a realidade social se apresenta.

Acaso haja na situação concreta diferenças capazes de afastar o precedente, este não deve ser aplicado. E, também, em razão do passar dos anos, pode-se verificar um erro nas razões de decidir ou que um precedente não é mais adequado para seu tempo. No primeiro caso, tem-se a distinção (*distinguishing*) de precedentes, no segundo, a superação (*overruling*).

Quando no caso sob análise se observa que, embora se encontrem semelhanças entre o precedente e o caso em estudo, há a presença de diferenças importantes que impedem a aplicação do paradigma, nem se trata, a rigor, de uma superação do precedente. É uma técnica aplicada não pelo precedente ser injusto, mas por não se adequar ao caso concreto (PEIXOTO, 2015, p. 645).

Com efeito, se os elementos necessários à aplicação do precedente não se repetem no litígio posterior, necessitam, portanto, de solução diferente. Por outro lado, não se pode negar o valioso instrumento que o *distinguishing* é, permitindo-se aos juízes e tribunais não seguir um precedente, que deveria ser seguido se não fosse observada a relevante distinção (ABELLÁN, 2016, p. 247).

A distinção, quando corretamente aplicada, não se traduz em desrespeito à jurisprudência, mas em aplicação hermenêutica correta, confrontando casos concretos posteriores que não se identificam com o do precedente, devendo ser analisado sob outros valores ou parâmetros. A técnica tanto preserva a racionalidade das decisões vinculantes anteriores quanto adiciona novos motivos diante de diferentes casos submetidos à análise jurisdicional (FUX, 2022, p. 921).

A técnica da distinção pode ser utilizada tanto quando há a presença de uma circunstância relevante a mais, que torna o precedente inaplicável, como quando não se verifica no caso concreto a presença de um fato relevante imprescindível para a formação do precedente (PEIXOTO, 2015, p. 646).

Diferente do que ocorre na revogação de precedentes, a diferenciação pode ser realizada por qualquer magistrado, não implicando questões relativas à competência, podendo o *distinguishing* ser utilizado por um juiz de primeira instância para não aplicar um precedente do Supremo Tribunal Federal (PEIXOTO, 2015, p. 645).

No entanto, em muitas situações, as diferenças entre os casos não são suficientes para autorizar o afastamento do precedente e mesmo assim o julgador não aplica a decisão vinculante. É o que a doutrina tem chamado de *distinção inconsistente* (PEIXOTO, 2015, p. 651).

Há, no caso, um afastamento indevido do precedente sem a presença de fatos e argumentos que justifiquem a diferenciação. Ela se aproxima mais da superação do que da distinção aplicada de modo adequado (PEIXOTO, 2015, p. 651).

As distinções inconsistentes são comuns quando um precedente vinculante firmado por uma corte superior é recebido pelas instâncias ordinárias como equivocado, aviltando o

sentimento do que é justo à luz do direito, ou tem consequências indevidas ou insuportáveis. Nesses casos, muitas vezes juízes e cortes vinculadas forçam distinções entre o caso analisado e aquele em que proferida a decisão vinculante, a fim de se afastar da aplicação da solução que entendem inadequada (MELLO; BAQUEIRO, 2017, ps. 675/676).

Quando as decisões com distinção inconsistente são produzidas em massa prejudica-se a previsibilidade do direito, a isonomia e a eficiência no funcionamento do sistema judicial, aumentando o número de recursos aos tribunais, efeito esse contrário ao esperado quando da edição de um precedente. Esse cenário causa uma pressão na corte superior para que essa se curve ao entendimento das instancias ordinárias, levando, muitas vezes, como se verá adiante, à superação total ou parcial do precedente (MELLO; BAQUEIRO, 2017, p. 676).

Para Ravi Peixoto a *distinção inconsistente* não colabora para o desenvolvimento de um sistema de precedentes sólido no direito brasileiro visto que constitui uma errônea técnica violadora da integridade jurídica, levando a que situações semelhantes sejam tratadas de modo desigual e dificultando a delimitação de casos em que precedentes devem incidir (2015, p. 655).

Por outro lado, não se pode esquecer que cabe às cortes de onde derivam precedentes vinculantes estarem atentas à realidade social e aos reclamos do jurisdicionado, bem como à aplicação do direito pelos demais órgãos do Poder Judiciário. Um precedente vinculante bem formado, com *ratio decidendi* (razões de decidir) claras e determinadas, cumpre os relevantes objetivos buscados pelo direito enquanto uma decisão vinculante inadequada pode causar efeitos nefastos ao sistema de justiça.

Por sua vez, o *overruling* é a superação de um precedente e se apresenta, segundo Patrícia Mello, quando este se mostra *socialmente incongruente*, não refletindo a compreensão social sobre o que é justo, ou quando é *sistematicamente inconsistente*, em conflito com outras normas ou decisões judiciais. Vê-se, portanto, que a sistemática dos precedentes não afasta a importância dos argumentos e do poder de convencimento dos juízes das instâncias inferiores (2015, p. 49/50).

A superação de um precedente ocorre por diversos motivos como a modificação normativa subsequente, constitucional ou infraconstitucional; novo cenário político, econômico ou social, a reclamar revisão do precedente diante da realidade alterada; e até mesmo uma autocrítica da tese fixada a partir da análise de novos argumentos ou do reexame dos preexistentes (FUX, 2022, p. 921).

Nesses casos o precedente é revogado ou superado. A decisão paradigma seria aplicada ao caso sob julgamento, mas em razão de um ou mais dos fatores listados acima, não há conveniência na permanência do precedente. Assim, o julgador deverá construir uma nova posição jurídica. É importante registrar que apenas o órgão emissor do precedente pode revogá-lo, desse modo uma decisão vinculante advinda do Supremo Tribunal Federal somente pode ser revogada por este mesmo tribunal (DONIZETTI, 2022, p. 1176).

O *overruling*, assim, é de extrema importância em razão da dinâmica das relações sociais e deve ser utilizado sempre que necessário para se ajustar às novas demandas que a sociedade impõe. No entanto, deve ser utilizado com responsabilidade e com base no amadurecimento do debate das questões fáticas e teses jurídicas envolvidas.

4. DISTINÇÃO INCONSISTENTE E A MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO AO PRECEDENTE VINCULANTE DA ADC 4 – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Um caso de *overruling* (superação) decorrente da resistência das instâncias ordinárias ao cumprimento de precedentes constitucionais vinculantes é a decisão da Corte Suprema brasileira que reconheceu a constitucionalidade da vedação ao deferimento de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública prevista na Lei n.º 9.494 de 10/09/1997 (MELLO; BAQUEIRO, 2017, ps. 676/685).

Na Ação Direta de Constitucionalidade n.º 4 – ADC 4, o Presidente da República e as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, em conjunto, requereram ao Supremo Tribunal Federal que declarasse a constitucionalidade do art. 1.º da Lei n.º 9.494/1997. O dispositivo em análise vedava a concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública acaso a decisão acarretasse: (a) a reclassificação ou equiparação de servidores públicos; (b) outorga de vencimentos; (c) a concessão de aumento ou extensão de vantagens ou que (d) esgotassem no todo ou em parte o objeto da ação (MELLO; BAQUEIRO, 2017, p. 677).

Os juízes e tribunais pelo país vinham deixando de aplicar o referido dispositivo por considerá-lo inconstitucional. Em razão disso, na ADC 4, os autores pediram o deferimento de medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal para o fim de determinar aos órgãos judiciais o cumprimento da norma.

A Corte Suprema, diante da multiplicidade de decisões provisórias que determinavam à Administração Pública o imediato pagamento de verbas de caráter alimentar, cuja recuperação pelos entes públicos é improvável, com afastamento do sistema de precatórios previstos na Constituição, considerou plausível a constitucionalidade do dispositivo em análise e deferiu liminar para determinar a suspensão da concessão de liminares que tivessem como pressuposto a inconstitucionalidade do art. 1.º da Lei 9.494/1997, sustando, inclusive, os efeitos futuros de decisões antecipatórias prolatadas anteriormente. A decisão foi tomada em 1998 (MELLO; BAQUEIRO, 2017, p. 677).

A cautelar deferida não foi bem recebida pelas instâncias inferiores. Isso porque, embora houvesse um descontrole em relação às liminares contra a Administração Pública que importavam em pagamento de recursos que dificilmente seriam recuperados, por outro lado havia, em muitos casos, uma maciça violação de direitos nas áreas de pessoal e previdência que acarretavam o não pagamento ou corte de valores devidos aos beneficiários, de caráter alimentar, que ensejavam forte impacto na subsistência dos jurisdicionados (MELLO; BAQUEIRO, 2017, p. 677).

Desse modo, a vedação de concessão de liminares que visassem o pagamento de verbas remuneratórias ou previdenciárias deixava os órgãos jurisdicionais vinculados impedidos de evitar arbitrariedades cometidas pelo Poder Público, prolongando no tempo a violação de direitos, que somente poderiam ser solucionados com o trânsito em julgado das ações (MELLO; BAQUEIRO, 2017, p. 677).

Essa situação causou a desobediência, cada vez mais frequente, dos órgãos vinculados à decisão cautelar tomada pelo Supremo Tribunal Federal. Em um desses casos, em 2000,

uma pensionista de servidor, de idade avançada, ajuizou ação requerendo antecipação de tutela para que fosse restabelecido o pagamento de parte de sua pensão, que teria sido ilegalmente cortada. No mérito, havia jurisprudência do STF no sentido de que a supressão do pagamento era ilegítima.

O juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre, então, deferiu antecipação de tutela contra o Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul – IPERGS para o fim de determinar ao ente público o pagamento de complementação de valor de pensão ao autor da ação.

Alegando ofensa à medida cautelar proferida na ADC 4, o IPERGS apresentou a Reclamação n.º 1.132-1/RS provocando o Supremo Tribunal Federal a se manifestar sobre a decisão provisória concessiva de pagamento pela Administração Pública. Ao analisar a decisão impugnada, a Suprema Corte entendeu que o caso específico possuía peculiaridades que o distinguiam da decisão cautelar proferida na ADC 4.

As razões para o *distinguishing* (distinção) foram as seguintes: (a) dada a idade avançada da autora, 86 anos, a impossibilidade de antecipação de tutela implicava negar-lhe o direito de acesso ao Judiciário porque a postulante poderia não viver até o momento da decisão de mérito; e (b) o pleito de restabelecimento do pagamento da verba estava alinhado com a jurisprudência do Supremo, no sentido da autoaplicabilidade do artigo 40, §5º, CF, com redação anterior à EC 20/1998, no qual o valor da pensão deve corresponder à integralidade dos vencimentos ou proventos percebidos pelo inativo em vida e que deveria ser revista na mesma data e proporção em que modificada a remuneração dos servidores em atividade.²

Durante o julgamento da reclamação ainda se ponderou quanto à interpretação literal do art. 1º da Lei n.º 9.494/1997, que veda a concessão de tutela antecipada que acarrete pagamento a *servidor público* e não a *pensionista* de servidores. O fundamento é acessório, mas serviu para reforçar o entendimento pela distinção em relação ao precedente obrigatório.

Os órgãos judiciais passaram, então, a deferir pedidos de antecipação de tutela em demandas previdenciárias contra a Fazenda Pública que beneficiavam tanto *pensionistas*, como no caso analisado na Reclamação 1.132-1/RS, quanto *servidores inativos*, estes não abrangidos na distinção realizada pelo Supremo Tribunal Federal. A análise da idade da parte requerente também não fazia diferença nem o fato de não haver jurisprudência consolidada no âmbito da Corte Suprema a amparar a tese levantada (MELLO; BAQUEIRO, 2017, p. 678).

Desse modo, ocorreu uma verdadeira reinterpretação, pelas instâncias vinculadas, da *ratio decidendi* da decisão cautelar proferida na ADC 4 pelo STF, de modo que se excluiu da vedação da concessão de antecipação de tutela o pagamento de verbas previdenciárias, chegando até mesmo à concessão de aposentadorias (MELLO; BAQUEIRO, 2017, p. 679). Esse cenário acarretou a aplicação de distinções *inconsistentes* pelos órgãos inferiores fazendo com que estes deixassem de cumprir o precedente vinculante oriundo da Suprema Corte, pois o consideravam injusto e não concordavam com ele (MELLO; BAQUEIRO, 2017, p. 679)³.

2 STF, DJU, 04.04.2003, Ag Rg na Rcl. n.º 1.132, rel. Min. Celso de Mello.

3 TRF5, DJ 06 set.2002, AG 20020500062340, rel. Des. Paulo Gadelha. TRF2, DJU 18 out. 2002, AG 2000.02.01.013101-9, rel. Des. Rogério Carvalho. TRF1, DJ 28 nov. 2002, AG 2002.01.00.014905-2, rel. Des. Tourinho Neto.

O primeiro julgado deferiu antecipação de tutela para concessão de aposentadoria. No segundo houve o restabelecimento de aposentadoria por invalidez. E no terceiro garantiu-se aposentadoria por tempo de serviço com proventos integrais. O primeiro e terceiro casos se referem à concessão de benefício e não ao restabelecimento de verba cortada. Nenhum dos casos trata de pensão ou de pessoa com idade avançada. As situações fáticas eram de trabalhadores da ativa sem ameaça para a subsistência. Em alguns desses não foram levantadas teses sobre a existência de entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal (MELLO; BAQUEIRO, 2017, p. 679).

Destarte, consolidou-se nos órgãos judiciais vinculados o entendimento de que antecipações de tutela relativas a benefício previdenciário não estavam acobertadas pela vedação contida no art. 1.º da Lei 9.494/1997 ou na decisão da ADC 4, mesmo que não houvesse outras condicionantes, semelhantes ou não às contidas no julgamento da Reclamação 1.132-1/RS (MELLO; BAQUEIRO, 2017, p. 679).

Para Patrícia Mello e Paula Baqueiro, a estratégia adotada pelas instâncias inferiores era clara: interpretavam da forma mais ampla possível a distinção feita pelo STF no julgamento da Reclamação 1.132-1/RS, abrindo o alcance da *ratio decidendi* da ADC 4. Desse modo o caminho era o da corrosão da norma extraída do precedente obrigatório decorrente da decisão cautelar do STF no processo objetivo (2017, p. 679).

A multiplicidade de decisões tomadas pelos órgãos judiciais vinculados concedendo verbas previdenciárias em sede de antecipação dos efeitos da tutela acarretaram uma grande quantidade de reclamações no STF por meio das quais o Poder Público requeria a cassação das decisões sob o fundamento de desrespeito à decisão vinculante na ADC 4⁴.

Diante desse cenário, o STF reapreciou a questão e aperfeiçoou o precedente, alterando parcialmente, do qual resultou na edição da Súmula 729 com a seguinte redação: *A decisão na ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária* (MELLO; BAQUEIRO, 2017, p. 680).

A partir daí o STF vem conferindo interpretação restritiva ao previsto no art. 1.º da Lei n.º 9.494/1997, reduzindo sua abrangência e negando reclamações em alguns casos em que entende cabíveis a antecipação de tutela contra o Poder Público, mesmo que acarrete pagamento em dinheiro (CUNHA, 2017, p. 309). Como exemplo, o Tribunal se manifestou pela possibilidade de concessão de tutela antecipada para pagamento de parcela indenizatória⁵.

Verifica-se, portanto, que as instâncias inferiores resistiram em atender ao precedente vinculante, forçando uma *distinção inconsistente* ou alargamento sobremaneira a distinção feita pelo STF, para o fim de conceder antecipações de tutela contra a Fazenda Pública, o que acarretou um grande volume de reclamações na Corte Suprema. Essa situação acabou por fazer a Corte Suprema rever sua decisão obrigatória, para aperfeiçoá-la, em um diálogo entre as instâncias, superior e subordinadas, até a cristalização do entendimento (MELLO; BAQUEIRO, 2017, p. 680).

4 STF, Rcl 798-2-PA, rel. Min. Octavio Galotti, DJ, 08 set. 2000; STF, Rcl 1015-5-RJ, rel. Min. Néri da Silveira, DJ, 24 ago. 2001; STF, Rcl 1.122-4-RS, rel. Min. Néri da Silveira, DJ, 06 set. 2001; STF, Rcl 1.014-7-RJ, rel. Min. Moreira Alves, DJ, 14 dez. 2001; STF, Rcl 1.603-0-SE, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ, 19 dez. 2002; STF, Rcl 1.601-3-SE, rel. Min. Ellen Gracie, DJ, 19 dez. 2002; STF, Rcl 1.257-3-RS, rel. Min. Sydney Sanches, DJ, 07 fev. 2003; STF, Rcl 1.578-5-RS, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ, 21 fev. 2003; STF, RclAgR 1.020-1-RJ, rel. Min. Octávio Gallotti, DJ, 21 fev. 2003.

5 STF, Pleno, Rcl-AgR 5.174/ES, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 27/11/2008, DJe 06/02/2009.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito brasileiro ainda caminha em direção a um sistema de precedentes. Houve evolução legislativa do tema, mas juízes e tribunais teimam em não aderir de modo satisfatório ao comando normativo emanado de um julgamento vinculante, mesmo que oriundo do Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Judiciário e guardião da Constituição.

Juízes e tribunais ordinários devem entender que o ordenamento jurídico determina a aplicação da lei emanada do Poder Legislativo e das decisões vinculantes das cortes superiores, no caso das de *status* constitucional, as oriundas do Supremo Tribunal Federal, em sua atuação como corte constitucional.

Isso porque cabe ao julgador aplicar a norma obrigatória cuja fonte é um órgão legitimado pelo sistema para emití-la. Não é dado à justiça ordinária afastar normas vinculantes, a não ser que sejam inconstitucionais. Havendo precedente constitucional vinculante, este deve ser aplicado quando o caso sob análise tenha os mesmos elementos identificadores.

Por outro lado, não se pode negar que a generalidade ou indeterminação da *ratio decidendi* dos precedentes contribui para gerar dúvidas, cria outros debates sobre a mesma matéria já decidida, e leva à utilização dos *obiter dictum*, às vezes proferido por um único membro da Corte e que não compõe a norma criada para se resolver os casos futuros, o que torna o precedente sem valor.

Verificou-se a existência desses problemas na resistência da justiça ordinária em aplicar o precedente vinculante decorrente do julgamento da ADC 4, que trata da concessão de liminar contra a Fazenda Pública. Nesse caso houve superação do precedente pelo Supremo Tribunal Federal decorrente do não acolhimento da decisão vinculante pelos órgãos judiciais inferiores.

Mas para que o *overruling* ocorresse se percorreu um longo caminho no qual foram aplicadas muitas vezes a distinção inconsistente ou afastado diretamente o precedente vinculante com o qual não se concordava. Nesse ínterim o jurisdicionado foi tratado de modo desigual a depender do juiz ou tribunal que analisava sua demanda. Essa falta de previsibilidade e de isonomia é exatamente o que os precedentes vinculantes tentam combater.

Desse modo, o direito brasileiro tem que evoluir seu sistema de precedentes, com avanço na qualidade da produção dessas decisões vinculantes. As razões de decidir, por exemplo, devem ser claras e precisas, identificando os elementos do paradigma a fim de ser utilizado corretamente em casos semelhantes posteriores.

Em um país onde as demandas judiciais crescem exponencialmente a cada dia, incluindo demandas de massa, um sistema bem montado de precedentes é importante ferramenta para a solução rápida de litígios semelhantes, auxiliando o Judiciário, prestigiando a isonomia, garantindo segurança jurídica e a eficiência da Justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELLÁN, Marina Felicia Gascón. **Autoprecedente y creación de precedentes en el Tribunal Supremo**. Teoría jurídica contemporánea, jul. dez., 2016.

ARROYO, Cesar Landa. **Los precedentes constitucionales, Cuestiones Constitucionales, México**, 2007, p. 173-216.

AZEVEDO, Gustavo. **Reclamação constitucional no direito processual civil**. [coordenação Leonardo Carneiro da Cunha]. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, (Processo civil contemporâneo).

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. – Coleção direito, desenvolvimento e justiça: série produção científica.

BELAUNDE, Domingo García. **De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional**. Anuario ibero-americano de justicia constitucional, Madrid, n. 3, 1999, p. 121-156.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – v. 2: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos**. 11. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **A dificuldade de se criar uma cultura jurídica argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC**. In: DIDIER JR., Fredie et al. Precedentes. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. **Obiter dicta abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos**, Rev. GV, vol. 14, n. 2. São Paulo, mai-ago. 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 14. ed. rev., atual., e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Vol. 1. 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DONIZETTI, Elpidio. **Curso de Direito Processual Civil**. 25. Ed. Barueri [SP]: Atlas, 2022.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

HERANI, Renato Gugliano. **Por uma doutrina latino-americana de precedentes constitucionais**. RBEC, n. 37, p. 37-58, jan. abr., 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A zona de penumbra entre o STJ e o STF**. São Paulo: RT, 2019.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **O Supremo e os precedentes constitucionais**: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil. Universitas IUS, v. 26, n. 2, p. 41-53, 2015.

_____. BAQUEIRO, Paula de Andrade. **Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal**. In: Revista Brasileira de Políticas Públicas. 17/07/2017. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4615>> Acesso em 11/11/2021.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDES, Ferreira Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (Série IDP).

PAULO NETO, Carlos Romero Lauria. **A decisão constitucional vinculante**. São Paulo: Método. 2011.

PEIXOTO, Ravi. A Técnica da Distinção (Distinguishing) e o CPC/2015. In: ARRUDA ALVIM, Thereza, et. al. (coord.). **O Novo Código de Processo Civil Brasileiro** – Estudos Dirigidos: Sistematização e Procedimentos. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SEGADO, Francisco Fernnández. **La Justicia Constitucional ante el siglo XXI**: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. México: UNAM, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TARUFFO, Michele. **El precedente judicial en los sistemas de civil law**. Revista Ius et Veritas, n. 45, dez., 2012, p. 88-95.

TAVARES, André Ramos. **O juiz e a jurisprudência constitucional vinculante**. In: Paradigmas do judicialismo constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.

THAMAY, Rennan. GARCIA JÚNIOR, Vanderlei, FROTA JR, Clóvis Smith. **Precedentes judiciais**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

TOCCI, María L. G. **Algunas reflexiones sobre la obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**. Revista Jurídica UCES, 2014, p. 139-155.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza. NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação do ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Mulheres na *internet*: o papel do poder público no combate ao sexismo e à misoginia nas redes sociais

Thaís Carvalho Batista Franco de Moura¹

RESUMO

O estudo analisa a violência contra as mulheres, especificamente a misoginia e o sexismo na *internet*. Diante da popularização das redes sociais, a problemática dos discursos de ódio faz com que haja a necessidade de se encontrar soluções que possam corroborar com a integridade física e psicológica das mulheres. Este é um desiderato que envolve tema sensível quando se considera a estrutura social fundada no modelo do patriarcado, cujo fundamento é a inferioridade das mulheres em relação aos homens. Por outro lado, há movimentos que invocam respostas para a aglutinação de interesses dos grupos socialmente vulneráveis, o ciberfeminismo. Ainda, a atuação da mulher na sociedade contemporânea mostra a tecnologia se mostra, também, aliada à desconstrução dos estereótipos patriarcais. Assim, frente à relevância do tema, sugere-se a adoção de ações estatais com vistas a disseminar uma cultura favorável ao respeito da diversidade.

Palavras-chave: Redes sociais. Mulheres. Misoginia. Sexismo. Direito Público.

1. INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico, considerado como fenômeno disruptivo na sociedade contemporânea, possibilitou novas formas de relacionamento entre as pessoas na sociedade mundial. A fluidificação das fronteiras territoriais e a velocidade das informações marcam o presente cenário comunicacional em escala transnacional, onde, à luz de Castells (2005) manifesta um período novo e que demanda particular atenção. Na mesma perspectiva, é o que Achmad (2021) se refere ao tratar da Sociedade 5.0 fortemente balizada pela rede mundial de computadores². Se por um lado esta ferramenta facilita a comunicação e promove o entretenimento, por outro lado, há casos recorrentes de abuso do direito de liberdade de expressão na forma de discursos de ódio proferidos nos ambientes virtuais (HARFF; DUQUE, 2020).

1 Doutora em Direito - UFMG. Mestre em Direito - UEA. Master of Laws pela Università di Pisa – Itália. Membro da Comissão de Direito Digital - OAB/AM. Pesquisadora - Projeto Vulnerabilidades Digitais - DPE/AM. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa - Direito Antidiscriminatório e Marginalizações Sociais na Amazônia - UFAM. Pesquisadora da Clínica de Direito LGBTQIAP+ – UEA. Pesquisadora da Clínica de Direito dos Animais – UEA. Especialista Direito Público e Direito Tributário - CIESA. Advogada. Professora Universitária.

2 Uma das características mais expressivas deste panorama diz respeito ao uso das redes virtuais de relacionamento social.

Fator essencial para o supracitado marco nos diálogos dos ambientes *on-line* está no processo de interlocução em que é percebida uma mudança na postura dos interlocutores. O processo bilateral do diálogo dá lugar a demonstrações de controle, manipulação e superioridade na expressão virtualizada da comunicação em rede. Assim, a propagação de discursos odiosos contra determinados grupos sociais traz à baila discussões sobre a linha tênue entre a liberdade para se expressar e o mau uso da *internet*, o que fere frontalmente a dignidade das pessoas que sofrem com episódios de *hate speech* (OLIVA; ANTONIALLI, 2018). Um dos problemas decorrentes desta realidade diz respeito à violência de gênero contra as mulheres.

O machismo estrutural é um dos fatores que corroboram para o agravamento do cenário. Não se trata apenas de violência física, considerando que há múltiplas formas de exteriorização, como a manipulação e pressão psicológicas, sendo que ambas trazem importantes consequências negativas no bem-estar das mulheres (BERTAGNOLLI, 2020). Entretanto, é oportuno mencionar que a violência e a discriminação de gênero não são um fenômeno recente, posto que, historicamente, as mulheres enfrentam inúmeros estigmas sociais frutos de arranjos sociais do tipo patriarcal (ESCOBAR, 2019).

Diante deste cenário, é oportuno mencionar o papel do direito público na tomada de decisão e formulação de ações com vistas a minimizar o sexismo e a misoginia nos ambientes virtuais. Consoante Campos (2023), o termo direito público é diretamente correlato à ideia de Estado Civil. Por sua vez, com relação à edição de legislações, é possível observar a presença de leis emblemáticas, como, por exemplo, a Lei Maria da Penha (2006), promulgada com o objetivo de estabelecer um marco no combate à violência contra as mulheres. Mais recentemente, em 2018, com a edição da Lei nº 13.642, conhecida como Lei Lola, o termo misoginia passou a ser objeto de investigação dentre o rol de crimes cometidos na *internet*³.

Com efeito, o objetivo geral desta pesquisa consiste em elucidar sobre o papel do direito público no combate ao sexismo e à misoginia na *internet*. Consoante Escobar (2019), a violência de gênero é um problema que não é exclusivo da sociedade hodierna, mas com a popularização das redes sociais, a conduta ganhou mais um espaço para ser manifestada. No contexto de profundas transformações geradas pelos avanços da sociedade em rede (CASTELLS, 2005), torna-se premente discutir maneiras de não somente cumprir as leis já existentes cujo conteúdo traz a positivação da tutela de mulheres contra as manifestações violentas (BRASIL, 2006; 2018), mas também ações focadas na formação política e cívica em prol de uma sociedade que respeite as minorias, os grupos vulneráveis e, portanto, a diversidade. Neste quadro social almejado, o empoderamento feminino é fundamentalmente reconhecido e integra a multidisciplinaridade sociológica de uma coletividade plural (MESQUITA *et al.*, 2022).

O estudo se justifica por duas razões. A primeira delas é teórica e visa colaborar avigorar o estado da arte pertinente à misoginia e ao sexismo. Diante dos desafios impostos pelo uso massivo das redes sociais, torna-se oportuno discutir formas de combate aos discursos de ódio na *internet*, os quais fazem com que os espaços de discussão das redes virem palco, inclusive, de linchamentos virtuais (MACEDO, 2018). O segundo fator que corrobora para a pesquisa é de natureza prática e visa chamar a atenção para os problemas decorrentes da prática indiscriminada da misoginia e do sexismo, ocorrências estas que configuram um quadro ainda mais grave da desigualdade de gênero (AZEVEDO, 2014)⁴.

3 As tipologias referidas na lei se caracterizam pela disseminação de conteúdos misóginos.

4 À luz do que é proclamado na Agenda 2030, a promoção de ações que possam ajudar a combater a violência de gênero é algo fundamental

Com relação aos aspectos metodológicos, um dos apoios que sustentam este estudo é a pesquisa bibliográfica. Para Gil (2019), este tipo de pesquisa se mostra pertinente para as ocasiões em que o pesquisador se debruça sobre materiais que anteriormente discutiram as temáticas de pesquisa por ele buscadas em seu percurso investigativo. Assim, a prática de pesquisa se perfectibilizou na busca por conteúdos que versassem essencialmente sobre discursos de ódio na *internet*, misoginia, sexismo e as possíveis interfaces com o direito público.

Por fim, a pesquisa é também do tipo explicativa. Para Vergara (2016), estudos deste tipo se dedicam a investigar os motivos que corroboram para a ocorrência de um dado fenômeno, tornando-o mais inteligível. Assim, buscou-se identificar os problemas decorrentes do sexismo e da misoginia na *internet*, bem como as possíveis frentes de trabalho que podem ser tomadas para minorar os efeitos destes problemas à luz do direito público.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A MISOGINIA E O SEXISMO

O termo misoginia remete a desprezo, ódio ou preconceito manifestados de forma discriminatória em relação à mulher individualmente considerada ou, ainda, a um grupo de mulheres (OLIVEIRA, 2020). Dentre as formas de exteriorização, menciona-se a exclusão, a hostilidade e a discriminação das mulheres, fatos que normalmente são acompanhados da consolidação de um *status* onde há a supremacia masculina em detrimento à figura feminina (CAICEDO-ROA; CORDEIRO, 2023).

Isto faz com que os estereótipos e as manifestações sociais suportadas por mulheres ao longo da história permaneçam consolidados como retratos naturalizados da realidade feminina. Destarte, a imagem da mulher como figura adstrita exclusivamente ao ambiente doméstico ou “donas de casa” - esposa e mãe - representa um modelo reducionista, de forma que, mulheres que contrapõem o cenário são vistas como indignas, o que justificaria o fato de não serem merecedoras de inúmeros direitos (ESCOBAR, 2019).

Historicamente, as mulheres - assim como também ocorreu com estrangeiros, negros e outros grupo vulneráveis - foram colocadas à margem de assuntos considerados de interesse público. A própria estrutura societária que por muitas décadas se consolidou ilustrava a mulher como um ser inferior ao homem. Se de um lado, a figura feminina era vinculada aos cuidados domésticos, por outro, aos homens era permitido acessar e manifestar-se em espaços públicos, tomar decisões e tomar posse do exercício de poderes não somente públicos, como também em todas as áreas sociais, influenciando e dominando espaços privados característicos dos fundamentos e vetores do patriarcado social (AZEVEDO, 2014; ESCOBAR, 2019).

Note-se, que ainda nesse contexto, determinadas partes que integram a estrutura social já demonstram a mulher relegada a um segundo plano. Uma destas partes diz respeito à família. Num panorama da sociedade patriarcal, a figura do homem, comumente associada aos papéis de esposo e de pai inspiram respeito, hierarquia e obediência, enquanto a mulher estaria em um patamar inferior, sendo responsável por tarefas domésticas e cuidados com os filhos (BRUM; LIMA, 2022). Nessa perspectiva, os ambientes misóginos existem quando se considera, também, o fato de mulheres que contrapõem este estado das coisas serem reprimidas, entre outras maneiras, de forma hostil (CAICEDO-ROA; CORDEIRO, 2023).

Com efeito, especialmente nesta abordagem, é oportuno compreender os tipos de sexismo. O primeiro deles é chamado de sexismo hostil. Como o próprio conceito sugere, esta vertente acontece nos casos em que a mulher se posiciona contra o padrão de coisas, comportamentos e situações em que ela é vista como inferior à figura masculina, numa relação de servidão e obediência ao homem (COSTA, 2022). Por sua natureza hostil, esta manifestação sexista se notabiliza pela punição para as mulheres que ousem se rebelar contra um padrão de relações sociais que por anos se enraíza e até hoje é consolidado (COSTA, 2022; ESCOBAR, 2019).

Pode-se dizer que o sexismo hostil é a forma mais tradicional de preconceito contra a mulher. Nesta perspectiva, há o reforço dos estereótipos que são comumente vinculados de forma errônea à figura feminina. Aspectos como fragilidade e inferioridade, sejam físicas ou cognitivas das mulheres em relação aos homens são constantemente reforçados com vistas a fortalecer a crença de que não haja por parte das mulheres a capacidade de lidar com situações desafiadoras, seja no campo político, social, legal ou econômico (SOUZA, 2022). Assim, a mulher é vista como um ser inferior que não seria capaz de desempenhar outras tarefas que não fossem de cunho doméstico ou materno.

A razão para que esta visão distorcida ainda se perpetue em pleno século XXI pode ser explicada mediante as relações de poder que caracterizam o padrão de sociedade patriarcal. Nesta conjectura, o homem é o detentor do poder e do prestígio, sendo o único gênero a usufruir de direitos e privilégios que seriam, supostamente, negados às mulheres. Com mencionado, quaisquer figuras femininas que se rebelarem contra este paradigma é vista intenção de usurpar o poder masculino, o que justificaria os comportamentos hostis (COSTA *et al.*, 2022).

A segunda espécie de sexismo demonstrado pela literatura é o chamado sexismo benevolente. Embora se denote uma primária impressão positiva, na realidade o que se vê é uma forma menos aberta de sexismo. Isto é explicado por Marques (2021), cujo estudo revela que o paternalismo e o senso de proteção são características que fazem com que este sexismo receba a nomenclatura. A lógica para entender o sexismo benevolente é: ainda que seja uma categoria menos evidente, a benevolência a ele atribuída não é real, posto que seus comportamentos, que num primeiro momento parecem positivos, na verdade, são negativos.

No sexismo benevolente, o que se observa é o reforço (ainda que de maneira menos agressiva, mas igualmente prejudicial) da fragilidade feminina, fator que seria suficiente para justificar a imagem do homem como protetor e, portanto, superior à mulher. Na prática, tais comportamentos apenas reiteram as supostas diferenças entre mulheres e homens, sendo atribuído às mulheres a forma de indivíduo fraco e que não conseguiria - sem a proteção masculina - superar desafios (HESSEL, 2021).

O que se percebe na maioria dos casos é que o sexismo benevolente acaba sendo a porta de entrada para a ocorrência de situações negativas que impactam negativamente a saúde mental da mulher. Isto engloba, dentre outros pontos, a dominação, a opressão e o recrutamento de violências físicas e/ou psicológicas das quais as mulheres são vítimas diariamente (STEWART, 2014). Em outras palavras, a visão benevolente do sexismo recrudescer a visão da mulher como um ser menor e dependente do homem, gênero supostamente mais forte e inteligente (SOUZA; CARDOSO, 2020).

O terceiro tipo de sexismo é apontado como ambivalente, no qual há a combinação do sexismo benevolente e do sexismo hostil. Neste cenário ocorre, portanto, situações em

que as mulheres são punidas por se declararem contra o *status quo* em que são constantemente inferiorizadas, como também consequências decorrentes da visão cíclica da mulher como sexo frágil e demandante de constante proteção (GASPODINI; FORMIGA; FALCKE, 2019). Assim, de forma velada, o sexismo ambivalente demonstra uma falsa preocupação com as mulheres, uma vez que a suposta proteção a elas prometida é, na verdade, um instrumento de opressão e dominação (STEWART, 2014).

Por fim, imperioso mencionar que todas as espécies de sexismo aqui demonstradas não corroboram para a existência de uma sociedade mais justa e igualitária, ao revés, suas manifestações nos mais diversos contextos sociais reproduzem todos os padrões enraizados e extremamente consolidados na sociedade fruto do patriarcado.

3. AS REDES SOCIAIS E A DESIGUALDADE DE GÊNERO NA INTERNET

Se por um lado a misoginia e o sexismo ainda persistem de forma consolidada no século XXI, por outro, há movimentos que invocam debates, respostas e a formação de ambientes aptos ao desenvolvimento e à criação de bases para a aglutinação de interesses dos grupos socialmente vulneráveis.

O discurso feminista é parte que integra tantos outros relacionados às causas – semelhantes, ou não – de grupos minoritários e, oportunamente, levanta a discussão tanto em sentido estrito aos direitos das mulheres, mas também, em sentido macro, reverberando, por exemplo, as pautas da diversidade e tolerância.

Nos ambientes virtuais de relacionamento o cenário se repete e as discriminações fundadas nas questões de gênero ainda representam lutas a serem vencidas pela sociedade virtual contemporânea. A herança discriminatória suportada pelas mulheres é ampliada e a sobreposição da violência – agora virtual – ganha outra roupagem e vieses multifacetados de exteriorização, dentre os quais o discurso odioso.

As inovações tecnológicas estão cada vez mais incorporadas no cotidiano ordinário das pessoas e a velocidade com que as transformações digitais ocorrem faz com que novas formas de interfaces sociais sejam consolidadas (CASTELLS, 2005). Nesta nova – ou nem tanto – realidade, em que problemas estruturais são percebidos de formas diferentes das já enraizadas expressões sociais, o problema está virtualização da palavra e na maneira com que os indivíduos fazem uso da palavra nestes ambientes.

A Carta Constitucional (BRASIL, 1988) garante a liberdade de expressão como um direito fundamental da sociedade democrática. Entretanto há uma linha tênue – e muito discutida – entre o exercício livre da palavra e seu uso indevido, o que pode gerar sérias e, até, irreversíveis consequências às individualidades humanas de pessoas socialmente vulneráveis.

Na *internet* e, especificamente nas redes sociais, as agressões tornam-se cada vez mais recorrentes, sendo percebidos, inclusive, grupos, páginas ou correntes dedicadas exclusivamente a propagação do discurso odioso ou *hate speech*. A pesquisa de Azevedo (2014) ratifica esses termos, quando observou comentários do sítio *online* Pensando Pensamentos, que revelou a criação de um espaço virtual onde são permitidas – e até incentivadas – manifestações misóginas e reacionárias.

Discursos odiosos proferidos com embriões misóginos apenas reforçam o quadro demonstrado por Gaspodini, Formiga e Falcke (2019), onde a figura masculina é superior a

feminina, o que lhe permitiria tomar determinadas atitudes em decorrência do quadro social garantido pelo patriarcado e materializado em estruturas sociais sob exterioridades de classe, gênero e raça. Assim, com as redes sociais, a prática do sexismo - seja na sua configuração mais branda ou mais evidente ganha novas interfaces, representando mais uma forma de reforço dos padrões e estereótipos de opressão contra as mulheres, colocando-as em um espaço de subjugação, coadjuvantes sociais e imóveis ao domínio masculino (SOU-SA; CARDOSO, 2020).

Nessa perspectiva, as práticas recorrentes de misoginia *online* são apenas alguns dos exemplos de atos de violência suportados pelas mulheres. É certo que antes das redes sociais, as ameaças, a exploração sexual, as agressões, as intimidações e as provocações já existiam como forma de omitir a voz ou diminuir o papel das mulheres na sociedade (ESCOBAR, 2019). Desta forma, quando ocorrem discursos misóginos *online*, há o reforço da desigualdade de gênero - onde o fato de *ser mulher* e todas as construções sociais conexas a esta condição são carregadas de preconceitos, ódio e crueldade contra a figura feminina (AZEVEDO, 2014).

Um dos espaços que vêm sendo intensificados nas últimas décadas como representativos de ambientes livres para a discussão sobre misoginia e sexismo diz respeito ao movimento feminista (MOORE, 2015). Este, propõe a instituição de um novo lugar de fala às mulheres, qual seja, o questionamento do exercício - e dos limites - do poder masculino sobre as vozes, os corpos, a sujeição das mulheres e, especificamente, das estruturas sociais fundadas no patriarcado e na forma com que as mulheres são vistas e ocupam lugares na sociedade.

A propagação de discursos desta natureza na sociedade contemporânea virtualizada é analisada por Azevedo (2014), que observa a disseminação de discursos misóginos de forma naturalizada, ainda que existam espaços embriões que contrapõem essas práticas. Para Morato (2017), as consequências das redes de relacionamento social foram além da criação de perfis pelos cidadãos digitais e da livre manifestação sadia de opiniões e informações. Em uma análise mais acurada, como demonstrado, são nesses ambientes, que os discursos odiosos - misóginos e sexistas - reproduzem o pensamento patriarcal e opressor, reiterando a sobreposição de poder e a discriminação de gênero.

A título exemplificativo, existe um movimento de misoginia *online* denunciado recentemente às autoridades chamado de *red pill*, as atuações são disfarçadas de orientações por *coaches* que defendem e propagam nas redes sociais ideias distorcidas e equivocadas sobre o feminismo. Dentre as quais, que o feminismo é antagônico a machismo, como se mulheres buscassem a inversão de papéis com homens e, portanto, almejam ser superiores. Como mencionam Perregil e Pires (2023), apesar de movimentos desta natureza ainda representarem grupos extremistas na *internet*, a intenção é sempre a mesma, qual seja, a distorção ou simulação da realidade e fazer com que as mulheres - oprimidas historicamente pelos padrões sociais instituídos - sejam transformadas em sujeitos que estejam almejando uma espécie de privilégio e domínio sociais.

No mesmo sentido, e em uma perspectiva analítica mais ampla, é percebido que não são apenas as mulheres que sofrem com discursos odiosos na *internet*. A pesquisa realizada por Fernandes (2021) demonstrou que além do sexismo, discriminações de cunho religioso e racial também são recorrentes, sendo que ambos os casos foram analisados com base nas estatísticas das ocorrências registradas em ambientes de instituições de ensino superior. Outros índices, como o estudo de Morato (2017), demonstram a alta incidência de *cyberbullying* contra pessoas LGBTQIAP+.

Em complemento a estas investigações, Azevedo (2014) revelou que no ciberespaço, as pessoas – enquanto sujeitos digitais – utilizam o ambiente como verdadeiras arenas discursivas, onde há disputas declaradas e, conseqüentemente, discursos violentos, odiosos e, até mesmo, os reconhecidos linchamentos virtuais (MACEDO, 2018).

Todos esses fenômenos virtuais são reconhecidos como *hard cases* – em outras palavras, casos de complexa resolução, seja pelos valores envolvidos, pelo fato de se submeterem a mais de uma jurisdição (multiterritorialidade ou transterritorialidade) e pela ocorrência em redes de relacionamento social na *internet*. São diversas vertentes de análise e todas com grande sensibilidade e complexidade, quando se considera que antes do advento das redes sociais tais problemas, assim como debates para minimizar seus efeitos já existiam. Agora os referidos objetivos persistem nas relações sociais típicas, mas se estenderam e ganharam novas interfaces nas interações virtuais (OLIVA; ANTONIALLI, 2018).

Se por um lado os discursos de ódio são um problema a ser discutido e solucionado, por outro lado não se pode negar as conquistas que as mulheres alcançaram na sociedade. Atualmente, com o conflito de direitos nas redes e as diversas conseqüências das novas tecnologias nas relações inter-humanas, surgiu um movimento que propõe uma contranarrativa aos discursos odiosos e violência de gênero contra as mulheres na *internet*, o ciberativismo feminista, ou seja, uma espécie de ativismos nas redes, de forma digital, que difunde e denuncia casos e divulga informações e orientações a mulheres sobre formas de violência de gênero virtuais, misoginia e sexismo (PERREGIL, PIRES, 2023).

Movimentos como estes contrapõem tanto a visão opressora do sexismo, onde a mulher é flagrantemente hostilizada, como também a ideia da falsa proteção, onde a figura feminina é vista como frágil (STEWART, 2014). Desta forma, e com muita luta, as mulheres vêm suplantando barreiras, provando e superando barreiras, ocupando seu lugar na sociedade (UATANABE, 2019).

4. DIREITO PÚBLICO E FORMAÇÃO POLÍTICO-CÍVICA PARA UMA SOCIEDADE MENOS SEXISTA E MISÓGINA

De acordo com a Carta Constitucional (BRASIL, 1988), todos são iguais perante a lei. No cenário global, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) positiva no mesmo sentido e reitera diversos direitos necessários para a construção de uma sociedade mais justa. Um destes direitos previstos no diploma transnacional é a educação como um caminho necessário para a formação de cidadãos que resguardem a diversidade humana (BERBEL, 2012; FREIRE, 1996).

No Brasil, a Constituição Federal garante (BRASIL, 1988) não somente a educação, mas também a responsabilidade do Estado. Nesse sentido, o Estado Brasileiro pode viabilizar a garantia destes direitos por meio de legislações com vistas a gerar as melhorias em diversos sentidos à população. Tais garantias são materializadas por meio do direito público que apresenta como um dos principais objetivos o bem geral e coletivo (KLINGOFFER, 2023). Neste sentido, as leis e normas criadas à luz do direito público são voltadas para atender as demandas da sociedade, gerando, assim, impactos sobre ela. Pessoa, Aguiar e Zogahib (2022) resumizam a diferença entre direito privado e público, ao mencionar que o direito público é correlato ao Estado, enquanto a prática do direito privado visa atender finalidades particulares das pessoas.

Desta forma – e especificamente quanto ao objeto deste estudo - é correto afirmar que nas últimas décadas, além da ideia de igualdade presente na Constituição de 1988, legislações foram criadas com vistas a reduzir os índices de violência contra as mulheres. Um exemplo representativo é a edição da Lei nº 11.340 (BRASIL, 2006) que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher corroborando com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e que cria Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher no Brasil. Com isso, os legisladores da época criaram dispositivos legais que preveem sanções aos infratores, o que se mostra congruente com o cenário proposto pelos referidos diplomas legais. (MOREIRA, 2022).

A Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) representou marco no combate à violência contra a mulher, ao sexismo e à misoginia, uma vez que, historicamente, as mulheres nunca foram reconhecidas como detentoras do poder decisório (ESCOBAR, 2019). Kodama (2022) corrobora desta visão ao mencionar que em várias épocas da humanidade, o poder era exercido pelos homens sem que houvesse alguma oposição para a relação desigual estabelecida.

Insta mencionar, contudo, que embora haja leis no sistema jurídico pátrio que positivam a salvaguarda às mulheres quanto a integridade física e psicológica, o cenário gerado com a popularização das redes sociais inspira cuidados particulares e a ampliação dos debates sobre misoginia e sexismo na *internet* (AZEVEDO, 2014). É neste contexto que se revela a premência de que o Estado passe a investir em ações voltadas à educação e à formação político cívica da população, na perspectiva de se alcançar uma sociedade mais justa e menos propensa a reproduzir os paradigmas de uma sociedade patriarcal.

Tais objetivos, exigem, entretanto, um profundo repensar sobre o convívio com o próximo, sobre o respeito às diferenças, sobre tolerância e, portanto, sobre diversidade. Nos últimos anos, o Brasil revelou vertentes de padrões altamente misóginos, por exemplo, no campo decisório político. Isto foi fruto de governos autoritários que, usando slogans, inclusive, de cunho religioso, acabam estimulando o padrão sexista de que os homens devem estar no controle da sociedade, com as mulheres relegadas a uma posição de subalternidade (ESCOBAR, 2019; MARTINS, 2023).

Discursos como estes - muito comuns em governos passados em realidade próxima experienciada pela população brasileira - não contribuem para uma sociedade realmente democrática. Neste cenário ansiado, as mulheres não categorizadas e nem inferiores. À luz da Constituição Federal (BRASIL, 1988), todos são iguais perante a lei. Daí a necessidade de o Estado investir de forma mais frequente em ações para a formação político cívica da população, com vistas a formação de cidadãos participativos, detentores de espírito crítico e à participação ativa e equânime na sociedade (GIROUX, 2023).

Os problemas e desafios representativos do objeto desta pesquisa são analisados também por Martins (2023) que revela as visões reacionárias e opressoras consolidadas entre a população brasileira por meio das redes virtuais de relacionamento social, em especial sobre aquelas que participam do movimento feminista. Educadores e movimentos correlatos às pautas sobre vulnerabilidades digitais – também atuantes no campo do gênero, raça e sexualidade são igualmente perseguidos por defenderem uma sociedade menos atrelada ao padrão patriarcal (NEPTUNE, 2023). Estas visões deturpadas acabam gerando preconceitos contra estes e outros grupos vistos como minorias na sociedade, o que potencializa, em determinados casos, os já referidos linchamentos em ambientes digitais (MACEDO, 2018).

As ações de educação aqui propostas não abarcam apenas projetos ou programas voltados para estudantes, mas também para as próprias mulheres. Isto é explicado por Álvares (2020), cujo estudo revela alto índice de mulheres com baixíssimo ou nenhum grau de instrução sobre as pautas de gênero, sexualidade, violências, misoginia, sexismo e discursos odiosos *online*. Demonstra, ainda, grupos de mulheres mais vulneráveis que outras, cujo grau de escolaridade é baixo ou inexistente. Mulheres destes grupos acabam se sujeitando a violências físicas ou psicológicas com mais frequência, situação que potencializa a discriminação, a violência e perpetua o sistema distorcido do patriarcado. Nestas situações, o medo de enfrentar represálias do companheiro é um dos fatores mais relatados, o que impede, vicia, ou anula a medição de ocorrências e denúncias.

Insta mencionar, ainda, que à luz da Agenda 2030 e seus objetivos do desenvolvimento sustentável, circunstâncias como assédio moral ou sexual no trabalho e demais contextos desfavoráveis às mulheres tendem a ser combatidos com mais frequência (MARTINS, 2022). Além disso, estas ações são necessárias para que noções de cidadania sejam disseminadas com maior tenacidade (SILVA, 2022).

Por fim, embora as plataformas digitais possuam políticas próprias de combate ou minimização da violência de gênero nos ambientes virtuais, o tema ainda é controverso e ações de educação e formação político cívica são imprescindíveis para que o convívio entre pessoas, em ambientes reais ou virtuais seja harmônico. O exercício da cidadania perpassa mandatoriamente pela promoção de ações educacionais (GIROUX, 2023). Neste sentido, o Estado possui estruturas para, por exemplo, instituir programas voltados à conscientização sobre a violência de gênero, patriarcado e abusos *online* que decorram de episódios de sexismo e misoginia. São alternativas que não excluem outras, porquanto a interdisciplinaridade é fio condutor não somente para os debates, como também para a construção de qualquer programa ou política governamental neste sentido.

5. CONCLUSÃO

As novas tecnologias influenciaram as relações inter-humanas ampliando o contato entre diferentes culturas, pontos de vista, e fundamentos sociais historicamente construídos e estabelecidos. As tecnologias de *internet* foram potencializadas através das redes sociais e, neste ambiente, os discursos odiosos, especificamente voltados às mulheres, revelam novas interfaces de violência de gênero, misoginia e sexismo.

O estudo buscou tecer breves considerações sobre a misoginia e o sexismo quando praticados na *internet* e sobre o papel do direito público no desenvolvimento de ações que possam reduzir a violência de gênero em espaços virtuais. A prática de pesquisa permitiu constatar que modelos de sociedade fundadas no patriarcado permanecem no século XXI e são transportados para discursos *online* em discursos que sustentam a desigualdade e a discriminação entre dessemelhantes e, sobretudo, sobre grupos socialmente vulneráveis dos quais as mulheres fazem parte. A exteriorização do sexismo, seja hostil, benevolente ou ambivalente ganha nova interface nas redes sociais e representa obstáculo à formação de uma sociedade livre, justa e igualitária. É neste sentido que o direito público, através do exercício do poder estatal, deve criar os meios necessários para impedir que ações deste tipo ocorram.

O Brasil é signatário de instrumentos internacionais e reflete internamente a perseguição pela instituição de um sistema que garanta a igualdade entre homens e mulheres. A educa-

ção é um dos direitos positivados na Carta Constitucional como caminho para conscientização de problemas sociais, aglutinação de saberes e promoção da cidadania e é a partir da propagação destas ideias nas redes sociais que mulheres do movimento feminista – ciberativismo feminista ou ciberfeminismo - e em prol das minorias sociais estão provocando as instituições a agirem de forma coordenada contra o fenômeno de forma a democratizar o acesso à pauta e reiterar a importância de ações de formação educacional, político cívica entre a população brasileira.

REFERÊNCIAS

ACHMAD, W. **Citizen and netizen society**: the meaning of social change from a technology point of view. *Jurnal Mantik*, v. 5, n. 3, p. 1564-1570, 2021.

ÁLVARES, M.L.M. **Empoderamento feminino nas associações de mulheres do estado do Pará**. *Humanitas*, v.1, n.2, p. 31 – 48, 2020.

AZEVEDO, A.E.S. **Likes para o sexismo**: desigualdades de gênero reproduzidas na página Pensando Pensamentos. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Comunicação Social). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

BERBEL, N. A. N. **A metodologia da problematização com o Arco de Maguerz**: uma reflexão teórico-epistemológica. Londrina, PR: SciELO-EDUEL, 2012.

BERTAGNOLLI, G.B.L. **Misoginia em redes sociais**: uma forma de violência contra as mulheres. *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, p.1 – 21, 2020.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Brasília: Congresso Nacional, 1988.

BRASIL. **Lei nº 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 2006.

BRASIL. **Lei nº 13.642**, de 3 de abril de 2018. Altera a Lei nº 10.446, de 8 de maio de 2002, para acrescentar atribuição à Polícia Federal no que concerne à investigação de crimes praticados por meio da rede mundial de computadores que difundam conteúdo misógino, definidos como aqueles que propagam o ódio ou a aversão às mulheres. Brasília: Congresso Nacional, 2018.

BRUM, M.; LIMA, P.G. **BASTA**: campanha de fotografia e design pelo combate à misoginia. Revista Poliedro, v.6, n.8, p.1 – 18, 2022.

CAICEDO-ROA, M.; CORDEIRO, R.C. **Análise de casos de feminicídio em Campinas, SP, Brasil, entre 2018 e 2019 por meio do modelo ecológico da violência**. Ciência & Saúde Coletiva, v.28, n.1, p.23 – 36, 2023.

CAMPOS, O.A. **Obediência e revolução em Immanuel Kant**: a derivação do dever jurídico a partir da ideia do direito. Tese (Doutorado em Filosofia). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2023.

CASTELLS, M. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e terra, 2005.

COSTA, L.L.A. **Toda mulher na política me representa? Normatividade e ideologia no apoio a uma candidata**. Tese (Doutorado em Psicologia Social). Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2022.

COSTA, L.L.A. et al. **Conflito com a lei e sexismo**: percepções de adolescentes de Sergipe. Revista Latino americana de Ciencias Sociales, v.20, n.1, p. 1 -21, 2022.

ESCOBAR, P.E.S. **Misoginia e internet**: a manifestação do ódio contra mulheres no ambiente virtual e as possíveis implicações da Lei nº 13.642/2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito). Universidade Federa da Paraíba, Santa Rita, 2019.

FERNANDES, C.M. **Desigualdades raciais e de gênero na educação superior no Brasil**. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021.

FREIRE, P. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

GASPODINI, I.B.; FORMIGA, N.S.; FALCKE, D. **Evidência psicométrica da estrutura fatorial do sexismo ambivalente em profissionais de psicologia do Brasil**. Actualidades en Psicología, v. 33, n. 127, p.21 – 36, 2019.

GIL, A.C. **Como elabora projetos de pesquisa**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

GIROUX, H.A. **Educação, cultura e lutas pela democracia**: escritos contemporâneos sobre o maquinário neoliberal. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2023.

HARFF, G.; DUQUE, M. S. **Discurso de ódio**: perspectivas do Direito Comparado. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, v. 48, n. 2, p. 264-295, 2020.

HESSEL, B.R.C.C.B.A. **Um estudo experimental sobre preconceito de gênero, empatia e culpabilização da vítima de violência sexual.** Dissertação (Mestrado em Psicologia). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021.

KLINGOFFER, H.(Y). **Direito público e direito privado** (resumo da teoria de Hans Kelsen). Revista de Direito Civil Contemporâneo, v.32, n.9, p. 415 – 422, 2023.

KODAMA, T.C.D.M. **Dicotomia entre o direito público e o direito privado.** Revista Internacional da Academia Paulista de Direito, n.9, p.330 – 343, 2022.

MACEDO, K. T. M. **Conflitos Sociais Contemporâneos:** possíveis causas e consequências dos Linchamentos Virtuais. Humanidades & Inovação, v. 5, n. 4, p. 197-208, 2018.

MARQUES, A.M.C. **Sexismo na indústria da moda** – desigualdade entre sexos no mercado de trabalho. Dissertação (Mestrado em Design de Moda). Universidade da Beira Anterior, Beira, 2021.

MARTINS, M.L.A. **Trabalho, mulher e igualdade:** breves reflexões sobre o Programa Emprega + Mulheres. Rev. do Trib. Reg. Trab. 10º Região, v.26, n.2, p. 66 – 76, 2022.

MARTINS, G.C. **Monoteísmo político:** a distinção mosaica e a oclocracia brasileira. Projeto História, v.76, p.89- 117, 2023.

MESQUITA, F.F. et al. **Direito e literatura:** o discurso sexista contra a mulher em postagens da mídia social Twitter, trabalhado à luz da igualdade da lei Maria da Penha. Cadernos de Gênero e Tecnologia, v. 15, n.46, p.177 – 196, 2022.

MOORE, R.A. **Gênero e violência: vulnerabilidade masculina.** Dissertação (Mestrado em Psicologia Social, do Trabalho e das Organizações. Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

MORATO, R.S. Os sentidos dos discursos sobre gênero e sexualidade no Facebook: a desigualdade social “curtida” e “compartilhada”. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos). Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

MOREIRA, P.S. **Nada fora da Constituição:** o Direito Brasileiro como organização. MISES, v.10, p.1 – 16, 2022.

MOTTA, V.R. **A diversidade de gênero dentro do setor de Tecnologia da Informação:** um estudo de caso sobre uma empresa de tecnologia brasileira. Dissertação (Mestrado em Recursos Humanos). Universidade do Algarve, Algarve, 2019.

NEPTUNE R.D. **Gênero e sexualidade na disciplina de Sociologia**: a utilização das categorias por docentes do Colégio Estadual Amaro Cavalcanti. Dissertação (Mestrado em Educação). Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2023.

OLIVA, T.D.; ANTONIALLI, D.M. **Estratégias de enfrentamento ao discurso de ódio na internet**: o caso alemão. *Direitos Culturais*, v.13, n.30, p.29 – 44, 2018.

OLIVEIRA, J.F. **Discurso de ódio misógeno no blog “Escreva Lola e escreva”**: o tratamento jurídico do tema à luz da criminologia feminista. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2020.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Genebra: ONU, 1948.

PESSOA, S.K.S.; AGUIAR, D.M.; ZOGAHIB, A.L.N. **Constituição do Direito privado**: a dimensão constitucional do direito civil e da atividade empresarial. *Equidade: Revista Eletrônica de Direito da UEA*, v.6, n.3, p.4 – 21, 2022.

PERREGIL, F.; PIRES, L; **Misoginia nas redes sociais e ciberfeminismo**. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 2023.

SILVA, D.G. **Coletivos universitários, formação profissional e novos perfis dos alunos de medicina da UFRJ**. Dissertação (Mestrado em Educação em Ciências e Saúde). Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

SOUSA, B.B.; CARDOSO, A.S. **Gestão de marketing e o sexismo na comunicação**: o papel da liderança. *Psicologia em Estudo*, v.25, p.1 – 16, 2020.

SOUZA, A.F.F.C. **O impacto do Dress Code na avaliação dos atributos agênticos de mulheres gestoras**. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social, do Trabalho e das Organizações). Universidade do Algarve, Algarve, 2022.

STEWART, A.L. **The men’s Project**: a sexual assault prevention program targeting College Men. *Psychology of Men & Masculinity*, v.15, n.4, p.481- 485, 2014.

UATANABE, T.R. **A desigualdade de gênero e o direito internacional privado**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

VERGARA, S.C. **Projetos e relatórios de pesquisa em Administração**. São Paulo: Atlas, 2016.

A subsistência da Zona Franca de Manaus e as propostas de reforma tributária: PECS nº 45/19, 110/19 e 46/22

Luan Silva Seminario¹

RESUMO

O presente artigo discute um aspecto do Direito Tributário, tendo como objetivo analisar os possíveis efeitos das propostas de reforma tributária em trâmite perante o Congresso Nacional – Propostas de Emenda à Constituição (PEC) n.º 45/19, n.º 110/19 e n.º 46/22 – sobre o regime especial incentivado da Zona Franca de Manaus (ZFM). Partindo de uma revisão sistemática da literatura, a pesquisa examinar, em um primeiro momento o delineamento da zona econômica especial em que se insere a ZFM. Por conseguinte, em um segundo momento, perpassa pelo exame das similitudes e distinções entre as propostas de reforma tributária em discussão no Congresso Nacional, em especial no que diz respeito à manutenção da autonomia dos entes federativos subnacionais e dos modelos de regimes incentivados, tais como a ZFM. Por fim, conclui que parte das propostas de reforma tributária vai em contramão aos interesses da ZFM e do polo industrial de Manaus, visto que extirpam o modelo da ZFM e relegam ao plano da cogitação a possibilidade de criação de eventuais benefícios fiscais à região amazônica.

Palavras-chave: Direito tributário. Zona Franca de Manaus. Reforma tributária.

1. INTRODUÇÃO

A pauta sobre a reforma ou simplificação do modelo de arrecadação e de repartição das receitas correntes tributárias é alvo de debates nos mais variados níveis da federação, notadamente ante a necessidade de se enfrentar questões que historicamente assolam o sistema tributário após a Constituição Federal de 1988, tais como: a alta diversificação e complexidade das legislações tributárias a nível estadual e municipal; a necessidade de garantia de maior equidade dos tributos; a utilização da carga tributária como estímulo à economia e estabilização dos índices de inflação; e a garantia de maior segurança jurídica aos contribuintes.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Pós-graduado em Direito Tributário e Aduaneiro pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Assessor jurídico de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. E-mail: luanseminario@gmail.com.

Por outro lado, é certo que a implementação de modificações no sistema tributário, da forma como pretendido pelas propostas de reforma tributária, demanda uma capacidade de lidar de forma simultânea com todas as restrições inerentes ao regime fiscal nacional (WERNECK, 2000), sem, todavia, colocar em risco a principal finalidade da arrecadação tributária, qual seja, a de propiciar caminhos favoráveis à almejada igualdade e desenvolvimento nacional (OLIVEIRA; GERMINARI; OLIVEIRA, 2021).

Neste particular, como reflexo da missão de garantia do desenvolvimento nacional inerente ao sistema tributário, surge o modelo das zonas econômicas especiais (ZEE), no qual se destaca a Zona Franca de Manaus (ZFM) enquanto principal ZEE atualmente existente no Brasil, cuja proteção e perpetuação encontram-se expressamente garantidas pela Constituição Federal.

Destarte, ainda neste contexto, surge o questionamento sobre a capacidade do futuro modelo de reforma tributária garantir o consenso entre os diversos setores da sociedade, aí incluído o modelo de incentivos tributários da ZFM.

Assim, em razão da tensão atualmente existente entre os interesses da ZFM e as eventuais modificações trazidas pelas propostas de reforma tributária, a metodologia deste trabalho orientou-se no sentido de minudenciar o estudo de aspectos que perpassam pelo: (a) o delineamento da zona econômica especial em que se insere a ZFM; (b) o exame das similitudes e distinções entre as propostas de reforma tributária atualmente em discussão no Congresso Nacional; e, por fim, (c) a reflexão sobre a preservação dos interesses da ZFM frente às modificações almejadas pelos modelos de reforma tributária.

2. ZONA FRANCA DE MANAUS: UMA QUESTÃO DE INTERESSE DA FEDERAÇÃO

A Zona Franca de Manaus (ZFM) é reconhecida como um modelo de desenvolvimento econômico e industrial estabelecido inicialmente pela Lei n.º 3.173/57. Embora sua finalidade original se restringisse à criação de um “porto franco” voltado ao armazenamento de mercadorias, artigos e produtos em geral, atualmente, por força das disposições do Decreto-Lei n.º 288/67, tem-se que a ZFM visa a criação, no âmbito da região amazônica, de um regime favorecido de centros industriais, comerciais e agropecuários que permita o regular desenvolvimento da região geográfica beneficiada, principalmente em razão dos entraves hodiernamente enfrentados pela região:

Art. 1º A Zona Franca de Manaus é uma área de livre comércio de importação e exportação e de incentivos fiscais especiais, estabelecida com a finalidade de criar no interior da Amazônia um centro industrial, comercial e agropecuário dotado de condições econômicas que permitam seu desenvolvimento, em face dos fatores locais e da grande distância, a que se encontram, os centros consumidores de seus produtos. (BRAZIL, 2022)

Em outras palavras, do teor do referido dispositivo legal, é possível inferir que o intento principal da ZFM reside em propiciar um conjunto de fatores – com impactos concorren-

ciais relevantes – capazes de garantir o desenvolvimento competitivo da Amazônia, senão vejamos:

Dez anos depois, o modelo foi reformulado pelo Decreto-Lei 288/1967, e foram instituídos incentivos fiscais “com a finalidade de criar no interior da Amazônia um centro industrial, comercial e agropecuário dotado de condições econômicas que permitam seu desenvolvimento, em face dos fatores locais e da grande distância, a que se encontram, os centros consumidores de seus produtos”. De forma mais ou menos explícita, essa parece ser, essencialmente, a definição mais amplamente aceita da ZFM: um espaço delimitado no qual vigoram incentivos fiscais especiais capazes de compensar as desvantagens locais da região (“fatores locais” e distância dos centros consumidores) e, desse modo, promover seu desenvolvimento econômico (explicitamente) e social e ambiental (nesses dois casos, de maneira apenas implícita). (CAVALCANTE, 2020).

Neste particular, conforme pontuado por Ramos Filho (2012), é notório o relevante papel exercido pelos incentivos da ZFM enquanto instrumentos para a atração de investimentos para as regiões menos favorecidas. Não por outro motivo, o poder constituinte originário responsável pela edição da Constituição da República de 1988 fez expressa ressalva, no corpo do art. 40 do ADCT, sobre a manutenção do modelo econômico favorecido à região amazônica:

Art. 40. É mantida a Zona Franca de Manaus, com suas características de área livre de comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais, pelo prazo de vinte e cinco anos, a partir da promulgação da Constituição. (BRAZIL, 2022).

Tendo isto em vista, entende-se atualmente que as iniciativas trazidas pela ZFM não se restringem à simples proteção do interesse dos estados da região Norte, mas igualmente ao interesse nacional (CAVALCANTE, 2020).

Isso porque, dentre os objetivos deste regime, encontra-se não apenas (i) a promoção do desenvolvimento da região amazônica – com a criação de oportunidades econômicas para a população local; mas de igual modo (ii) o estímulo à diversificação econômica – por meio da atração de investimentos em diferentes setores da economia; (iii) a redução do desemprego e o desenvolvimento humano – através da geração de empregos e da capacitação da mão de obra; e, por fim, (iv) a preservação do meio ambiente – com o incentivo de práticas sustentáveis e o uso de tecnologias limpas nas indústrias da região.

Reforçando este entendimento, veja-se:

1. Quem conheceu o clima político e econômico brasileiro anterior a 1967, sabe a expectativa que cercou a criação da Zona Franca de Manaus, como pólo de desenvolvimento, tendo por objetivo estimular a fixação do homem, atrair capitais, consumir matéria-prima local, criar um centro industrial e econômico-demográfico na região. Com isso, lançaram-se bases e meios propícios ao estabelecimento objetivo de condições concretas, de estável ocupação do território, tendo em vista também a se-

gurança nacional. **Daí o espírito estimulante da vasta e ampla legislação que veio implantar tais objetivos, implicando sacrifícios à União e até a Estados alheios à região, a bem da realização daqueles designios. O desenvolvimento da Amazônia foi, nesse momento, qualificado, acertadamente, como “de interesse nacional”.**

2. A clara e exata compreensão da occasio e da mens legis deixa evidente que o espírito informador dessa legislação pode ser traduzido no propósito que impregnou toda nação de tudo fazer pelo desenvolvimento da Amazônia. (ATALIBA; GIARDINO, 1997)
– **grifos acrescidos**

Por outro lado, há quem defenda a desnecessidade do referido modelo econômico, aos argumentos de que (i) a situação econômico-social da região não mais justificaria a manutenção dos benefícios da forma como originalmente firmados pelo Decreto-Lei n.º 288/67, bem como porque (ii) haveria nos dias atuais um fenômeno de captura do interesse público pelos interesses privados dos agentes participantes do mercado, de maneira que os benefícios da ZFM estariam sendo utilizados sem se preocupar com o desenvolvimento social da região (GONÇALVES, 2012).

Não obstante, um exame criterioso a respeito desta controvérsia permite evidenciar que o ponto de convergência entre aqueles que incentivam e os que criticam este modelo de regime de benefícios reside no tema sobre a calibração dos incentivos fiscais ofertados pela ZFM. Isso porque, de um lado, caso sejam muito baixos, é certo que estes benefícios não poderão ser capazes de compensar as desvantagens geográficas ou mesmo de provocar um movimento dos investimentos em direção à região na qual se busca intervir, ao passo que, se fixados em patamar desproporcionalmente elevado, poderão criar distorções na economia, beneficiando algumas indústrias em detrimento de outras regiões do país (CAVALCANTE, 2020).

Em que pese tais divergências, compreende-se que o modelo da ZFM cumpre com sua finalidade essencial, à luz do interesse dos demais entes federados, de propiciar uma política de desenvolvimento regional pautada na utilização dos incentivos fiscais como forma de propiciar o incremento da oferta de empregos, a concessão de benefícios sociais aos trabalhadores e até mesmo o desenvolvimento de novas tecnologias de produtos e de processos de produção (GONÇALVES, 2012; CAVALCANTE, 2020)

3. REFORMA TRIBUTÁRIA E A MANUTENÇÃO DOS REGIMES FAVORECIDOS

A discussão sobre a reformulação do sistema tributário brasileiro, muito embora tenha inaugurado novos capítulos nos últimos anos, trata-se de pauta longa do recorte histórico do sistema tributário brasileiro inaugurado após a Constituição Federal de 1988 (WERNECK, 2000).

Em realidade, desde meados de 1997, há uma iniciativa por parte do Governo Federal de consolidar uma proposta de transformação substancial da tributação indireta do país, com a consolidação de bases tributárias nos mais variados níveis federativos, tais como o Impos-

to sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), o Impostos sobre Produtos Industrializados (IPI) e as contribuições para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e para o Programa de Integração Social (PIS) (CNI, 1998).

A trajetória do debate deu ensejo à formulação de uma série de propostas de emenda à constituição (PEC) que não lograram êxito em sua tramitação perante o Congresso Nacional ou se encontram estancadas na pauta legislativa, como foi o caso, por exemplo, da **PEC n.º 175/95** – que buscava a extinção do IPI e sua substituição por uma alíquota federal indexada à base de cálculo do ICMS e compartilhada entre os entes federativos –, da **PEC n.º 293/04** – que tentou estabelecer um mecanismo de aferição e controle da carga tributária nacional com base na dívida pública e no produto interno bruto (PIB) – e da **PEC n.º 233/08** – que almejava substituir o PIS/COFINS e Cide-combustível por um imposto adicionado federal, consolidar a contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL) ao imposto de renda das pessoas jurídicas (IRPJ), a unificação do ICMS e um novo mecanismo de repartição da receita tributária (VIEIRA, 2022).

TABELA 1: Panorama das antigas propostas de reforma tributária

Projeto	Assunto	Autores	Situação
PEC n.º 175/95	Trata sobre a extinção do IPI e sua substituição por uma alíquota federal incidente sobre a mesma base do ICMS estadual, tendo assim um único imposto partilhado pela União, Estados e Distrito Federal.	Poder Executivo	Pendente de apreciação pelo Plenário da Câmara dos Deputados
PEC n.º 233/08	Trata sobre a criação do imposto sobre o valor adicionado federal (IVA-F), que unificará as contribuições sociais: PIS/COFINS e Cide-combustível; extingue e incorpora a contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL) ao imposto de renda das pessoas jurídicas (IRPJ); estabelece mecanismos para repartição da receita tributária; institui um novo ICMS que passará a ter uma legislação única, com alíquotas uniformes, e será cobrado no estado de destino do produto; desonera a folha de pagamento das empresas, acaba com a contribuição do salário-educação e parte da contribuição patronal para a Previdência Social.	Poder Executivo	Pendente de apreciação pelo Plenário da Câmara dos Deputados
PEC n.º 293/08	Trata sobre a fixação de limites e criação de formas de controle da carga tributária nacional, consoante a receita tributária dos entes federados, o Produto Interno Bruto (PIB) e a dívida pública.	Poder Executivo	Pendente de apreciação pelo Plenário da Câmara dos Deputados

Fonte: Elaborado pelo autor

O insucesso destas tentativas de reforma pretendidas pelo Governo Federal se justifica em razão das barreiras inerentes ao grau das modificações do sistema de arrecadação nacional que se busca implementar, dentre elas: (i) a precariedade do quadro fiscal e a ausência de espaço para uma redução da receita corrente advinda da arrecadação tributária; (ii) a rigidez do atual modelo de repartição tributária estabelecido pela Constituição Federal; (iii) a necessidade de que a nova base tributária sirva de instrumento para estabilização do índice inflacionário nacional.

Não obstante, atualmente, percebe-se que três propostas de reforma tributária chamam atenção dentro do Congresso Nacional: a PEC n.º 45/19, PEC n.º 110/19 e PEC n.º 46/22. Estas propostas alteram, em maior ou menor grau, a atual sistemática de arrecadação e repartição de receitas tributárias, seja pela substituição em um único imposto de uma série de tributos que atualmente se sobrepõem ou mesmo pela centralização de competências legislativas tributárias em relação à determinados impostos estaduais (EMERY; ALVEZ; PUGLIESE, 2021).

Com efeito, a **PEC n.º 45/19**, no quesito de simplificação e uniformização da legislação tributária, almeja a extinção de espécies tributárias que incidem sobre bens e serviços – IPI, ICMS, ISS e PIS/COFINS – com a sua consolidação em duas novas bases tributárias, quais sejam: o Imposto Sobre Bens e Serviços (IBS), que adotaria regime semelhante ao conhecido IVA, com incidência não cumulativa em cada etapa da produção e com instituição por meio de lei de complementar nacional; e o Imposto Seletivo (IS), cuja finalidade seria a de intervir na economia no sentido de desestimular a circulação e consumo de determinados bens ou serviços, tais como cigarros, bebidas alcóolicas e produtos prejudiciais ao meio ambiente.

A respeito desta proposta de reforma, esclarece Fernandes (2023):

A ideia é oferecer mais transparência aos contribuintes sobre o quanto de imposto é pago em cada aquisição. A alíquota do imposto seria composta por uma soma das alíquotas da União, dos Estados e dos municípios. Cada esfera de poder define a sua alíquota por meio de lei ordinária. Segundo o texto do relatório da PEC 45/2019, a alíquota será a mesma para todas as operações com bens ou serviços e será aplicada com base no destino final da operação. Dessa forma, seria possível acabar com a “guerra fiscal” entre estados e municípios e melhorar a alocação produtiva no país.

Ademais, as novas bases tributárias – IBS e IS – adotarão alíquota uniforme, ressalvada a autonomia dos entes federativos para fixação de suas alíquotas, sendo que o destino da arrecadação ocorrerá da seguinte maneira: no caso do IBS, o produto da receita tributária será recolhido de forma repartida entre os entes políticos nos três níveis federativos; ao passo que, no caso do IS, a arrecadação será centralizada pela União e esta, por seu turno, fará a repartição do valor arrecadado aos demais entes federativos.

Por sua vez, a **PEC n.º 110/19**, também no quesito de simplificação e uniformização da legislação tributária, almejava em um primeiro momento solução similar àquela pretendida pela sua predecessora. Isso porque, assim como a PEC n.º 45/19, visava a consolidação de espécies de tributos já existentes – IPI, IOF, PIS/PASEP, COFINS, CIDE-combustíveis, Salário-educação, ISS e ICMS – e sua substituição pelo IBS de competência estadual e pelo IS de competência federal, mas com natureza puramente arrecadatória e sem caráter extrafiscal.

No entanto, com a tramitação da proposta nas casas legislativas, surgiu na própria PEC n.º 110/19 uma nova proposta de modelo de consolidação de bases tributárias. Neste novo cenário, a consolidação dos tributos terá seu espectro reduzido – alcançando apenas o IPI, PIS/COFINS, ISS e o ICMS – e sua substituição pelo IBS de competência estadual e municipal ou “IBS subnacional”, a Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS) de competência federal ou “IBS federal” e o IS também de competência federal, mas desta vez de caráter extrafiscal.

A propósito, confira-se:

No substitutivo da PEC 110/2019, apresentado pelo então senador Roberto Rocha (PTB-MA), surgiu a proposta de extinção de apenas cinco tributos (IPI, PIS, Cofins, ICMS e ISS) e a adoção de um modelo de IBS dual, com legislação e administração separadas: o IBS federal (chamado de Contribuição sobre Bens e Serviços – CBS), que unificaria o Cofins e PIS, e o IBS subnacional, compartilhado pelos estados e municípios, substituindo o ICMS e ISS.

Conforme a proposta, a CBS federal seria instituída por lei complementar, e o IBS subnacional seria instituído pelo Congresso Nacional, com poder de iniciativa reservado aos próprios estados e municípios (FERNANDES, 2023).

Neste particular, muito embora seja louvável a alternativa adotada pelas propostas para consolidar a legislação tributária nacional, é forçoso reconhecer que estas medidas de simplificação e uniformização de milhares de legislações – seja do ICMS ou do ISS – podem trazer efeitos não desejáveis ao pacto federativo, dado que, a um só tempo, poderão dar margem (i) a um aumento não pretendido da carga tributária, (ii) ocasionar um estado de insegurança jurídica em razão da complexidade do eventual regime de transição entre os regimes de arrecadação e (iii) causar impacto indesejado na autonomia dos entes municipais, em razão da arrecadação centralizada de determinadas receitas em nível federal.

Não bastasse, uma vez que a arrecadação pela sistemática do IBS ocorrerá apenas no local do destino do bem ou serviço, surge igualmente (iv) o risco negativo à autonomia dos entes federativos, principalmente para os estados e municípios eminentemente exportadores, muitos destes localizados nas regiões centro-oeste e no Estado do Amazonas.

Em realidade, uma análise cautelosa do sistema de arrecadação e repartição das receitas tributárias permite inferir que o dilema enfrentado pelo sistema tributário não reside no tão só fato de cada ente federativo possuir sua própria competência tributária, mas sim na complexidade da legislação atualmente adotada por cada ente federativo. É dizer, partindo desta premissa, é possível constatar a presença de alternativas menos severas de reformulação do sistema tributário nacional que se limitem, em um primeiro momento, a uniformizar as legislações estaduais e municipais pré-existentes. Em razão deste cenário, surgiu a proposta da PEC n.º 46/22.

A PEC n.º 46/22 não almeja a extinção e consolidação das espécies tributárias vigentes em novas modalidades tributárias. Com efeito, a referida proposta, como forma de manter hígido o pacto federativo assumido pela Constituição Federal, busca em primeiro lugar solucionar os problemas atuais do ICMS e do ISS, com a simplificação e unificação da legislação de regência em um único ICMS-nacional e um único ISS-nacional, como forma de simplificar as obrigações acessórias dos contribuintes e, conseqüentemente, reduzir os custos da arrecadação.

Ademais, em segundo lugar, a referida proposta permite a ampliação da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB) para permitir tributação da folha de pagamento de atividades econômica intensivas na utilização de tecnologias (*marketplaces*).

No cenário proposto pela PEC n.º 46/22, o ISS-nacional adotará alíquota a ser definida por cada município variando entre 2% (dois por cento) e 5% (cinco por cento), ao passo que no caso do ICMS-nacional a alíquota será previamente fixada em 05 (cinco) modalidades.

TABELA 2: Panorama das atuais propostas de reforma tributária

	PEC n.º 45/19	PEC n.º 110/19	PEC n.º 46/22
Tributos extintos	IPI, PIS/COFINS, ICMS e ISS	IPI, PIS/COFINS, ICMS e ISS	-
Tributos criados	IBS (federal) IS (federal)	CBS (federal) IS (federal) IBS (estadual e municipal)	-
Legislação	Uniforme	Uniforme	Simplificada
Alíquota	Uniforme (com autonomia dos entes subnacionais para fixar suas alíquotas)	Uniforme (com autonomia dos entes subnacionais para fixar suas alíquotas)	ISS-nacional a ser definida por cada ente entre 2% e 5% ICMS-nacional criação de 05 categorias pré-estabelecidas
Destino da arrecadação	IBS com arrecadação no local de destino IS de arrecadação centralizada e repasse aos demais entes subnacionais	IBS com arrecadação no local de destino IS de arrecadação centralizada e repasse aos demais entes subnacionais CBS arrecadado pela União	
Atributos	IBS com tributação plurifásica, não-cumulativo, incidência por fora e cobrança no destino IS com caráter extrafiscal	IBS com tributação plurifásica, não-cumulativo, incidência por fora e cobrança no destino IS com caráter extrafiscal CBS com tributação plurifásica, não-cumulativo, incidência por fora	

Fonte: Elaborado pelo autor

Desta forma, de um lado, vê-se que as medidas almejadas pelas PEC n.º 45/19 e PEC n.º 110/19 afetarão de forma irreversível a sistemática de arrecadação tributária nacional, ao passo que a alternativa da PEC n.º 46/22 prevê modificações pontuais e restritas ao principal cerne da problemática envolvendo a arrecadação nos níveis subnacionais: a complexidade da legislação e dos custos das obrigações tributárias acessórias estaduais e municipais (COELHO, 2023).

Não obstante, conforme se observa do panorama acima delineado, é perceptível que as propostas de reforma tributária têm como ponto comum o impacto direto nos principais tributos que compõem o regime especial da ZFM, mormente porque afetam quatro dos cinco principais incentivos do polo industrial de Manaus – IPI, PIS/COFINS e ICMS.

Com efeito, com exceção da PEC n.º 46/22, as propostas da PEC n.º 45/19 e da PEC n.º 110/19 se fundam na tributação sobre o consumo – ao invés da tributação sobre a distribuição de renda e do patrimônio – e deixam implícito que seu objetivo não é o de atuar como mecanismo político para reduzir a carga tributária.

As referidas propostas de reforma tributária trazem consigo uma série de riscos para a manutenção do regime de incentivos da ZFM e igualmente do polo industrial de Manaus. Neste particular, no caso específico da PEC n.º 45/19, sua redação mesmo após a série de debates nas duas casas legislativas do Congresso Nacional permite inferir que, tanto para o IBS quanto para o IS, a margem de atuação dos entes subnacionais para a manutenção dos regimes favorecidos será reduzida, senão totalmente mitigada.

Por sua vez, embora em menor medida, o cenário revela-se igualmente negativo no caso da PEC n.º 110/19. Isso porque, via de regra, a referida proposta de reforma tributária não terá previsões sobre a manutenção dos regimes favorecidos, restando à futura lei complementar de âmbito nacional estipular eventuais benefícios fiscais para vários setores da economia. No entanto, tais medidas seriam adotadas de forma nacional e não a critério de cada estado ou município, o que poderia colocar em risco a margem de defesa dos interesses da ZFM (BRANT, 2023).

O panorama, no entanto, ganha novos contornos quando se passa ao exame do teor da PEC n.º 46/22. Com efeito, conforme esclarecido em linhas anteriores, a referida proposta não tem o condão de modificar abruptamente o cenário atual das competências tributárias dos entes da federação, de modo que serão mantidos inalteradas a competência e capacidade tributária ativa dos entes estaduais e municipais com relação ao ICMS e ao ISS.

Assim, uma vez que esta última proposta se limita a estipular um processo voltado à simplificação e à uniformização das legislações estaduais e municipais, vê-se que a autonomia destes entes subnacionais com relação à arrecadação destes tributos será, em princípio, afetada em menor medida. Ademais, com relação aos demais tributos, o próprio texto da PEC n.º 46/22 prevê de forma expressa a manutenção do regime de incentivos da ZFM, ressalvada a possibilidade de que outros tratamentos diferenciados se deem por meio de lei complementar nacional.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, um exame conjugado das propostas de reforma ao sistema tributário que se encontram em discussão no Congresso Nacional permite concluir que: *(i)* a PEC n.º 45/19 em nada se alinha aos interesses da ZFM, uma vez que sequer dispõe sobre a manutenção das vantagens comparativas deste regime especial; *(ii)* a PEC n.º 110/19, em que pese também se encontre em descompasso com os propósitos da ZFM, apresenta contornos menos negativos à manutenção desta zona de incentivos, mormente porque prevê a possibilidade, ampla e abstrata, da criação de benefícios fiscais por meio de lei complementar nacional; e, por fim, *(iii)* a PEC n.º 46/22 se alinha em maior medida com o interesse da Região Amazônica em manter a zona econômica especial da ZFM, uma vez que ressalva expressamente sua manutenção, bem como relega a criação de novos benefícios fiscais a edição de lei complementar nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATALIBA, G.; GIARDINO, C. **Isenção para vendas para a ZFM – Finsocial e imposto sobre transportes**. Revista de Direito Tributário, n.º 144, pp. 65-81.1999.

BRANT, D. **Zona Franca considera fundo previsto em reforma tributária insuficiente e insiste em incentivos**. Folha de São Paulo, 16 de abr. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Vade Mecum JusPodivm. 9. ed., Salvador: JusPodivm, 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 288 de 28 de fevereiro de 1967**. Vade Mecum JusPodivm. 9. ed., Salvador: JusPodivm, 2022.

CAVALCANTE, L. R. **Zona Franca de Manaus: uma revisão sistemática de impactos**. Revista Interespaço, n.º 06, p. 01-24, 2020.

CNI. **Anais do Seminário de Reforma Tributária**. Confederação Nacional da Indústria – CNI, Rio de Janeiro: Unidade de Política Econômica (PEC), 1998.

COELHO, I. **Qual é o melhor para o Brasil: IBS ou IVA dual?** Jota: Direito Tributário, 25 de abr. 2023.

EMERY, R.; ALVES, J. V.; PUGLIESE, C. **Reforma tributária: entenda as propostas no Congresso e o que muda na sua vida**. Jota: Direito Tributário, 29 de nov. 2021.

FERNANDES, D. **O que é a PEC 45/2019 e o que o texto propõe para a reforma tributária?** Jota: Direito Tributário, 17 de abr. 2023.

GONÇALVES, O. O. **Os Incentivos Tributários na Zona Franca de Manaus e o Desequilíbrio Concorrencial no Setor de Refrigerantes**. Economic Analysis of Law Review, vol. 03, n.º 01, pp. 72-95, 2012.

OLIVEIRA, B. de B.; GERMINARI, J. P.; OLIVEIRA, M. das G. M. D. **Tributação e desenvolvimento sob a perspectiva da criação da Zona Franca do Semiárido Nordeste**. RJLB, n.º 01, 2021.

RAMOS FILHO, C. A. de M. **A Zona Franca de Manaus e sua proteção constitucional**. Revista Tributária e de Finanças Públicas, n.º 107, p. 262, 2012.

VIEIRA, A. G. **Reforma Tributária Brasileira:** uma análise das propostas em tramitação em 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade Federal de Uberlândia, 2022.

WERNECK, R. L. F. **A Nova Proposta de Reforma Tributária do Governo:** Limites do Possível e Incertezas Envolvidas. Revista de Economia Política, vol. 20, n.º 01, pp. 96-123, 2000.

Das consequências parafiscais do inadimplemento das obrigações tributárias acessórias: de deveres instrumentais a instrumentos de sanção

Fernanda de Sousa Cavalcanti Gurgel¹

RESUMO

Os deveres instrumentais tributários, capitaneados pelas chamadas obrigações acessórias, não possuem objeto economicamente apreciável, possuindo a função primordial de auxiliar o Fisco em sua atuação. Sua existência nos ditames e parâmetros contemporâneos, contudo, implica por mais das vezes em severo ônus a ser suportado pelo sujeito passivo da relação tributária, ônus que por vezes chega a extrapolar o próprio valor do tributo. Pretende-se com esta obra assim, explicitar e analisar, através do método analítico-dedutivo e realizando-se um estudo bibliográfico e conceitual da natureza original das obrigações acessórias, a concretização dos deveres instrumentais, que agindo de um lado enquanto mecanismo de auxílio ao cumprimento das obrigações principais, de outro ensejam, no mais das vezes, indevido alargamento negativo em detrimento do sujeito passivo tributário. Conclui-se que há desproporcionalidade gravíssima quando sopesado o interesse tributário (e público) quando do inadimplemento das obrigações acessórias pelo particular, atuando estas não apenas como mecanismo de aumento indireto da carga tributária, através dos custos de conformidade, mas como fonte de sanções penais que não foram diretamente criadas por lei em sentido estrito e, ainda, sanções políticas, que não têm lugar num estado democrático de direito.

Palavras-chave: Obrigações Acessórias. Custos de Conformidade. Sanções.

¹ Especialista em Direito Tributário pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Bacharela em Direito pela Universidade Potiguar. Advogada. Residente Jurídica da PGE/AM.

1. INTRODUÇÃO

Em matéria tributária, ao se afirmar ter nascido uma obrigação oriunda da relação jurídica estabelecida, constata-se existente o dever jurídico de o particular – sujeito passivo, o contribuinte – estar obrigado a adimplir o pagamento de certo tributo ao Estado – sujeito ativo.

Paralelo à obrigação de pagar tributo, a relação jurídica tributária comporta ainda a existência de deveres a serem adimplidos; ao Estado, enquanto ente tributante, é dada a possibilidade de lançar mão de relações cujo objeto diga respeito ao fazer, não fazer ou tolerar, impossível de ser convertido em valores econômicos e, possivelmente, de caráter permanente.

No âmbito do Código Tributário Nacional, o legislador complementar se portou de maneira deveras didática, ainda que pouco técnica, ao nos apresentar o conceito de obrigação tributária em seu artigo 113, introduzindo ao ordenamento a figura da “obrigação principal” e “obrigação acessória”.

A chamada “obrigação acessória”, tratada pelo Código Tributário Nacional, diz respeito às relações, instituídas mediante legislação tributária – à despeito de serem de índole fiscal, tal qual as obrigações principais – e têm por objeto um fazer, não fazer ou tolerar.

Não se referem, portanto, ao ato de carrear dinheiro para os cofres públicos *per se*, tal qual os tributos mediante as obrigações principais; mas sim à fiscalização, já que por intermédio de deveres instrumentais previstos na legislação tributária, o contribuinte (ou não contribuinte) irá auxiliar o Fisco no interesse da arrecadação dos tributos.

Nessa toada, Iágaro Martins (2006, apud PAULSEN, 2009) nos lembra que a obrigação acessória desenvolve um importante papel como mecanismo garantidor do cumprimento da obrigação principal, a partir do aumento do sentimento de risco por parte dos contribuintes e responsáveis, pois os contribuintes acabam por municiar o fisco com uma série de informações que serão usadas para aumentar a eficiência da fiscalização tributária.

Todavia, em que pese os deveres instrumentais serem despidos de patrimonialidade e por isso não implicarem em indenização ou restituição ao Fisco acaso sejam ignorados, não possuindo objeto economicamente apreciável, é certo que a sua existência implica em severo ônus a ser suportado pelo sujeito passivo da relação tributária.

Nesse porto, enganam-se aqueles que pensam ser os deveres instrumentais tributários de fácil cumprimento, ou ainda que dado a sua natureza, seja obrigatório que a sua introdução se dê mediante a legislação tributária, consoante pretendido pelo legislador (o que não é fato).

Todavia, aos deveres instrumentais não é dado atropelar, tampouco amesquinhar, os direitos e garantias dos contribuintes.

É que, via de regra, o cumprimento dos deveres instrumentais faz pesar sobre os contribuintes, ou o terceiro a ele ligado, a mobilização de pessoal, a realização de gastos (adquirir livros, impressão de notas fiscais – maquinário atualizado para tanto, etc.), a disposição de espaço (para acondicionar as guias de recolhimento, para receber os agentes do Fisco enquanto examinam a documentação, etc.), contratação de mão de obra especializada (contadores, advogados, economistas, etc.), e assim por diante: tratam-se de providências que demandam tempo e dinheiro, aquilo que a doutrina norte-americana nomeou de *custos de conformidade* (CARRAZA, 2013, p.372).

Desta feita, pretende-se com esta obra analisar as obrigações acessórias como instrumento para que se assegure o cumprimento das obrigações principais, na mesma medida em que, por mais das vezes, passam a ofusca-las, criando, de um lado, através dos custos de conformidade, um aumento indireto na carga tributária e, de outro, através das sanções políticas, verdadeiros desvios à função natural do tributo.

2. OBRIGAÇÕES FISCAIS: OS DEVERES INSTRUMENTAIS NO ÂMBITO DA RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA

A relação jurídico-tributária diz respeito àquela existente entre o Estado e o particular por força da ordem tributária. É no âmbito dessa relação que brotam direitos e deveres tributários, que de maneira alguma se restringem ao mero pagamento de tributos, podendo consistir numa prestação positiva ou negativa, despida de patrimonialidade.

Paulo de Barros Carvalho (2012, p. 354) busca o conceito de relação jurídica na Teoria Geral do Direito ao nos ensinar que ela é definida como o “vínculo abstrato, segundo o qual, por força de imputação normativa, uma pessoa, chamada de sujeito ativo, tem o direito subjetivo de exigir de outra, denominada sujeito passivo, o cumprimento de certa prestação.”

Nesse diapasão, importa salientar que a relação jurídica comporta uma divisão: é que, acaso a prestação tenha cunho patrimonial, i.e., seja passível de certa avaliação econômica, a relação jurídica em questão levará consigo o timbre obrigacional. Em caso contrário, estaríamos lidando com relações jurídicas veiculadoras de deveres.

Corroborando com o posicionamento aqui esposado, Orlando Gomes (1999, p. 11) ensina que ao conceituar as obrigações, não basta darmos ênfase ao polo passivo (obrigação) ou ativo (crédito); mais correto seria enfatizar o dever de prestar e o direito de crédito, daí afirma que a obrigação não se confunde com o dever jurídico, que é a necessidade que corre a todo indivíduo de observar as ordens ou comandos do ordenamento jurídico, sob pena de incorrer numa sanção.

Washington de Barros Monteiro (2012, p. 8), por sua vez, afirma que a obrigação é “a relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio”.

Vê-se, portanto, que à relação obrigacional associa-se a condição de (i) veiculadora de prestação suscetível de avaliação econômica e (ii) detentora de caráter transitório.

2.1. Obrigações acessórias e custos de conformidade: início, meio e fim

Normalmente, no direito, vislumbra-se a ideia de que o *acessório segue o principal*. No caso da obrigação tributária acessória, contudo, é fato que ela não goza de mesma sorte: o cidadão pode perfeitamente colaborar com o fisco, apresentar documentações, mas gozar de imunidade tributária². E o inverso também pode ser levantado, haja vista que o contri-

2 Nesse sentido, Carraza (2013, p. 377) afirma que as imunidades restringem-se à *obrigação tributária principal*; não aos deveres instrumentais tributários a ela concernentes. Ou seja mesmo as pessoas imunes devem escriturar livros, fornecer declarações, emitir faturas, efetuar retenções na fonte de tributos, entre outros. Veja-se, a esse respeito, o disposto no artigo 14 do Código Tributário Nacional quanto aos imunes que ainda devem prestar informações ao Fisco: “Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

buinte pode ter recolhido todos os impostos e ainda ter que colaborar com a fiscalização. A extinção da obrigação principal, assim, não implica na desobrigação de cumprir os deveres acessórios mas, contudo, o não cumprimento da obrigação principal absorverá a obrigação acessória.

De outra linha, as obrigações principais têm caráter definitivo, um início e fim bem delineado, se extinguem nos moldes da lei, enquanto as obrigações acessórias funcionam de maneira distinta: enquanto não tiver sido extinta a obrigação principal, ao contribuinte poderá ser solicitado informações no interesse da fiscalização.

Assim, mesmo que certo sujeito tenha cumprido as obrigações acessórias que lhe foram solicitadas, nada impede que a Administração proceda à nova fiscalização. É, nesse sentido, a obrigação acessória sujeita a mudanças, complementações e inovações, um vínculo contínuo (SCHOUERI, 2013, p.464).

Outra questão que merece nota é o fato de às obrigações acessórias ter sido dispensado uso de lei formal ao serem instituídas, de sorte que o Código Tributário Nacional estabelece que a *legislação tributária* poderá fazê-lo sem maiores problemas; dessa forma, temos que as leis, tratados, convenções internacionais, decretos regulamentares, práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas e demais atos normativos infralegais serão instrumentos aptos à introduzir as obrigações acessórias ao ordenamento jurídico.

Dito isto, é grande o descontentamento na doutrina quanto à possibilidade de a legislação tributária como um todo (e não apenas lei em sentido estrito) poder fazer gerar a obrigação acessória; entre os que compartilham dessa visão, emprestamos o ensinamento de Paulo de Barros Carvalho, ao afirmar que as obrigações acessórias, destituídas de valor patrimonial, devem estrita observância ao disposto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal; é saber que somente poderão ser exigidas prestações, positivas ou negativas, no interesse da arrecadação ou da fiscalização tributária, de quem quer que seja, no pressuposto de haver lei que disponha nesse sentido: afirmar, simplesmente, que decorre de legislação tributária implica em desatenção à gravidade que preside a instituição dos deveres instrumentais ou formais (CARVALHO, 2012, p. 366).

Com vistas a melhor ilustrar a situação em apreço, peguemos um exemplo bastante interessante ocorrido no Estado do Rio Grande do Norte: aos 29 de abril de 2011 fora publicado no Diário Oficial do Estado a Portaria nº 052-GS/SET, de 28 de abril de 2011³, através da qual o Secretário de Estado da Tributação, no uso de suas atribuições, resolveu – entre outras determinações – que os estabelecimentos beneficiários⁴ do regime especial previsto no Decreto nº 17.987, de 10 de dezembro de 2004, deveriam (i) levantar e escriturar as mercadorias indicadas no caput do ato normativo, existentes em estoque no dia 30 de abril de 2011, no Livro Registro de Inventário, mencionando o número da Portaria; (ii) indicando as quantidades por unidade ou referência, os valores unitário e total, por produto, tomando-se por base o valor de custo da aquisição mais recente e, (iii) adicionando ao valor total do

(...)

III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

§ 1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do artigo 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício. (...)'.

3 Estabelece procedimentos a serem observados pelos estabelecimentos detentores do regime especial previsto no Decreto nº 17.987/2004, que possuem, em 30 de abril de 2011, estoques das mercadorias que indica.

4 Aqueles que, por sua vez, possuíam estoques remanescentes de mercadorias referidas no § 3º do art. 898-I, inciso V do §1º do art. 900-A e no caput dos arts. 900-A, 944-F e 944-G do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto 13.640/97.

inventário, por produto, o percentual de agregação estabelecido para a operação, constante nas tabelas ali indicadas.

Ou seja, aos 29 de abril fora publicada portaria no DOE do Estado do RN dirigida aos estabelecimentos comerciais a respeito de materiais no ato normativo relacionados que estivessem em estoque aos 30 de abril, devendo o cumprimento do referido inventário se dar até 31 de maio do mesmo ano (consoante §1º, do art. 1º, da portaria aludida), meros 30 dias de prazo.

Assim, caberia ao comerciante arcar com os custos, que não seriam poucos de, em tão curto tempo, cumprir com obrigações cuja única função seria facilitar a atuação fisco-tributária do próprio Estado. Inclusive, cumpre ressaltar que não foi relacionado acima o inteiro teor do ato normativo, de sorte que os comerciantes que naquela situação tenham se enquadrado ainda tiveram que cumprir toda uma gama restante de deveres instrumentais.

Vemos, assim, nítido exemplo no qual a obrigação tributária acessória pode se mostrar mais onerosa para o contribuinte que o próprio recolhimento do tributo, e nesse sentido Carraza (2012, p. 378), preleciona que foi-se o tempo onde as empresas, para cumprir os deveres instrumentais, precisavam apenas escriturar, manual ou mecanicamente, notas fiscais ou livros contábeis: hoje, com a informatização e entrada em cena dos computadores, torna-se premente a necessidade de contratar funcionários qualificados, adquirir *softwares* caros, manter complexos sistemas de informatização, etc. – o que, decerto, demanda altos gastos.

É assim que os custos de conformidade têm crescido sobremaneira, o que implica, em última análise, em um acréscimo invisível da carga tributária, onde o contribuinte deve arcar com a sua parte nos gastos sociais, por meio dos tributos, sendo-lhe ainda exigido que ele “pague para pagar tributos”.

Deve, contudo e ao mesmo tempo, a obrigação tributária acessória ser razoável, de maneira que se revele necessária para assegurar o cumprimento da obrigação tributária principal (SCHOUERI, 2013, p. 466).

O ponto nefrágico é justamente o equilíbrio entre essas duas vertentes: se de um lado temos o perigo da ineficácia, de outro temos o perigo da sanção pelo inadimplemento resultar em sérias afrontas a direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

3. O INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS, AS SANÇÕES CONSEQUENTES E O INTERESSE FAZENDÁRIO

Como é sabido, o Estado, enquanto autêntico provedor das necessidades coletivas, exige que os indivíduos forneçam os recursos de que necessita para tanto, daí o tributo. Contudo, em razão da grave rejeição social enfrentada pelas normas tributárias, sobretudo aquelas que instituem ou gravam tributos, vislumbra-se patente a necessidade de lutar – de maneira eficaz – contra as mais variadas formas de evasão fiscal.

Assim é que, com o intuito exclusivo de fiscalizar e controlar a ocorrência de comportamentos aptos a ensejar a obrigação tributária, culminando com o dever de pagar tributos, deve o poder público lançar mão dos deveres instrumentais de direito tributário: trata-se de poder-dever em atenção ao interesse público, até.

Convém afastarmos, contudo, a ideia de que o interesse fazendário (meramente arrecadatório) equivale ao interesse público; aquele não se confunde tampouco sobrepara este,

mas a ele subordina-se – é por isso que o primeiro só poderá prevalecer quando em perfeita sintonia com o segundo (CARRAZA, 2013, p. 566).

É imperativo, portanto, que o dever instrumental preserve sempre o fundamental requisito de existir no interesse da arrecadação e da fiscalização, não cabendo à Administração impor deveres inviáveis, excessivamente onerosos ou ineficazes.

E isso é assim porque, além de ocasionar altos custos de conformidade – conforme considerações anteriormente realizadas – o inadimplemento das obrigações acessórias gera consequências práticas que merecem um olhar mais atento: o §3º, do artigo 113 do Código Tributário Nacional estabelece que “pelo simples fato da sua inobservância”, converte-se a obrigação acessória em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

Nota-se de pronto, portanto, a urgência da situação⁵: acaso inadimplida a obrigação acessória (instituída por legislação tributária e não por lei em sentido estrito, conforme visto anteriormente), tal postura fará nascer uma multa que, por sua vez, tornar-se-á “obrigação principal” – ora, percebe-se que à obrigação principal aplica-se o mesmo rigor outrora aplicado aos tributos, instituídos por lei ordinária.

É importante que se faça menção, ainda, à Lei nº. 8.137⁶, de 27 de dezembro de 1990: o referido diploma legal considera como *crime contra a ordem tributária* o descumprimento, por parte do contribuinte, de deveres instrumentais tributários⁷. Tal constatação nos permite verificar que o mero descumprimento da obrigação tributária acessória deixa de produzir simples ilícitos administrativos para fazer brotar ilícitos penais, podendo vir o contribuinte a ser apenado com reclusão ou detenção, na medida da gravidade de seus atos.

Luciano Amaro (2007, p. 439-440) leciona que a cominação de sanções administrativas ou penais aos ilícitos tributários tem – ou devem ter – finalidades comuns: é que em ambos os casos procura-se (i) inibir eventuais infratores, intimidando-os; (ii) castigar o infrator na tentativa de evitar que ele seja reincidente quanto à infração; e (iii) ter, ainda, uma função educativa, no sentido de formar uma moral fiscal, que contribua para evitar a infração da lei tributária⁸.

5 O que nos preocupa não é a existência da sanção, mas a maneira com que a obrigação tributária acessória é introduzida ao ordenamento jurídico.

6 Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.

7 Nesse sentido, vejamos o que diz o artigo primeiro e segundo da lei em questão: “Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.”

8 Nesse sentido, complementa o autor que no campo das sanções administrativas pecuniárias, seria preciso não confundir, como feito por mais

Em que pese ser preocupante o modo como se dá a instituição das obrigações acessórias, é certo que a existência de sanção no caso de seu descumprimento é de todo acertado. “Não se previssem sanções, faltar-lhes-ia o principal requisito para serem obedecidas”, colocou Schoueri (2013, p. 461); não é difícil perceber que o contribuinte certamente se veria mais à vontade à prática do descumprimento dos deveres instrumentais, dificultando sobremaneira a fiscalização tributária.

3.1 Das sanções políticas

O Código Tributário Nacional, ao tratar dos deveres instrumentais, dispõe acerca de sua finalidade: o objeto da obrigação tributária acessória diz respeito às prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou fiscalização dos tributos.

Nesse sentido, já concluímos, inclusive, quanto à necessidade de o dever instrumental preservar sempre o fundamental requisito de existir no “interesse da arrecadação e da fiscalização”, não cabendo à Administração impor deveres inviáveis, excessivamente onerosos ou ineficazes.

É certo, portanto, que não se deve admitir o desvirtuamento das obrigações acessórias: aquelas que onerem sobremaneira o sujeito passivo, que sejam de difícil cumprimento ou não digam respeito à fiscalização devem ser de pronto combatidas, pois configuram em verdade as chamadas *sanções políticas*.

A sanção política, nesse caso, nada mais é que a deturpação do exercício administrativo de fiscalização e arrecadação inerente ao poder público, de sorte que o sujeito passivo da relação jurídico tributária se encontra deveras constrangido e vulnerável a realizar o determinado pelo Poder Executivo, já que não possui outra alternativa que seja tempestiva ou economicamente viável.

Nesse diapasão, reflete-se que a sanção política implica em grave amesquinamento dos direitos do contribuinte, indo na mão oposta à de seus direitos e garantias fundamentais.

Cumprido salientar que, muito embora seja permitido ao Estado utilizar-se da via coercitiva para dar cumprimento aos seus objetivos – dentre eles o arrecadatório, sendo certo que a Administração Fazendária pode, e deve, lançar mão de outros meios – por vezes até mais efetivos e com certeza menos gravosos – no intento de garantir o cumprimento da obrigação acessória, como por exemplo a imposição de multa.

Hugo de Brito Machado (2007, p. 511) ensina que as sanções políticas são restrições ou proibições inconstitucionais que, impostas ao contribuinte, o forcem indiretamente ao pagamento do tributo ou, ainda, existem em função de retaliação contra aquele contribuinte que fora à Juízo litigar contra cobranças ilegais.

Dito isso, importa informar que infelizmente não é difícil encontrarmos sanções políticas travestidas de obrigações acessórias, configurando grave meio inescrupuloso de forçar

das vezes pelo próprio legislador a proteção ao interesse da arrecadação, que é o bem jurídico tutelado, com o objetivo de arrecadação por meio da multa. Noutras palavras, a sanção deve ser estabelecida para estimular o cumprimento da obrigação tributária; se o devedor tentar fugir do seu dever, o gravame adicional pela multa que lhe é imposta se justifica, desde que graduado segundo a gravidade da infração. Se se tratar de obrigação acessória, a multa igualmente se justifica (pelo perigo que o descumprimento da obrigação acessória provoca para a arrecadação de tributos), mas a multa não pode ser transformada em instrumento de arrecadação; pelo contrário, deve-se graduá-la em função da gravidade da infração, vale dizer, da gravidade do dano ou da ameaça que a infração representa para a arrecadação de tributos.

o contribuinte a efetuar o pagamento de certo tributo, vindo, por vezes, em forma de embaraços ao desenvolvimento regular das empresas.

Atualmente, os exemplos mais usuais de obrigações acessórias que, em verdade, nada mais são do que sanções políticas são: (i) interdição do estabelecimento; (ii) apreensão de mercadorias; (iii) a restrição oferecida ao contribuinte quanto à renovação ou retirada de certidões de regularidade fiscal; (iv) a suspensão da inscrição estadual; e (v) a restrição do contribuinte inadimplente perante o CNPJ.

Nesse sentido, a jurisprudência vem decidido pela ilegalidade das sanções políticas, sendo perfeitamente caracterizadas aquelas situações em que o Fisco se utiliza de meios coercitivos para forçar o pagamento de tributos ou exigência de obrigação acessória.

Se atentarmos para as súmulas de números 70, 323 e 547 oriundas do Supremo Tribunal Federal: a primeira dispõe que “é inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo”; já a segunda, que “é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”, e por fim, a terceira, que “*não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais*”.

Não é outro o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que ao julgar a recusa do poder público em autorizar o comerciante em débito de tributos a imprimir documentos fiscais, necessários ao livre exercício das suas atividades, entendeu ser defeso à administração impedir ou cercear a atividade profissional do contribuinte com vistas à compeli-lo ao pagamento de débito: tal procedimento acarretaria no bloqueio de atividades lícitas, mercê de representar hipótese de autotutela, medida excepcional em face do monopólio da jurisdição nas mãos do Estado-Juiz⁹.

Como se vê, as sanções políticas são medidas abusivas, arbitrárias e inconstitucionais, de sorte que sua prática vislumbra-se inteiramente rechaçada pela jurisprudência hodierna, razão pela qual se deve operar a sua dissociação das obrigações acessórias de direito tributário, que com elas jamais se confundem.

4. CONCLUSÃO

As normas tribuárias enfrentam mundialmente grave rejeição social em seu cumprimento, sobretudo aquelas que instituem ou gravam tributos, vislumbrando-se fundamental, nessa esteira, a necessidade de lutar, eficazmente, contra as mais variadas formas de evasão fiscal.

Nesse ponto, uma fiscalização rígida é medida que se impõe, e sua concretização depende preponderantemente das chamadas “obrigações acessórias”, que desempenham importante papel colaborador na medida em que o cidadão auxilia, por meio de deveres instrumentais e burocráticos, a Administração Fazendária em sua fiscalização da arrecadação tributária.

Contudo, importa ponderar que o cumprimento de deveres instrumentais em apreço enseja considerável avanço ao patrimônio do fiscalizado, razão pela qual devem ser os referidos deveres instituídos com rigorosa observância ao princípio da proporcionalidade. É

9 STJ, 1ª Turma, REsp 783.766/RS, Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 31.05.07.

que a Administração Fazendária, por falhar em concretizar um melhor entrosamento entre os fiscos municipal, estadual e federal, acaba se fazendo substituir pelo particular de maneira desmedida, transmitindo a ele as suas funções, por vezes, de forma pouco razoável.

Verifica-se, no mais das vezes, grave amesquinamento de direitos do contribuinte nesse processo. Mas, em que pese preocupante o modo como se dá a instituição das obrigações acessórias, a sanção quando de seu descumprimento é fundamental. A fiscalização tributária não deve ser desmotivada, mas sim, realizada de maneira eficaz, inteligente. Reitere-se que a nossa preocupação, portanto, não reside na existência da obrigação acessória ou da sanção; mas na forma como se dá a criação das obrigações acessórias, e as consequências daí advindas.

Assim, buscamos trazer, no presente trabalho, uma reflexão nesse sentido. É que, na busca por uma tributação justa, muito se discute em alterar a dinâmica tributária quanto aos impostos existentes, mas pouco se reflete acerca dos deveres instrumentais, em como poderíamos torná-los menos onerosos para o contribuinte quando de sua concretização.

Há desproporcionalidade gravíssima quando sopesado o interesse tributário (e público) diante do inadimplemento das obrigações acessórias pelo particular, atuando estas não apenas como mecanismo de aumento indireto da carga tributária, através dos custos de conformidade, mas como fonte de sanções penais que não foram diretamente criadas por lei em sentido estrito e, ainda, sanções políticas derivadas de procedimentos tributários, que não têm lugar num estado democrático de direito.

Conclui-se que, diante da vertiginosa proliferação de obrigações acessórias, que geram um enorme custo de conformidade para os cidadãos e são instituídas por atos normativos infralegais pelos mais diferentes órgãos públicos, deve-se almejar uma diminuição severa na hoje ilimitada margem de liberdade ao Fisco para a imposição dessas obrigações, como medida apta a diminuir eventuais arbitrariedades sancionatórias, como as nestas apresentadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma, REsp 783.766/RS, Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 31.05.07.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 4 vol. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

A (in)eficácia dos incidentes de resolução de demandas repetitivas em âmbito da administração pública

Hamilton Gomes de Santana Neto¹

RESUMO

Este artigo tem como problemática central analisar se os incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDRs) gozam de algum grau de eficácia frente à atuação da Administração Pública. O tema se justifica diante da grande quantidade de demandas judiciais envolvendo os Entes públicos e a seguinte reflexão: poderia um IRDR guiar a atuação interna da Administração Pública na busca de prevenção de conflitos? Como hipótese geral da pesquisa, tem-se a ideia de impossibilidade de vinculação do Ente público, mesmo diante do grande quadro de litigância massificada envolvendo a Administração Pública. No entanto, em hipótese específica, pensa-se numa possibilidade de eficácia social do instituto na busca de prevenir demandas judiciais repetitivas. O estudo usa de metodologia dedutiva, valendo-se da conceituação teórica do IRDR, sua disposição em norma positivada, bem como entendimentos doutrinários sobre a temática, para, ao fim, chegar à conclusão para a casuística em apreço, de se pensar o precedente oriundo do IRDR numa perspectiva social preventiva de litígios repetitivos, aproximando-se de uma norma de conduta social de modal deontico obrigacional.

Palavras-chave: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Ineficácia. Administração Pública.

1. O “INCIDENTE” DE RESOLUÇÃO DE “DEMANDAS” REPETITIVAS: A REFLEXÃO JÁ COMEÇA DO NOME

Antes de analisar propriamente o incidente, deve-se ressaltar breve conceituação do que são consideradas “demandas repetitivas”, existindo diversas concepções de tal fenômeno.

Em definição trazida por Leonardo Carneiro da Cunha, tem-se que:

¹ Mestrando em Direito na Universidade Federal do Amazonas.

Várias demandas individuais podem caracterizar-se como causas repetitivas. De igual modo, várias demandas coletivas podem caracterizar-se como causas repetitivas. O que importa não é o objeto litigioso, mas a homogeneidade, ou seja, a existência de situações jurídicas homogêneas. A litigiosidade de massa é o que identifica as demandas repetitivas, independentemente de o direito ser individual ou coletivos. (CUNHA, 2011, p. 255)

Frente a tais causas repetitivas, surge, com o Código de Processo Civil de 2015, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, previsto entre os arts. 976 a 987 do CPC/15, com inspiração do Direito Alemão e no intuito de fazer as vezes de um incidente de coletivização.

Sobre o tema, Antônio do Passo Cabral ainda destaca que o IRDR não se aplica apenas às pretensões “isomórficas”. Ressalta que a expressão parece remeter a hipóteses em que o traço comum diz respeito ao direito material, no entanto, o IRDR cabe também em relação a questões de natureza processual (CABRAL, 2015, p. 1420).

Válido também salientar que a repetição das questões jurídicas podem surgir ainda que não exista similaridade entre os elementos da demanda, como partes, pedidos e causas de pedir (CAVALCANTI, 2015, p. 527), reforçando-se a ideia de que o IRDR, como instituto de viés objetivo, sem sujeitos em lide, presta-se a discutir teses jurídicas, e não pretensões resistidas.

Aprofundando um pouco mais o tema, o termo “demanda” é, para Fredie Didier Jr., apenas o nome processual da pretensão relativa à relação jurídica substancial, de modo que a afirmação desta relação é que seria o conteúdo da demanda (DIDIER JR., 2015, p. 286).

Vê-se, portanto, que embora o instituto do IRDR esteja assim denominado no ordenamento positivo, a nomenclatura não é das mais adequadas, posto que, como já destacado, demandas, como nome processual da pretensão, podem ser diversas, mas conter, em sua substância, questões jurídicas homogêneas que se repetem nos mais variados tipos de processos (TEMER, 2018, p. 63).

Importante a lição de Sofia Temer, amplamente reproduzida em diversos estudos sobre a temática:

Em realidade, o IRDR visa a solucionar questões repetitivas e não necessariamente demandas repetitivas. Então, apesar de a lei empregar o termo demandas repetitivas, o que se verifica é que há utilização não técnica do termo “demanda”, nesse contexto. Isso porque, a rigor, ao falar em demandas repetitivas deveríamos nos referir a pretensões homogêneas, relativas a relações-modelo (TEMER, 2018, p. 61).

Para autores como Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, o IRDR representa o antigo Incidente de Uniformização de Jurisprudência (IUJ), no entanto, agora com caráter vinculante e eficácia *erga omnes* (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 177).

Ocorre que o atual Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, apesar da semelhança, não se confunde com o Incidente de Uniformização de Jurisprudência na medida em que este era um incidente e, por isso, dependia da existência de outro processo e sobre o qual resolvia apenas questões intermediárias, focadas em amparar as divergências jurisprudências em âmbito de determinado tribunal.

Já o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, apesar de em seu nome constar o termo “incidente”, em verdade, mais se aproxima de uma ação autônoma e de viés objetivo, ou seja, sem partes. Isso porque o IRDR goza de procedimento independente e focado na definição de tese jurídica, não dependendo de base processual prévia para se valer e se perfectibilizar.

Este é, inclusive, o ensinamento de Sofia Temer sobre a temática:

Desse modo, é possível afirmar que o IRDR preocupa-se preponderantemente com a tutela do direito objetivo, com a resolução de um conflito normativo, com a coerência do ordenamento jurídico. Os direitos subjetivos apenas serão tutelados em um segundo momento, por ocasião da aplicação da tese jurídica no julgamento dos casos concretos. Por isso, adotamos o entendimento segundo o qual o incidente de resolução de demandas repetitivas é uma técnica processual objetiva (TEMER, 2016, p. 80).

A despeito das críticas e reflexões que permeiam a razão de ser do IRDR, o que não é alvo do presente estudo, deve-se esmiuçar, ao menos de maneira sucinta, a sistemática do incidente e as regras procedimentais escolhidas pela legislação positivada no intuito de, nos próximos tópicos, analisar seu possível impacto na atuação da Administração Pública.

2. O PROCEDIMENTO NO IRDR

Apenas à guisa de introdução ao instituto, no campo positivado, o IRDR pode ser instaurado quando houver repetição de processos que contenham controvérsia sobre mesma matéria de direito, com decisões conflitantes quanto à temática, consoante se depreende do art. 976 do Código de Processo Civil vigente².

O principal objetivo do IRDR é, portanto, construir teses jurídicas, e não fáticas, que servirão para casos pendentes de julgamento, podendo ser instaurado, não apenas, mas principalmente, em tribunais estaduais e regionais, mais próximos à realidade da litigância repetitiva, na forma do art. 978, parágrafo único do CPC³.

De se notar, ainda, que o IRDR pode, e deve, ter uma maior participação da sociedade e de sujeitos interessados, pois o devido processo legal aplicado a demandas individualizadas não se revela de todo suficiente às causas repetitivas julgadas, ou parametrizadas, em bloco (BASTOS, 2012, p. 54).

Mais especificamente, o incidente possui algumas fases antes de alcançar seu objetivo maior, a fixação de teses. Para tanto, começa-se com a fase de instauração e admissão, importante para filtrar se houve o preenchimento dos requisitos legais para seu cabimento, bem como delimitar o objeto a ser debatido.

Após, há a fase de afetação e instrução, em que há a delimitação do viés subjetivo, identificando os sujeitos passíveis de influir na construção da tese a ser fixada.

2 Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

3 Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal. Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

Ressalte-se que a própria *ratio essendi* do instituto prevê a necessidade de abrir diálogo para enfrentar a questão, conforme se extrai do mandamento de se conferir publicidade no art. 979 do CPC⁴, indicando que o instituto, por seu viés objetivo, não resolve pretensões resistidas, não cuida do lado subjetivo da controvérsia, por não envolver partes em si, fator de vulnerabilidade ao se tolher o amplo diálogo para a construção da tese jurídica a ser fixada.

Por fim, há o julgamento do incidente, em que se resolve, no plano jurídico, a questão de direito levantada fixando-se, como resposta, a tese jurídica a ser aplicada em casos semelhantes ainda pendentes de análise, bem como aos casos que apareçam sobre a temática, na dicção do art. 985 do CPC⁵.

De se notar que estas teses jurídicas tem eficácia vinculante aos tribunais e, mais especificamente, aos seus respectivos Juizados Especiais. Mas, e a Administração Pública?

Por óbvio, não há a vinculação advinda de lei, mas e de uma norma social primada na prevenção de conflitos? É o próximo tópico.

3. O PRECEDENTE JUDICIAL FORMADO EM IRDR VINCULA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA?

Vale dizer, de pronto, que a tese jurídica firmada no IRDR não vincula a Administração Pública, notadamente porque não há previsão legislativa apta a conferir tal efeito.

Especificamente sobre este tema, mister citar Daniel Carneiro Machado, comungando do mesmo pensamento:

Em que pese o novo CPC tenha instituído um sistema de precedentes dotados de eficácia vinculante com o propósito de conferir maior uniformidade, coerência, estabilidade e previsibilidade da jurisprudência, não há previsão específica na lei da extensão dos efeitos vinculativos aos entes públicos, maiores litigantes do Sistema de Justiça. De igual modo, não foi previsto o cabimento da reclamação para fazer valer a autoridade do precedente judicial em face de conduta da Administração Pública (MACHADO, 2016, p. 148).

Interessante notar, ainda, que o art. 927 do CPC/15 é expresso ao dizer que os precedentes judiciais, principalmente, os vinculantes, devem ser observados por juízes e tribunais⁶.

Apenas à guisa de explanação sobre o que seja precedente judicial, num breve e simplório cotejo deste profundo tema, tem-se que o termo precedente origina do brocardo *stare*

4 Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

5 Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

6 Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

decisis et non quieta movere, que significa continuar com as coisas decididas e não mover as coisas quietas (STRECK; ABOUD, 2013, p. 86), representando, no atual ordenamento, um conjunto de decisões judiciais que servirão de balizas no mister de decidir quando diante de situações fáticas semelhantes.

Para Thomas da Rosa Bustamante (2012, p.22), a aplicação dos precedentes judiciais invariavelmente denota um elemento básico da racionalidade humana, que prima pela razão prática do Direito num Estado Constitucional Democrático.

Assim, o precedente judicial, plasmado na racionalidade humana, ganha importância quando se mostra capaz de elevar o grau de objetivação do Direito (BUSTAMANTE, 2012, p. 468).

Precedentes são, portanto, decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões futuras. Aplicar lições do passado para solucionar problemas presentes e futuros é um elemento básico da racionalidade humana (MACCORMICH; SUMMERS, 1997).

Pois bem, mas e a Administração Pública? Nenhum precedente lhe vincula?

A Constituição Federal de 1988 traz exemplos de precedentes judiciais que vinculam sim a atuação da Administração Pública, podendo-se citar o art. 102, §2º da CRFB/88⁷ sobre as decisões em controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Além disso, a Carta Magna também dispõe que os Enunciados de Súmulas Vinculantes também possuem tal eficácia frente a Administração Pública⁸, não se devendo confundir com os demais tipos de Enunciado de Súmula, consoante alerta Hermes Zaneti Júnior:

Bem como vimos, as súmulas vinculantes vinculam a administração pública, diferentemente das demais súmulas, que apenas teriam força persuasiva para a administração, além disto, há claramente uma hierarquia nesta vinculatividade, pois sendo o enunciado da súmula vinculante constituído por quórum qualificado, esta não poderá ser afastada por súmula do STF formulada por quórum simples, portanto, há uma razão para existir a menção as duas espécies de súmulas no art. 927, incs. II e IV, e esta preserva a lógica do ordenamento jurídico (ZANETI JR., Hermes., 2016, p. 368)

Pois bem, percebe-se que existem sim precedentes judiciais que vinculam a atuação da Administração Pública por força de previsão no texto constitucional. Mas, novamente, e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas?

Como já se vem dizendo, não há vinculação advinda da lei com relação ao IRDR, servindo tão somente de persuasão. No mesmo pensamento Sofia Temer:

Esse dispositivo deve ser lido, pensamos, como um mecanismo que confere uma eficácia persuasiva em relação à administração pública. A comunicação pode levar à al-

7 CRFB/88, Art. 102, § 2º: As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

8 CRFB/88, Art. 103-A: O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

teração da conduta dos prestadores dos prestadores de serviço público, por exemplo, ainda que isso decorra de uma questão financeira (pelo cálculo do custo da litigância nesta hipótese) e não da direta obediência à tese. O significado do art. 985, §2º, é diverso, portanto, do significado do art. 927. Enquanto este prevê a eficácia vinculativa, aquele dispõe de uma eficácia que não é compreendida como diretamente obrigatória, e, por isso, não prevê uma subordinação. Uma das consequências dessa diferenciação é que não caberá reclamação contra ato da administração pública que não observar tese fixada no IRDR (TEMER, 2018, p. 221)

A despeito de tal visão, traz-se reflexão sobre a possibilidade de repensar teses judiciais locais para dentro dos expedientes administrativos como uma postura de conferir maior eficiência e senso de preservação da coisa pública.

4. A EFICÁCIA SOCIAL PREVENTIVA DO IRDR

A ideia neste tópico resume-se a: *não é porque a tese jurídica do IRDR não vincule a Administração Pública que não venha a vincular*. Explica-se.

Indo além da teoria, vale salientar cenário fático de frenesi no número de demandas judiciais, confira-se o Relatório Justiça em Números mais atual, de 2021, do Conselho Nacional de Justiça:

Figura 01: Casos pendentes, por ramo de Justiça.



Fonte: Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, 2021.

Segundo o próprio Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, boa parte destas demandas se dá em face dos Entes públicos, o que, de certa forma, influencia

nas diversas searas sociais, seja pelo contingenciamento de recursos para cumprimento de decisões judiciais, seja pela paralisação da execução orçamentária diante de entraves judiciais, razão pela qual as condutas coordenadas da Administração Pública podem influenciar práticas preventivas que embarcem a consecução de suas próprias políticas públicas.

Apesar de o verbete jurídico oriundo do IRDR não gozar de eficácia vinculante para a atuação da Administração Pública, eventual não observância pode ensejar a judicialização da temática e, já em âmbito judicial, a tese veste-se de sua vinculatividade, fazendo com que, tanto o jurisdicionado, como a própria Administração Pública envolvam-se em práticas administrativas dispendiosas e ineficientes ao atingimento de suas finalidades.

Logo, pensar o IRDR para dentro da atuação do Ente público pode prevenir um conflito futuro e, com isso, poder-se-ia pensar, ao menos num viés sociológico, que o precedente oriundo do incidente goza sim de eficácia, não da lei, mas do corpo social, na busca pelo apaziguamento.

Assim, a ideia ora em reflexão se pauta numa perspectiva de dupla funcionalidade do precedente judicial oriundo da tese jurídica do IRDR; é dizer, tem-se o precedente para racionalizar o manejo dos conflitos de interesses já em fase processual e, também, de apaziguamento da sociedade, como que numa eficácia social preventiva.

Os expedientes da Administração Pública, portanto, apesar de não se sujeitarem, legalmente, ao precedente do IRDR, não devem destoar dos costumes sociais do local com relação a este, muito porque a situação pode desaguar no Poder Judiciário, entrando para a estatística de mais uma demanda repetitiva.

Dito de outro modo, da mesma forma que um particular pauta suas atividades para não contrariar um precedente judicial, como no caso de um IRDR, por que não pensar esta ideia também para o Ente público, como valor de norma, ou seja, de observância mais acurada?

Mesmo que esta espécie de norma ampla e principiológica não traga consigo sanção coercitiva para reprimir eventual desobediência, esta, por si só, já exprime verdadeira penalidade ao meio social, distanciando-se da diretriz de busca pelo bem comum.

Tal perspectiva sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas pode, também, ressaltar este como mecanismo de construção de precedentes para lidar com causa reiteradas em face do Ente público. É dizer, poderia, então, a Administração Pública suscitar IRDRs?

Do cotejo frio do art. 977 do CPC⁹, talvez se possa interpretar de maneira negativa, na medida em que não há expressamente a menção às Fazendas Públicas, tal como existem ao Ministério Público e Defensorias Públicas.

Sucede que os Entes públicos gozam de personalidade jurídica, bem como de capacidade processual, ou seja, podem ser partes numa relação processual e, nesta condição, parece ser possível sim sua legitimação para suscitar um IRDR, notadamente diante da previsão do art. 977, II do CPC¹⁰.

Portanto, a Administração Pública, enquanto parte em demandas repetitivas poderia sim suscitar IRDRs, e o grande interesse nisso pode se dar tanto num olhar repressivo, para

9 Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: I - pelo juiz ou relator, por ofício; II - pelas partes, por petição; III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição. Parágrafo único. O ofício ou a petição será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente.

10 Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: (...) II - pelas partes, por petição;

conter demandas repetitivas presentes e futuras; como num olhar preventivo, buscando interpretação jurídica no Poder Judiciário local a fim de consolidar precedentes que, se prontamente não vinculam a atuação da Administração, acaso ajuizada a contenda, vincularão.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, tal possibilidade de a Administração Pública buscar o Poder Judiciário local para construir teses jurídicas pode funcionar como mecanismo estratégico para prevenir conflitos, remediar as questões já ajuizadas e, mais ainda, formar um sentimento social de condutas esperadas, o que enaltece a segurança jurídica nas relações com o Ente público.

A perspectiva de a própria Administração Pública ter uma postura mais ativa para suscitar Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas pode ter efeitos a médio prazo, reduzindo o quantitativo de processos repetidos e, com isso, haver uma economia para o Ente público, muito porque não haverá condenações desnecessárias, como a de honorários, eventuais encargos, o gasto da máquina administrativa, bem como outros expedientes que acabam pesando no orçamento público.

Pensar na prevenção é, pois, uma ideia que aparenta ter algum nível de sucesso, embora não haja como comprovar, a curto prazo, tal eficácia. No entanto, olhar o frenesi do aumento das demandas sem reinventar atuações administrativas não parece ser algo razoável frente ao cenário da litigância em massa do mundo moderno.

Logo, pensar no campo da eficiência, produção de efeitos, das teses jurídicas oriundas de IRDRs locais para o campo pré processual, não se mostra de todo equivocada pela inexistência de eficácia vinculante, pois a norma jurídica também se pode extrair para além do texto frio da lei, encontrando amparo deontológico nos princípios que norteiam o corpo social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar, **O devido processo legal nas demandas repetitivas**. 2012. 266p. Tese (Doutorado em direito) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de direito. Salvador, 2012;

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012;

CABRAL, Antonio do Passo. **Comentários aos arts. 976 a 987**. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015;

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas**. Salvador: Juspodvm, 2015;

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, vol. 193, março/2011;

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015;

MACHADO, Daniel Carneiro. **A (in) compatibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas com o modelo constitucional de processo: a participação democrática do juiz e das partes na construção do provimento jurisdicional**. 26-out-2016. Tese. Doutorado. UFMG;

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC. Críticas e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010;

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – O precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2 Ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014;

SUMMERS, Robert S. **Precedent in the United States (New York States)**. In MACCOR-MICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coord.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Estados Unidos: Dartmouth, 1997.

TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2018;

ZANETI JR., Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes. Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 369.

O direito fundamental à alimentação adequada: sobre o conflito entre a segurança alimentar e a concessão de incentivos fiscais a agrotóxicos

Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho¹

RESUMO

O emprego irresponsável e indiscriminado de agrotóxicos implica ataque brutal e às vezes irreversível ao meio ambiente, quando não diretamente ao próprio ser humano. As normas do Convênio ICMS 100/97 e da Tabela de Incidência do IPI, que concedem benefícios fiscais a agrotóxicos e que são objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5553, em tramitação no Supremo Tribunal Federal, acabam por facilitar o acesso a tais substâncias, além de estimular o consumo intensivo delas, configurando manifesta inconstitucionalidade, por ferir o direito à saúde e ao meio ambiente equilibrado. Assim, a concessão de benefícios fiscais às referidas substâncias acaba, também, por afrontar o princípio da seletividade no IPI e no ICMS, pois, ao estabelecer carga tributária reduzida para produto nocivo, contraria o interesse público.

Palavras-chave: Direito à alimentação. Benefícios fiscais. Agrotóxicos.

1. INTRODUÇÃO

Foi ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5553 que tem como objeto as Cláusulas Primeira e Terceira do Convênio ICMS 100/97², do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), e dispositivos da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (TIPI), estabelecida pelo Decreto n. 7.660, de 23.12.2011.

1 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE e pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professor da Faculdade de Direito da UFAM. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDir) da UFAM. Procurador do Estado do Amazonas. Advogado.

2 Publicado no D.O.U. de 06.11.1997. Ratificação Nacional D.O.U. de 21.11.1997 pelo Ato COTEPE-ICMS 17/97.

A Cláusula Primeira do Convênio 100/97 reduz em 60% (sessenta por cento) a base de cálculo do ICMS nas operações de saídas interestaduais com agrotóxicos.

Já a Cláusula Terceira do citado Convênio autoriza os Estados e o Distrito Federal a conceder o mesmo benefício às operações internas envolvendo tais produtos.

O Decreto n. 7.660/2011, por sua vez, concedia isenção total de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) aos agrotóxicos³.

O Relator da ADI, Ministro Edson Fachin, adotou o rito abreviado previsto no art. 12 da Lei n. 9.868, de 10.11.1999⁴, e, em Sessão do Plenário Virtual (11.11.2020), votou no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade das Cláusulas Primeira, inciso I e II, e Terceira, em relação aos incisos referidos, do Convênio n. 100/97, com efeitos *ex nunc*, e da fixação da alíquota zero aos agrotóxicos indicados na Tabela do IPI, anexa ao Decreto 8.950, de 29.12.2016 (que substituiu o Decreto n. 7.660/2011). Em razão de pedido de vista dos autos formulado pelo Ministro Gilmar Mendes, o julgamento foi suspenso e até o presente momento (em que se escreve este artigo) não foi retomado, estando os autos conclusos ao relator desde 23.05.2023.

O presente artigo busca analisar a constitucionalidade das disposições atacadas na ADI 5553, examinando, de modo particular, sua compatibilidade com o princípio da seletividade tributária, constante dos artigos 153, § 3º, inciso I (IPI) e 155, § 2º, inciso III (ICMS) da Constituição Federal.

2. O DIREITO À ALIMENTAÇÃO

No plano internacional, o direito humano à alimentação adequada é previsto no art. 25, número 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁵:

Artigo 25.

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive *alimentação*, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

2. (...) (destaque nosso)

Referido direito é definido com maior precisão no art. 11 do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966⁶:

3 Referido ato normativo, contudo, foi revogado após o ajuizamento da mencionada ADI, tendo sido substituído pelo Decreto n. 8.950, de 29.12.2016, que aprova a TIPI atualmente em vigor.

4 Lei 9.868/1999: "Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação".

5 Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10.12.1948.

6 O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19.12.1966. O texto do referido diploma internacional foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 226, de 12.12.1991. A Carta de Adesão ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi depositada em 24.01.1992. O pacto entrou em vigor,

ARTIGO 11

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

2. Os Estados Partes do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessárias para:

a) Melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais;

b) Assegurar uma repartição eqüitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios.⁷

No plano constitucional, cabe destacar que o direito à alimentação era expressamente mencionado na redação original da Constituição de 1988.

Em 07.08.2001, foi apresentada no Senado Federal, pelo Senador Antonio Carlos Valadares (PSB/SE) e outros, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 21, que alterava a redação do art. 6º da Constituição Federal, para nele incluir como direito social a alimentação.

Tendo sido aprovada no Senado Federal, a PEC 21/2001 foi encaminhada à Câmara dos Deputados, onde passou a tramitar como PEC 47/2003, tendo sido afinal promulgada como a Emenda Constitucional (EC) n. 64, de 04.02.2010, que inseriu no art. 6º da CF a alimentação no rol dos direitos sociais⁸.

No plano infraconstitucional, o direito à alimentação já era reconhecido mesmo antes da promulgação da EC 64/2010.

Com efeito, a Lei n. 11.346, de 15.09.2006, que criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN, em seu art. 2º estabelecia que a alimentação adequada “é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal”⁹.

para o Brasil, em 24.04.1992, na forma de seu art. 27, parágrafo 2º, tendo sido promulgado pelo Decreto n. 591, de 06.07.1992.

7 Merece destaque o Comentário Geral n. 12 (sobre o art. 11 do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Alto Comissariado de Direitos Humanos/ONU – 1999. Segundo o Comitê, compete a cada Estado Parte assegurar a satisfação de níveis essenciais mínimos de cada um dos direitos consagrados no Pacto. Assim, por exemplo, um Estado Parte em que um número significativo de indivíduos se encontra privado de gêneros alimentícios essenciais, está, à primeira vista, em falha com as suas obrigações em relação ao Pacto (Comentário Geral n. 3 – sobre o art. 2º, número 1, do Pacto – A natureza das obrigações dos Estados Partes).

8 Em verdade, como ressaltam Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Renata Marques Ferreira, o direito à alimentação já era tutelado pela Constituição mesmo antes da EC 64/2010, mas desde o momento em que o Texto Constitucional adotou, em 1988, como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), dentro de um contexto em que assegurou também a tutela jurídica dos bens essenciais à sadia qualidade de vida/bens ambientais (art. 225) (**Segurança alimentar e desenvolvimento sustentável**: a tutela jurídica da alimentação e das empresas alimentares em face do direito ambiental brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 25).

9 Também anteriormente à EC 64/2010, já tínhamos no Brasil a Lei n. 11.947, de 16.06.2009, que dispõe sobre a alimentação escolar, que, nos termos do art. 3º do citado diploma legal, é “direito dos alunos da educação básica pública e dever do Estado”.

O direito à alimentação pode ser enquadrado em duas categorias: a dos direitos de defesa (negativos) e a dos direitos prestacionais (positivos)¹⁰.

O aspecto negativo significa que o direito à alimentação, por estar assegurado na CF, não deve sofrer embaraços impostos pelo Estado no sentido de reduzi-lo ou dificultar o acesso a ele.

O aspecto positivo, por sua vez, que decorre da circunstância do direito à alimentação ser classificado como um *direito social*, refere-se ao dever do Estado adotar políticas públicas para a promoção, efetivação e proteção do direito à alimentação adequada.

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU, no Comentário Geral n. 12 (sobre o art. 11 do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) considera que o conteúdo básico do direito à alimentação adequada implica:

(i) a *disponibilidade* de alimentos em quantidade e qualidade suficientes para satisfazer as necessidades alimentares dos indivíduos, *sem substâncias nocivas* e aceitáveis numa determinada cultura; e

(ii) *acessibilidade* a estes alimentos em formas que sejam sustentáveis e que não dificulte a satisfação de outros direitos humanos.

3. O DIREITO À ALIMENTAÇÃO COMO CLÁUSULA PÉTREA

Como direito fundamental que é, o direito à alimentação apresenta-se como limite substancial (ou material) à reforma constitucional, devendo, pois, ser considerado como uma das chamadas “cláusulas pétreas”, também conhecidas como *cláusulas de imutabilidade* ou *garantias de eternidade*. Tais cláusulas dizem respeito a conteúdos que não podem ser objeto de deliberação pelo poder de reforma constitucional *com intuito de serem abolidos*.

No texto constitucional vigente, tais conteúdos são aqueles previstos no § 4º do art. 60, que impede até mesmo a deliberação sobre proposta de emenda tendente a abolir, dentre outros temas, “os direitos e garantias individuais” (inciso IV).

É importante definir o conteúdo da expressão “direitos e garantias individuais”, tal como empregada pelo art. 60, § 4º, inciso IV, da CF, para o fim de traçar os contornos do alcance da referida cláusula pétrea.

O Título II da Constituição de 1988, denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, é dividido em cinco Capítulos: Capítulo I – “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” (art. 5º); Capítulo II – “Dos Direitos Sociais” (arts. 6º a 11); Capítulo III – “Da Nacionalidade” (arts. 12 e 13); Capítulo IV – “Dos Direitos Políticos” (arts. 14 a 16); e Capítulo V – “Dos Partidos Políticos” (art. 17).

O § 4º do art. 60 da CF, por sua vez, ao enumerar as limitações materiais às emendas constitucionais, refere-se, em seu inciso IV, a “direitos e garantias individuais”.

Referido dispositivo, em uma interpretação literal e restritiva, somente atribuiria a condição de cláusula pétrea aos direitos fundamentais consagrados no art. 5º da CF – e mesmo relativamente a estes, apenas alcançaria os “individuais”, excluindo, pois, os “coletivos”.

10 “Ao Estado resta a obrigação de atuar, ora de maneira positiva, ora de maneira negativa, mas sempre viabilizando a aquisição de alimentos de qualidade, e também zelando pela produção qualitativa e não quantitativa” (SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Teoria geral do direito à alimentação: cultura, cidadania e legitimação. Birigui, SP: Boreal Editora, 2015, p. 167).

Não é este, contudo, o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que, para além das disposições do art. 5º da CF, já reconheceu como limitações materiais ao poder de reforma constitucional também os direitos sociais¹¹ e os direitos políticos¹². Quanto a estes últimos, a Corte já admitiu como cláusula pétrea o princípio da anterioridade da lei eleitoral (art. 16), por representar garantia individual do cidadão-eleitor¹³.

Cabe destacar que até mesmo disposições localizadas fora do Título II da CF já foram consideradas pelo STF como direitos fundamentais e, pois, como cláusulas pétreas.

É o caso, por exemplo, dos princípios tributários da anterioridade (art. 150, inciso III, alínea *b*, CF)¹⁴ e da anterioridade nonagesimal (art. 195, § 6º, CF)¹⁵ e da chamada “imunidade tributária recíproca” (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros – art. 150, inciso VI, alínea *a*, CF), esta última considerada como garantia da Federação (art. 60, § 4º, inciso I, CF)¹⁶.

É, ainda, o caso da imunidade das entidades beneficentes de assistência social à contribuição para a seguridade social, prevista no § 7º do art. 195 da CF¹⁷.

Conclui-se, portanto, que, para os efeitos do art. 60, § 4º, inciso IV, da CF, na referência a “direitos e garantias individuais”, deve-se entender como compreendidos os “direitos e garantias fundamentais”, gênero ao qual pertencem os direitos sociais, dentre eles o direito à alimentação.

No caso específico dos direitos sociais há, ainda, outro aspecto a ser considerado: o princípio da *proibição do retrocesso social*, que impede, em tema de direitos fundamentais prescricionais, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.

Tal cláusula traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado, consoante decidiu o STF:

Em conseqüência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prescricionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob

11 ADI 1946/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, j. em 03.04.2003, DJ 16.05.2003, p. 91. No mencionado julgado, o direito social em questão era o salário da licença maternidade, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da CF.

12 “O pleno exercício de direitos políticos por seus titulares (eleitores, candidatos e partidos) é assegurado pela Constituição por meio de um sistema de normas que conformam o que se poderia denominar de devido processo legal eleitoral. Na medida em que estabelecem as garantias fundamentais para a efetividade dos direitos políticos, essas regras também compõem o rol das normas denominadas cláusulas pétreas e, por isso, estão imunes a qualquer reforma que vise a aboli-las” (RE 633703/MG, com repercussão geral, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. em 23.03.2011, DJe-219 divulg. 17.11.2011 public. 18.11.2011).

13 ADI 3685/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, j. em 22.03.2006, DJ 10.08.2006, p. 19.

14 ADI 939/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, j. em 15.12.1993, DJ 18.03.1994, p. 5165; ADI 5733/AM, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Pleno, j. em 20.09.2019, DJe-215 divulg. 02.10.2019 public. 03.10.2019.

15 RE 587008/SP, com repercussão geral reconhecida, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, j. em 02.02.2011, DJe-084 divulg. 05.05.2011 public. 06.05.2011.

16 ACO-TA-Ref 2023/AC, Rel. Min. Rosa Weber, Pleno, j. em 25.04.2013, DJe-111 divulg. 12.06.2013 public. 13.06.2013; ADI 939/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, j. em 15.12.1993, DJ 18.03.1994, p. 5165. Neste último julgado também foi reconhecida a condição de cláusulas pétreas às demais normas imunizantes do inciso VI do art. 150 da CF.

17 Nesse sentido: “A isenção prevista na Constituição Federal (art. 195, § 7º) tem o conteúdo de regra de supressão de competência tributária, encerrando verdadeira imunidade. As imunidades têm o teor de cláusulas pétreas, expressões de **direitos fundamentais**, na forma do **art. 60, § 4º, da CF/88**, tornando controversa a possibilidade de sua regulamentação através do poder constituinte derivado e/ou ainda mais, pelo legislador ordinário” (STF, RE 636941/RS, com repercussão geral reconhecida, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, j. em 13.02.2014, DJe-067 divulg. 03.04.2014 public. 04.04.2014) (destaques nossos).

pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.¹⁸

4. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE AGROTÓXICOS

Consoante anteriormente exposto, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU, no Comentário Geral n. 12, ao definir o conteúdo básico do direito à alimentação adequada, considera que referido direito implica a *disponibilidade* de alimentos “sem substâncias nocivas”.

A expressão “sem substâncias nocivas”, empregada com o intuito de evitar a contaminação dos alimentos, referiu-se aos chamados “agrotóxicos”, produtos utilizados com a finalidade de preservar aqueles da ação danosa de seres vivos considerados nocivos¹⁹.

No Brasil, a Lei n. 7.802, de 11.07.1989, regulamenta não apenas a utilização de agrotóxicos, mas também a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de tais produtos, seus componentes e afins²⁰. Referida lei encontra-se regulamentada pelo Decreto n. 4.074, de 04.01.2002²¹.

Em razão de sua significativa toxicidade, a utilização dos agrotóxicos é detalhadamente regulamentada pela mencionada legislação brasileira, a fim de impedir o uso indiscriminado de tais substâncias.

De acordo com a Lei n. 7.802/1989, os agrotóxicos, seus componentes e afins, só podem ser produzidos, exportados, importados, comercializados e utilizados, se previamente *registrados* em órgão federal, de acordo com as diretrizes e exigências dos órgãos federais responsáveis pelos setores da saúde, do meio ambiente e da agricultura (art. 3º, *caput*).

Por sua vez, as pessoas físicas e jurídicas que sejam prestadoras de serviços na aplicação de agrotóxicos, seus componentes e afins, ou que os produzam, importem, exportem ou comercializem, devem estar registradas nos órgãos competentes, do Estado ou do Município, atendidas as diretrizes e exigências dos órgãos federais responsáveis que atuam nas áreas da saúde, do meio ambiente e da agricultura (art. 4º, *caput*, Lei n. 7.802/1989).

Ressalte-se que, apesar de haver uma legislação federal sobre agrotóxicos, nada impede que os Estados e os Municípios legislem sobre o tema, consoante já decidiu o STF²². No

18 ARE-AgR 639337/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 23.08.2011, *DJe*-177 divulg. 14.09.2011 public. 15.09.2011. Sobre a aplicação pelo STF do princípio da proibição de retrocesso em matéria socioambiental: ADI 4717/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, j. em 05.04.2018, *DJe*-031 divulg. 14.02.2019 public. 15.02.2019.

19 Em sua petição inicial, o autor da ADI 5553, mencionada na introdução deste trabalho, informa que o uso intensivo de agrotóxicos faz do Brasil o campeão mundial de consumo destes produtos desde 2008, e quatro *commodities* agrícolas concentram tal consumo: soja, cana-de-açúcar, milho e algodão. Reproduz informações do Anuário do Agronegócio, segundo as quais as indústrias produtoras dos chamados “defensivos agrícolas” tiveram receita líquida de cerca de R\$ 15 bilhões em 2010, e 92% desse total são controlados por empresas de capital estrangeiro.

20 Anteriormente à Lei n. 7.802/1989, os agrotóxicos, seus componentes e afins eram registrados com base na Lei n. 6.360, de 23.09.1976, que dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos. O tema também era regulado pelo Decreto n. 24.114, de 12.04.1934, que dispõe sobre a defesa sanitária vegetal. Neste diploma, como observa Cleber Adriano Rodrigues Folgado, os agrotóxicos – que não eram assim designados – eram tratados principalmente no Capítulo VI, que versa sobre fiscalização de inseticidas e fungicidas com aplicação na lavoura (Sistema normativo de agrotóxicos: elementos de contextualização histórica e reflexão crítica. In: FOLGADO, Cleber Adriano Rodrigues (org.). **Direito e agrotóxico**: reflexões críticas sobre o sistema normativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 14).

21 Anteriormente ao Decreto n. 4.074/2002, a Lei n. 7.802/1989 era regulamentada pelo Decreto n. 98.816, de 11.01.1990.

22 Relativamente aos Municípios: RE-AgR 607468/RS, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 1ª Turma, j. em 22.03.2019, *DJe*-064 divulg. 29.03.2019 public.

caso dos Municípios, entendeu a Corte que se trataria de “assunto de interesse local” (art. 30, inciso I, CF)²³ e também da competência suplementar municipal (art. 30, inciso II, CF)²⁴.

O STF decidiu, todavia, que é inconstitucional a lei estadual que cria restrições à comercialização, à estocagem e ao trânsito de produtos agrícolas importados no Estado, ainda que tenha por objetivo a proteção da saúde dos consumidores diante do possível uso indevido de agrotóxicos por outros países. A matéria é predominantemente de comércio exterior e interestadual, sendo, portanto, de competência privativa da União (art. 22, inciso VIII, CF)²⁵.

5. O PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE TRIBUTÁRIA

O princípio da seletividade tributária, quanto ao imposto sobre produtos industrializados (IPI), encontra-se previsto no art. 153, § 3º, inciso I, da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

(...)

IV - produtos industrializados;

(...)

§ 3º O imposto previsto no inciso IV:

I - será seletivo, em função da essencialidade do produto;

(...)

Relativamente ao imposto sobre circulação de mercadorias e prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), referido princípio é estabelecido no art. 155, § 2º, inciso III, da CF, que, modificado pela Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, ostenta a seguinte redação:

01.04.2019.

23 Nesse sentido: RE-AgR 1045719/MG, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, j. em 05.02.2018, *DJe*-027 divulg. 14.02.2018 public. 15.02.2018; RE-AgR 740773/MG, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 1ª Turma, j. em 10.05.2019, *DJe*-104 divulg. 17.05.2019 public. 20.05.2019; RE-ED-AgR 1070796/PR, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, j. em 20.10.2020, *DJe*-275 divulg. 18.11.2020 public. 19.11.2020. Neste último processo, o Ministro Dias Toffoli, em seu voto, acompanhou o voto da Relatora (a decisão foi unânime), mas fez questão de esclarecer seu entendimento no sentido de que “a proibição de venda e utilização de herbicida por lei municipal – ainda que esse tenha sua comercialização permitida pela União e pelo estado – não é absolutamente vedada; exige-se, contudo, que essa proibição esteja amparada em peculiaridade específica, isto é, em interesse eminentemente local e particular àquela municipalidade”. E conclui: “é imprescindível, portanto, que a restrição seja clara e objetivamente justificada por algum fator específico da localidade. Amparar a proibição em motivação genérica, abstrata, pouco acurada, implica, inegavelmente, violação da repartição constitucional de competências, bem como afronta à segurança jurídica, à isonomia e à livre concorrência (...)”.

24 ARE-AgR 1181100/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. em 11.10.2019, *DJe*-229 divulg. 21.10.2019 public. 22.10.2019; RE-AgR 761056/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. em 13.03.2020, *DJe*-065 divulg. 19.03.2020 public. 20.03.2020. No sistema constitucional anterior, o STF entendia ser inconstitucional a legislação estadual que dispusesse sobre agrotóxicos, por invadir competência da União para estabelecer proibições a produção, comércio e consumo de mercadorias que contivessem substâncias nocivas. Nesse sentido: Rp 1150/RS, Red. do acórdão: Min. Oscar Corrêa, Pleno, j. em 16.05.1985, *DJ* 25.10.1985, p. 19145; Rp 1153/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho, Pleno, j. em 16.05.1985, *DJ* 25.10.1985, p. 19145; Rp 1247/MS, Rel. Min. Francisco Rezek, Pleno, j. em 12.12.1985, *DJ* 14.03.1986, p. 3384; Rp 1242/BA, Rel. Min. Octavio Gallotti, Pleno, j. em 08.05.1986, *DJ* 13.06.1986, p. 10448; Rp 1277/ES, Rel. Min. Francisco Rezek, Pleno, j. em 04.06.1986, *DJ* 01.07.1988, p. 16896; Rp 1243/PE, Rel. Min. Néri da Silveira, Pleno, j. em 29.09.1988, *DJ* 13.03.1992, p. 2922.

25 ADI 3813/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, j. em 12.02.2015, *DJe*-073 divulg. 17.04.2015 public. 20.04.2015. A jurisprudência do STF firmou-se no sentido da inconstitucionalidade das leis estaduais que constituam entraves ao ingresso de produtos nos Estados da Federação ou a sua saída deles, provenham esses do exterior ou não. Nesse sentido: ADI 280/MT, Rel. Min. Francisco Rezek, Pleno, j. em 13.04.1994, *DJ* 17.06.1994, p. 15706.

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

III - poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços;

(...)

Como se vê, o que a Constituição estatui “é que se trate diferentemente os produtos, selecionando-os em função da sua essencialidade, ou seja, gravando mais os nocivos, os supérfluos, em benefício de uma menor taxação ou isenção dos bens socialmente mais importantes”²⁶.

Em termos operacionais, o princípio constitucional da seletividade dispõe que a alíquota do imposto seja *inversamente proporcional* à essencialidade do produto, da mercadoria ou do serviço: quanto maior for a essencialidade destes, menor será a alíquota incidente na operação; quanto menor for a essencialidade, maior será a alíquota aplicável.

A seletividade da alíquota dos referidos impostos “exige, em primeiro lugar, uma classificação de tais produtos ou mercadorias, para que, de acordo com o grau de essencialidade, sejam tributados de forma diversa”²⁷.

Sobre o conceito jurídico de “essencialidade”, Regiane Binhara Esturílio, interpretando sistematicamente a Constituição, considera que essencial é a qualidade de um produto, mercadoria ou serviço de ser indispensável à satisfação de uma ou várias categorias de necessidades, como, por exemplo, a alimentação²⁸.

A seletividade, de certa forma, é uma decorrência do princípio da *capacidade contributiva*²⁹, previsto no § 1º do art. 145 da CF, segundo o qual os impostos, sempre que possível, deverão ser graduados segundo a *capacidade econômica* do contribuinte.

Com efeito, como observa Américo Lacombe: “Presume-se que produtos ou mercadorias supérfluos sejam consumidos pelas classes de maior capacidade contributiva”. Mas, enfatiza referido autor: “O critério para se aferir tal essencialidade baseia-se, é óbvio, em presunção”³⁰.

26 CRUZ, Antônio Maurício da. **O IPI: limites constitucionais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984, p. 66.

27 LACOMBE, Américo Lourenço Masset. **Princípios constitucionais tributários**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 41.

28 ESTURÍLIO, Regiane Binhara. **A seletividade no IPI e no ICMS**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 122.

29 Nesse sentido: FREITAS, Leonardo Buissa. **Tributação sobre o consumo, indução econômica e seletividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 250; LEÃO, Armando Zurita. **Direito constitucional tributário: o princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999, p. 98; OLIVEIRA, Maria Alessandra Brasileiro de. A extrafiscalidade como instrumento de realização da justiça. **Tributo – Revista do Instituto Cearense de Estudos Tributários**. n. 2. Fortaleza: ABC Editora, jan.-jul./2001, p. 265.

30 LACOMBE, Américo Lourenço Masset. **Princípios constitucionais tributários**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 40. Para Regiane Binhara Esturílio, o regime seletivo de fixação de alíquotas no IPI e no ICMS existe para amenizar a regressividade e compensar a impossibilidade de aplicação, quanto aos referidos impostos, do princípio da capacidade contributiva: “Tais impostos não realizam, necessariamente, a capacidade contributiva, porque: são regressivos (fenômeno pelo qual pessoas com diferentes e até mesmo opostas capacidades contributivas suportam a mesma carga tributária); o repasse ou não de eventuais reduções da carga tributária dependerá das circunstâncias de competitividade entre os agentes econômicos; a seletividade é objetiva, deve partir da análise do bem ou serviço e não das condições pessoais e particulares daque-

A seletividade, como bem observa Maria Alessandra Brasileiro de Oliveira, “é um salutar mecanismo de viabilização de uma política *extrafiscal*” (destaque no original)³¹.

Com efeito, a extrafiscalidade ocorre quando o tributo é utilizado pelo Estado como instrumento para intervenção no domínio econômico ou social, disciplinando comportamentos com vistas à correção de situações sociais indesejadas e à condução da economia, sendo secundária a finalidade de simples arrecadação de recursos para o custeio dos encargos públicos.

A extrafiscalidade, no dizer de Geraldo Ataliba, é o emprego deliberado dos instrumentos tributários com objetivos não fiscais, mas ordinatórios, isto é, regulatórios “de comportamento sociais, em matéria econômica, social e política”³².

Temos, assim, como exemplos de extrafiscalidade a concessão de incentivos fiscais e a chamada “extrafiscalidade negativa”, que se dá mediante atos de dissuasão.

No caso da seletividade, a extrafiscalidade se manifesta quando se reduz a alíquota incidente sobre produtos, mercadorias ou serviços mais essenciais ou quando é majorada no caso dos mais supérfluos ou até mesmo nocivos.

A extrafiscalidade, contudo, não pode assumir contornos de confisco, ao ponto de expropriar o contribuinte do bem objeto da tributação³³. Assim, mesmo para os produtos, mercadorias e serviços não essenciais, a alíquota do imposto não pode ser confiscatória, isto é, fixada de modo a inviabilizar a manutenção da atividade econômica³⁴.

Cabe destacar que para a União, no que tange ao IPI, a observância da seletividade é obrigatória, ao passo que, para os Estados e o Distrito Federal, quanto ao ICMS, a adoção de tal sistemática é facultativa³⁵.

6. A CONCESSÃO DE INCENTIVOS FISCAIS A AGROTÓXICOS E QUESTÃO DA SELETIVIDADE TRIBUTÁRIA

O Convênio ICMS 100/97, celebrado no âmbito do CONFAZ, reduziu em 60% (sessenta por cento) a base de cálculo do ICMS nas operações de saídas interestaduais com agrotóxicos (Cláusula Primeira) e autorizou os Estados e o Distrito Federal a conceder tal benefício às operações internas envolvendo os mesmos produtos (Cláusula Terceira).

O Decreto 8.950/2016 (que substituiu o Decreto n. 7.660/2011), por sua vez, estabeleceu alíquota zero aos agrotóxicos indicados na Tabela do IPI, anexa ao referido ato normativo.

le que suportará o ônus financeiro pelo pagamento do tributo pelo fenômeno da repercussão” (**A seletividade no IPI e no ICMS**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 163). Eduardo Sobral Tavares entende que a seletividade tributária não é apta a concretizar o princípio da capacidade contributiva em relação ao IPI e ao ICMS, por se apresentarem como impostos indiretos, “uma vez que não há correlação inexorável entre o bem econômico adquirido e a disponibilidade de riqueza do consumidor” (**Princípio da seletividade e essencialidade tributária: uma perspectiva libertária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 164).

31 OLIVEIRA, Maria Alessandra Brasileiro de. A extrafiscalidade como instrumento de realização da justiça. **Tributo – Revista do Instituto Cearense de Estudos Tributários**. n. 2. Fortaleza: ABC Editora, jan.-jul./2001, p. 265.

32 ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 150-151. Sobre o tema, decidiu o STF que, em princípio, “não ofende a Constituição a utilização de impostos com função extrafiscal com o objetivo de compelir ou afastar o indivíduo de certos atos ou atitudes” (RE-ED-ED 218287/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, j. em 30.06.2017, DJe-176 divulg. 09.08.2017 public. 10.08.2017).

33 ZILVETI, Fernando Aurelio. **Princípios de direito tributário e a capacidade contributiva**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 200.

34 CRUZ, Antônio Maurício da. **O IPI: limites constitucionais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984, p. 67.

35 Entende Leonardo Buissa Freitas que a locução “poderá”, empregada no inciso III do § 2º do art. 155 da CF, deve ser entendida como “deverá” (**Tributação sobre o consumo, indução econômica e seletividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 251).

Na ADI 5553, ajuizada para obter a declaração de inconstitucionalidade das referidas normas, a Advocacia-Geral da União (AGU) defendeu os atos impugnados³⁶, sustentando não ter havido afronta ao princípio da seletividade tributária:

Isso porque, segundo destacam as informações presidenciais, a concessão de benefícios fiscais do ICMS e do IPI em favor dos agrotóxicos, dentro da margem de discricionariedade dos Poderes Legislativo e Executivo na implementação de políticas fiscais e econômicas, tencionou justamente baratear a produção alimentícia nacional, a fim de proporcionar alimentos em valor mais acessível à grande maioria da população brasileira.

O argumento da AGU, todavia, é improcedente e não resiste a uma análise, ainda que superficial.

Com efeito, registre-se, inicialmente, que os benefícios do ICMS e do IPI cuja constitucionalidade é discutida na ADI 5553 *não foram concedidos a alimentos*, estes sim produtos inegavelmente essenciais ao ser humano, mas a *agrotóxicos*.

Quanto à alegação de que tais benefícios fiscais teriam por objetivo baratear os custos da produção alimentícia nacional, para torna-la mais acessível à população, vale lembrar que o direito constitucional à alimentação não é a acessibilidade a *qualquer alimentação*, mas uma *alimentação adequada*, sem substâncias perigosas, como, por exemplo, os agrotóxicos.

Argumenta, ainda, a AGU que a concessão de benefícios fiscais estaria “dentro da margem de discricionariedade dos Poderes Legislativo e Executivo na implementação de políticas fiscais e econômicas”.

De fato, consoante observa Fernando Aurelio Zilveti, o Estado “tem liberdade para conduzir a tributação de modo que realize seus programas de governo e cumpra suas funções descritas na Constituição”³⁷. Integra tal liberdade o poder de conceder benefícios fiscais, que, tratando desigualmente situações desiguais, acaba por atingir a plena realização do princípio da isonomia.

No entanto, como bem leciona Américo Lacombe, tal tratamento diferenciado estabelecido em lei, há de respeitar a uma correlação lógica entre a diferenciação estabelecida e o fim a que se destina³⁸.

No que tange à seletividade, o critério objetivo-valorativo de definição de essencialidade é *axiológico*, pois qualificado pela relação do bem econômico com os valores fundamentais do ordenamento jurídico³⁹.

Assim, se seletividade deve ser estabelecida com vistas aos valores constitucionalmente prestigiados⁴⁰, a concessão de benefícios fiscais a agrotóxicos, além de não privilegiar o direito à alimentação *adequada*, corolário da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III,

36 CF: “Art. 103. (...) § 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que **defenderá o ato ou texto impugnado**” (destaque nosso).

37 ZILVETI, Fernando Aurelio. **Princípios de direito tributário e a capacidade contributiva**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 347.

38 LACOMBE, Américo Lourenço Masset. **Princípios constitucionais tributários**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 41.

39 TAVARES, Eduardo Sobral. **Princípio da seletividade e essencialidade tributária: uma perspectiva libertária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 176 e 217.

40 CRUZ, Antônio Maurício da. **O IPI: limites constitucionais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984, p. 67.

CF), também não prestigia a proteção ao meio ambiente, necessário à sadia qualidade de vida (art. 225, CF).

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O emprego irresponsável e indiscriminado de agrotóxicos, alerta Roberto Grassi Neto, pode, “mesmo sendo de indubitável utilidade no cultivo de determinadas lavouras, implicar ataque brutal e às vezes irreversível ao meio ambiente, quando não diretamente ao próprio homem”⁴¹.

A utilização de tais produtos, no dizer de Gladstone Leonel Júnior, “interessa, sobretudo, a um modelo agrícola perverso, que não trata o ser humano como um cidadão, mas mero consumidor, nem os elementos da natureza, como terra, água, mata de forma sustentável, pois veem ali só matéria para a exploração”⁴².

Nas Medidas Cautelares concedidas nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 656 e 658⁴³, o Plenário do STF alertou para os seguintes dados:

a) estudos científicos, inclusive da Universidade de São Paulo, evidenciam que o consumo de agrotóxicos no mundo aumentou em 100 % (cem por cento) entre os anos de 2000 e 2010, enquanto no Brasil este acréscimo correspondeu a quase 200 % (duzentos por cento);

b) pesquisas mostram que o agrotóxico mais vendido no Brasil é o Glifosato, altamente cancerígeno, virtualmente banido nos países europeus, e que corresponde, sozinho, a mais da metade do volume total de todos os agrotóxicos comercializados em nosso País;

c) no Brasil, existem 504 ingredientes ativos com registro autorizado, sendo que, desses, 149 são proibidos na União Europeia, correspondendo a cerca de 30% (trinta por cento) do total;

d) dos 10 agrotóxicos mais vendidos no Brasil, 2 são banidos na União Europeia.

Considerando o exposto, a concessão de tratamento tributário favorecido a agrotóxicos acaba por facilitar o acesso a tais substâncias, além de estimular o consumo intensivo delas, configurando, por conseguinte, manifesta inconstitucionalidade, por ferir direitos fundamentais consagrados como o direito à saúde (arts. 6º e 196, CF) e ao meio ambiente equilibrado (art. 225, CF).

Por tais razões, a concessão de benefícios fiscais às referidas substâncias acaba, também, por afrontar o art. 153, § 3º, inciso I, e o art. 155, § 2º, inciso III, da CF, que consagram o princípio da seletividade no IPI e no ICMS, respectivamente, pois, ao estabelecer carga tributária reduzida para produto nocivo, contraria, assim, o interesse público.

41 GRASSI NETO, Roberto. **Segurança alimentar**: da produção agrária à proteção do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 188.

42 LEONEL JÚNIOR, Gladstone. O uso de agrotóxicos sob a ótica constitucional. In: FOLGADO, Cleber Adriano Rodrigues (org.). **Direito e agrotóxico**: reflexões críticas sobre o sistema normativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 153.

43 ADPF-MC 656/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, j. em 22.06.2020, *DJe*-216 divulg. 28.08.2020 public. 31.08.2020; ADPF-MC 658/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, j. em 22.06.2020, *DJe*-216 divulg. 28.08.2020 public. 31.08.2020. As medidas cautelares foram concedidas para suspender (até a decisão definitiva do Plenário da Corte nas referidas ações) a eficácia dos itens 64 a 68 da Tabela 1 do art. 2º da Portaria n. 43, de 21.02.2020, da Secretaria de Defesa Agropecuária do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA, que estabelece prazos para aprovação tácita de utilização de agrotóxicos, independentemente da conclusão de estudos técnicos relacionados aos efeitos nocivos ao meio ambiente ou as consequências à saúde da população brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

CRUZ, Antônio Maurício da. **O IPI: limites constitucionais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984.

ESTURÍLIO, Regiane Binhara. **A seletividade no IPI e no ICMS**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Segurança alimentar e desenvolvimento sustentável: a tutela jurídica da alimentação e das empresas alimentares em face do direito ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FOLGADO, Cleber Adriano Rodrigues. **Sistema normativo de agrotóxicos: elementos de contextualização histórica e reflexão crítica**. In: FOLGADO, Cleber Adriano Rodrigues (org.). *Direito e agrotóxico: reflexões críticas sobre o sistema normativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 5-53.

FREITAS, Leonardo Buissa. **Tributação sobre o consumo, indução econômica e seletividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

GRASSI NETO, Roberto. **Segurança alimentar: da produção agrária à proteção do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LACOMBE, Américo Lourenço Masset. **Princípios constitucionais tributários**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

LEÃO, Armando Zurita. **Direito constitucional tributário: o princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

LEONEL JÚNIOR, Gladstone. **O uso de agrotóxicos sob a ótica constitucional**. In: FOLGADO, Cleber Adriano Rodrigues (org.). *Direito e agrotóxico: reflexões críticas sobre o sistema normativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 139-155.

OLIVEIRA, Maria Alessandra Brasileiro de. **A extrafiscalidade como instrumento de realização da justiça**. *Tributo – Revista do Instituto Cearense de Estudos Tributários*. n. 2. Fortaleza: ABC Editora, jan.-jul./2001, p. 253-270.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Teoria geral do direito à alimentação: cultura, cidadania e legitimação**. Birigui, SP: Boreal Editora, 2015.

TAVARES, Eduardo Sobral. **Princípio da seletividade e essencialidade tributária: uma perspectiva libertária.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ZILVETI, Fernando Aurelio. **Princípios de direito tributário e a capacidade contributiva.** São Paulo: Quartier Latin, 2004.

O problema da falta de orçamento e a “reserva do possível” em face do ativismo judicial

Gabriel dos Santos Coelho¹

RESUMO

O escopo do presente artigo é a análise da necessidade de que o judiciário observe os efeitos práticos de suas decisões em virtude da teoria do custo dos direitos e da conseqüente necessidade de aplicação do princípio da reserva do possível. A pesquisa foi realizada com base nas diversas fontes do Direito, principalmente na doutrina e na jurisprudência pátria, levando-se a conclusão de que o Judiciário deve levar em consideração o custo de suas decisões aos cofres públicos e aplicar o princípio da Reserva do Possível, no entanto esse princípio deve ser limitado pelo Mínimo Existencial.

Palavras-chave: Custo dos Direitos. Reserva do Possível. Mínimo Existencial. Ativismo Judicial.

1. INTRODUÇÃO

Não é novidade que a Constituição Federal de 1988 incluiu e garantiu diversos Direitos Fundamentais à população. Isso é perceptível desde a análise de seu preâmbulo, uma vez que ele define como seus valores supremos alguns direitos fundamentais como a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento e, dentre outros, a justiça.

Em sua parte dispositiva, a Constituição disciplinou os Direitos Fundamentais em seu Título II, denominado Direitos e Garantias Fundamentais.

Em seu artigo 6º a Carta Magna definiu como Direitos Fundamentais os Direitos Sociais, como a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Os Direitos Sociais possuem aplicabilidade imediata, conforme disciplinado pelo §1º, do artigo 5º, da Constituição de 1988.

Infelizmente, no entanto, o Estado não consegue ofertar todos esses direitos que estão previstos na Magna Carta. No mundo do ser, ou, conforme diria Ferdinand Lasalle, fora da

¹ Graduado em direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas, Advogado, Membro do Núcleo Especial de Arbitragem do Norte – NEA.

folha de papel que é a Constituição escrita, o Estado não possui orçamento suficiente para cumprir com todos os seus deveres.

Partindo dessa ideia de que a Administração Pública não possui dinheiro para garantir todos os direitos aos seus administrados, Stephen Holmes e Cass R. Sunstein (2019, p. 11) estudaram, com profundidade, a ideia de que todo direito tem um custo financeiro que deve ser arcado pelo Estado.

Essa ideia de que os direitos possuem um custo financeiro é amplamente debatida no âmbito do Poder Executivo, uma vez que ele é o detentor da função típica administrativa do Estado.

No Brasil, por exemplo, é no referido Poder que as leis orçamentárias serão consolidadas para posterior proposta ao Legislativo, de acordo com o artigo 165 e seguintes, da Constituição Federal de 1988.

Ao elaborar sua proposta, o Executivo de cada ente federativo deve atuar com presteza e atenção. Isso porque os recursos são finitos e somente se pode realizar despesa que pos-sua previsão de recurso suficiente para satisfazê-la, conforme se depreende do princípio do equilíbrio do Direito Financeiro, conforme a alínea a, do inciso I, do artigo 4º, da LRF.

Essa limitação de recursos faz com que os gestores tenham de realizar a difícil tarefa de escolher onde aplicar essas receitas e, portanto, quais direitos serão abarcados prioritariamente na gestão. Tudo isso deve ser realizado de uma forma planejada e eficaz. Não bastasse tudo isso, os gestores, por muitas vezes, são surpreendidos por desarrazoadas decisões proferidas pelo Poder Judiciário que causam prejuízos gigantescos aos cofres públicos, ao criarem despesas não previstas nas leis orçamentárias.

Lamentavelmente, por vezes, alguns juízes, no âmago de garantir os direitos fundamentais, não se atentam aos limites constitucionais e intervêm no orçamento, mesmo que por via indireta, criando uma aplicação de “políticas públicas paralelas” (LEITE, 2020, pp. 242-243).

Com o crescente ativismo judicial, surgem inúmeras decisões que não consideram suas consequências na efetivação das políticas públicas já planejadas no orçamento proposto pelo executivo.

E foi sob essa circunstância que surgiu a teoria da “reserva do possível”, segundo a qual o Estado somente deve garantir os direitos fundamentais no limite em que possua receita para tanto.

Surge aqui o principal tópico deste trabalho: tendo em vista o problema da falta de orçamento, a Reserva do Possível funciona como maneira de limitar o ativismo judiciário em matérias que impactam no orçamento público?

2. O PROBLEMA DA FALTA DE ORÇAMENTO

Como dito, os direitos e garantias fundamentais foram previstos na CF/88, trazendo obrigações ao Estado. Surge, nesse ponto, o seguinte questionamento: como o Estado garante esses direitos?

A resposta para Stephen Holmes e Cass R. Sunstein é óbvia:

À verdade óbvia de que os direitos dependem do governo, ou seja, do Estado, deve-se acrescentar uma consequência lógica rica em implicações: os direitos custam dinheiro

e não podem ser protegidos nem garantidos sem financiamento e apoio públicos (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 5).

Ou seja, para os autores, a garantia desses direitos depende de certo gasto financeiro público. Percebe-se, assim, a ideia da teoria do “custo” dos direitos. Para ela, a efetivação dos direitos depende do financiamento de alguém.

Mas não só isso, para os autores os direitos fundamentais também demandam um certo “custo” social, uma vez que algumas políticas públicas não são vistas com “bons olhos” por toda a população, gerando certo desconforto para parte da sociedade (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 10)

No entanto, apesar de ser uma discussão muito importante para um Estado Democrático de Direito, esses “custos sociais” dos direitos não são a finalidade deste trabalho. Aqui, focaremos tão somente na ideia de custos orçamentários dos direitos.

Com base na perspectiva de que a efetivação de qualquer direito demanda um custo orçamentário, é importante falarmos do problema da falta de orçamento.

Os direitos são garantidos mediante políticas públicas ou abstenções realizadas pelo Estado. Ocorre que cada atitude do Poder Público para efetivar esses direitos demanda um gasto. É de conhecimento de todos que os recursos do Estado, na verdade, são recursos do povo e que o Poder Público, na verdade, é um administrador desse quantitativo. Tanto é assim que ele está adstrito às ideias de Indisponibilidade do Interesse Público e de Indisponibilidade dos bens públicos (DE OLIVEIRA, 2021, p. 40).

Os recursos públicos possuem duas classificações quanto à sua origem: ou são de natureza derivada, em que o Estado se utiliza do seu poder de império perante o administrado para arrecadar fundos (é o caso da tributação), ou são de natureza originária, em que o Estado atua como se particular fosse e se utiliza do seu próprio patrimônio para angariar fundos (LEITE, 2020, pp. 310-311).

Dessa forma, percebe-se que, ao efetivar um direito, o Estado está utilizando de dinheiro que, em verdade, não é seu.

É através da própria atividade financeira do estado que se controla a entrada das receitas públicas e a realização das despesas públicas no orçamento público. E é nesse âmbito que o custo dos direitos deve ser levado em consideração. Isso porque, infelizmente, os recursos públicos são limitados (LEITE, 2020, p. 40).

Portanto, o Poder Público realiza diversos gastos para garantir os direitos fundamentais. Infelizmente é aqui que se observa a maior problemática dos administradores públicos: a efetivação dos direitos previstos com um orçamento limitado para tanto.

Por óbvio, a ideia de que os direitos geram um custo remete à sua consequência, qual seja a de que um orçamento limitado somente conseguirá arcar com o custo de limitados direitos.

Em outras palavras, não são todos os direitos (ou ao menos todos em sua totalidade) que poderão ser efetivados a todo momento.

E é nesse sentido que surge a ideia que abarca a Teoria das Escolhas Trágicas. O Administrador Público possui a difícil missão de alocar os recursos disponíveis para a efetivação de determinados direitos, deixando alguns outros com pouco ou nenhum recurso. Aqui está a escolha trágica a ser feita pelo Estado.

Percebe-se, portanto, que quanto maior a disponibilidade financeira de um Estado, maior será sua capacidade de efetivar direitos.

Importante seria, sob essa ótica, a necessidade de um adequado planejamento orçamentário pela Administração.

No Brasil, esse planejamento orçamentário é realizado pelas leis orçamentárias, em especial pela Lei Orçamentária Anual (LOA), que possui como sua principal finalidade a previsão de receitas e a fixação de despesas, conforme disposto no §8º, do artigo 165, da CFRB/88.

Qualquer gasto que extrapole as despesas fixadas na LOA poderá acarretar um rombo no orçamento público, criando um déficit orçamentário, de modo que é essencial que o orçamento realizado seja cumprido em sua integralidade, atendo-se as despesas previstas.

No âmbito do orçamento, como já dito pelo professor Harrisson Leite (2020, p. 239.), “o cobertor é curto e os direitos não podem ser protegidos sem consideração dos seus custos”, devendo, o administrador, alocar o dinheiro público da melhor maneira a cumprir os ditames constitucionais.

3. DO ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIAS QUE AFETAM O ORÇAMENTO

No Brasil, a questão dos custos dos direitos é amplamente debatida no âmbito do Poder Executivo ao elaborar as Leis Orçamentárias e no âmbito do Poder Legislativo, inclusive na criação da chamada Regra de Ouro da Administração.

Essa importância é tamanha que o artigo 167, da Constituição, impôs limitações diversas ao orçamento, inclusive em matérias de gasto público, como por exemplo a vedação ao início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual.

Outro exemplo é o princípio da exclusividade da lei orçamentária, previsto no §8º, do artigo 165, da Constituição Federal, segundo o qual fica vedado o chamado “orçamento rabilongo”. Percebe-se, aqui, a vontade do constituinte em estabelecer que as normas orçamentárias possuam uma discussão mais técnica sobre o seu conteúdo.

Por outro lado, o Poder Judiciário em seu âmago de garantir e concretizar direitos e garantias fundamentais pode alcançar despesas públicas e criar gastos não previstos no Planejamento Orçamentário.

Sabe-se que uma das funções precípua do Judiciário é atuar como “guardião da Constituição”, e, por isso, atua como um garantidor de direitos e garantias fundamentais.

Os direitos fundamentais, como amplamente já demonstrado, possuem um custo para sua efetivação, nesse sentido, utilizando da máxima de que “não há direito sem o remédio jurídico correspondente”, Stephen Holmes e Cass R Sunstein (2019, pp. 30-35) demonstraram que a atuação do judiciário gera um custo aos cofres públicos.

Infelizmente, no Brasil, por vezes, a atuação jurisdicional não leva em consideração os custos provenientes da efetivação dessas medidas, tanto sociais quanto, principalmente, orçamentários.

Essa “crise no sistema” foi brilhantemente percebida, em caso envolvendo o fornecimento de medicamentos, por Luis Roberto Barroso:

O sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critério de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento. Diante disso, os processos terminam por acarretar superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos procuradores e servidores administrativos. Desnecessário enfatizar que tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e desfuncionalidade da prestação jurisdicional (BARROSO, 2007).

O Poder Judiciário, involuntariamente, distancia-se dos custos dos direitos almejando tão somente a efetivação imediata de direitos.

Harrison Leite, ao observar a atuação do judiciário, critica essa atuação distante da observância dos custos dos direitos:

Na ânsia de proteger direitos fundamentais, outrora fortemente vilipendiados, o Judiciário assumiu postura de invalidar atos tendentes a obstruir seu exercício, sem se preocupar com as consequências de sua decisão, mormente quanto ao impacto financeiro subjacente. Assim, assistiu-se um Judiciário alheio a questões orçamentárias e à finitude de recursos (LEITE, 2020, p. 240).

Ainda segundo o autor, a integração dos custos ao conceito de direitos fundamentais somente traria vantagem à sistemática brasileira, isso porque garantiria uma efetiva solução e consagração dos direitos fundamentais e não uma “solução fictícia e insatisfatória” (LEITE, 2020, p. 268).

O autor (LEITE, 2020, pp. 240-241) ainda aponta diversos votos de ministros do Supremo Tribunal Federal que demonstram sua vontade em ignorar a problemática da limitação fática do orçamento público:

O Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 195.192. Relator: Marco Aurélio. DJ 22/02/2000).

Senhor Presidente, não me preocupa o problema de caixa do erário, como também não preocupa aos demais ministros que integram essa Corte. Preocupa-me, sim, a manutenção da intangibilidade da ordem constitucional (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 150.764-1. Relator: Marco Aurélio. DJ 02/04/1993).

Não obstante, é importante ressaltar que não estamos querendo distanciar o Poder Judiciário de sua função de garantidor dos direitos e garantias fundamentais. Somente está sen-

do feita a análise quanto à possível necessidade de criação de novas formas de análise dos impactos orçamentários das decisões judiciais.

Para o bem ou para o mal, um efetivo planejamento orçamentário realizado pelo Estado é a melhor forma de se garantir direitos.

4. DA RESERVA DO POSSÍVEL

a. Aspectos Gerais

A teoria da Reserva do Possível surgiu na Alemanha em meados dos anos de 1970, possuindo como objetivo limitar a própria atuação jurisdicional da efetivação de direitos sociais fundamentais.

De acordo com os ensinamentos de Fernando Borges Mânica (2007, p. 169) a citada teoria teria surgido durante o julgamento de um caso levado ao Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, tendo sido a decisão conhecida como “Numerus Clausus”.

No caso concreto, um grupo de jovens havia solicitado ingresso em cursos de medicina nas faculdades públicas do país. No entanto, não lograram êxito em virtude dos severos requisitos para admissão de candidatos e, principalmente, pelo limitado número de vagas.

Os jovens ingressaram com ação solicitando o deferimento de sua matrícula, fundamentando seu pedido no artigo “no artigo 12 da Lei Fundamental Alemã, segundo o qual todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação” (MÂNICA, 2007, p. 169).

Decidindo o caso, o respeitado Tribunal se utilizou da Reserva do Possível. O Tribunal, frente a essa celeuma, entendeu a Reserva do Possível como uma maneira de garantir a razoabilidade das ações contra o Estado.

Ou seja, naquele momento, a Teoria foi utilizada não em um caso de inexistência de recursos orçamentários por parte do Estado, mas sim na falta de razoabilidade na alocação de volumosos recursos para garantir vaga a todos os litigantes em uma universidade pública.

Somente seria possível o pleito, caso houvesse recursos suficientemente alocados para tal fato e desde que estivesse em um limite do razoável, esse seria o preceito da Reserva Possível oriunda da Alemanha.

No Brasil, infelizmente, a Reserva do Possível não foi recepcionada com esses mesmos preceitos.

Aqui, diferentemente de sua origem germânica, a citada teoria havia sido reduzida a uma “teoria da reserva do financeiramente possível” (MÂNICA, p. 169). Isso porque foram considerados como preceitos para a teoria tão somente a (i) previsão orçamentária da despesa a ser realizada e (ii) a suficiência de recursos públicos.

Erroneamente, nada se falava em relação ao requisito da necessidade de um pleito razoável por parte dos particulares em demanda contra o Estado para a efetivação de seus direitos.

Com a evolução doutrinária e jurisprudencial da matéria, essa teoria da reserva do financeiramente possível passou por mudanças. Fala-se, agora, em um requisito de da impossibilidade financeira real do ente em garantir os direitos fundamentais².

2 Importante citar expressamente a paradigmática decisão do STF sobre a matéria:“(…) É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais

Assim, o Judiciário, em suas decisões de efetivação de direitos fundamentais em desfavor do Estado, passou a ter de levar em consideração a limitação orçamentária real do ente. Ou seja, uma vez o ente não possuindo condições reais (orçamento suficiente), deve-se proferir a decisão na medida máxima que o ente possa cumprir (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, pp. 188-189).

Parte da doutrina vai mais além, posicionando-se no sentido de que, mesmo no Brasil, a Reserva do Possível deve ser vista a partir de três dimensões:

(...) há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativa se administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.(...) (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 189).

Percebe-se, aqui, uma tentativa de retorno à ideia germânica de Reserva do Possível, uma vez que o critério de razoabilidade do pleito exigido retornaria.

b. Limites à Reserva do Possível e o Mínimo Existencial

No Brasil surgiram três interpretações para aplicação da citada teoria da Reserva do Possível.

A primeira trazia a ideia de que a Reserva do Possível jamais poderia ser aplicada, isso em vista de que essa teoria favoreceria politicamente o administrador e ignoraria direitos invioláveis dos cidadãos.

Indo mais além, essa interpretação aponta que caso não haja recursos suficientes para garantir um direito, dever-se-ia retirá-los de outras áreas. É evidente que a lógica da primeira interpretação se baseia em uma utopia onde tirar recursos indiscriminadamente de uma área e transferir para outra não acarretaria em problemas futuros, diminuindo a efetividade das políticas públicas adotadas por determinado Estado.

A segunda interpretação, também considerada extremista, é aquela que afirma que a aplicação da teoria deveria ser realizada em todo momento que houvesse escassez de recursos.

– além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...)” (ADPF nº 45 DF, STF, Rel. Min. Celso de Mello. J. 29/04/2004).

Dessa forma, o Estado somente teria o papel de efetivar direitos fundamentais enquanto possuísse recursos para isso (AZEVEDO; ALMEIDA; PORTES, 2013, pp. 48-49.) Aqui, não importaria se determinado direito fosse totalmente reduzido para prevalecer o planejamento do orçamento público.

O Judiciário, no afã de observar somente o orçamento público, poderá se deixar seduzir pela teoria e não observar direitos que devem ser garantidos (SALDANHA, 2009).

É possível perceber que a aplicação da Reserva do Possível, analisando essas teorias, seria uma “faca de dois gumes”. Isso porque a sua aplicação poderia privilegiar demais o Estado e a sua não aplicação poderia desencadear a ineficácia do orçamento e, conseqüentemente, impossibilitar as políticas públicas já planejadas.

Tendo em vista a necessidade de aplicação da teoria, bem como a possibilidade de que tal teoria tão somente pudesse ser banalizada pela Administração Pública, uma vez que ela poderia alegar tão somente para se esquivar de suas obrigações, uma terceira corrente de interpretação surgiu.

Para esses doutrinadores, o Judiciário deve aplicar a Teoria da Reserva do possível com certo temperamento. Isso em vista de que, como já demonstrado, a utilização desarrazoada dessa teoria pode causar outra ineficácia e outra forma de “ilusão constitucional” (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 193).

Visando delimitar os riscos atinentes à aplicação da teoria, os doutrinadores da terceira corrente sugerem a aplicação da teoria do mínimo existencial, para garantir a função do Poder Judiciário em observar tanto o custo dos direitos, preservando o orçamento, quanto a sua função de garantidor dos direitos fundamentais (GALDINO, 2005, p. 195.).

Mas o que seria essa teoria do mínimo existencial?

A ideia de mínimo existencial nada mais é do que a de que haveria um direito fundamental do direito que se alicerça no princípio da dignidade da pessoa humana e que consiste na ideia de que todo ser humano possui um padrão mínimo de direitos fundamentais que devem ser preservados.

Ou seja, o mínimo existencial é a parcela mínima de direitos fundamentais necessários a garantir uma vida digna e justa a cada indivíduo.

Daniel Sarmiento (2016, p. 1648) ainda aponta que “os fundamentos para o reconhecimento do direito ao mínimo existencial podem ser instrumentais ou independentes”.

Seriam instrumentais os fundamentos que apontariam a necessidade de garantia do mínimo existencial para que, assim, outro direito, princípio ou objetivo fundamental possa ser promovido.

Por outro lado, os fundamentos independentes estariam relacionados porque a própria negativa a um mínimo existencial representaria “uma grave injustiça, independentemente dos efeitos que possa ter sobre outros valores” (SARMENTO, 2016, p. 1648).

Evidencia-se, por esse direito, que as efetivações dos direitos fundamentais dos cidadãos somente podem ser limitadas até determinado percentual, conforme se pode deduzir da lição do professor Ricardo Lobo Torres:

O direito às condições mínimas de existência digna constitui o conteúdo essencial dos direitos da liberdade, ou direitos humanos, ou direitos individuais, ou direitos naturais,

formas diferentes de expressar a mesma realidade. (...) O mínimo existencial exhibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; (...) é negativo, pois exhibe o status negativus que protege o cidadão contra a constrição do Estado ou de terceiros; cria também o status positivus libertatis, que gera a obrigação de entrega de prestações estatais individuais para a garantia da liberdade e das suas condições essenciais; postula garantias institucionais e processuais que provocam custos para o Estado; é plenamente justiciável; independem de complementação legislativa, tendo eficácia imediata (Torres, 2009, pp. 39-40).

Denota-se, ainda, que a própria ponderação entre princípios fundamentais pode ser fundamentada através desse direito.

Isso porque é a partir do mínimo existencial que se tem a ideia de que não se pode abstrair completamente um princípio, devendo seu núcleo essencial ser mantido em uma decisão judicial.

É por tudo isso que esse direito, aparentemente, veste como uma luva para a mão do Judiciário tocar a “quente batata” que é a aplicação da Reserva do Possível.

De um lado a Reserva do Possível tentaria limitar a efetivação de direitos fundamentais, tendo como base a impossibilidade financeira dos Entes em garanti-los, e de outro lado o Mínimo Existencial, que serviria de limite aos limites dos direitos fundamentais.

Ou seja, o Mínimo Existencial funcionaria como uma espécie de princípio da razoabilidade em favor do particular para garantir seus direitos basilares.

Por infelicidade, apesar de parecer simples a utilização dessa teoria como balizadora da Reserva do Possível, é complicada a sua efetiva utilização. A doutrina mais atual aponta que a reserva do possível pode ser desdobrada em três preceitos basilares: material, jurídico e da razoabilidade.

O preceito material, que traria a ideia da necessidade de respeito à existência de recursos orçamentários para a satisfação dos direitos fundamentais; (ii) um preceito jurídico, que traz a ideia da necessidade de atenção à legalidade orçamentária para a aplicação dos recursos; e (iii) a razoabilidade da prestação pleiteada, considerando os recursos existentes e o direito fundamental em jogo.

Analisando esses preceitos, Daniel Sarmento (2016, p. 1671) apontou que tão somente o preceito material poderia trazer algum óbice para a limitação da Reserva do Possível pelo Mínimo Existencial. Isso aconteceria porque o primeiro preceito estaria relacionado a uma realidade econômica e não meramente jurídica ou ética.

Nas palavras do professor:

A questão, contudo, é mais complexa em relação ao componente fático da reserva do possível, pois aqui o obstáculo não é jurídico ou ético, mas decorre da realidade econômica. Assinale-se, em primeiro lugar, que a reserva do possível fática não pode ser vista tomando em conta apenas a pretensão individual demandada em juízo. Fosse esse o caso, o conceito seria praticamente irrelevante, pois é altamente implausível que o atendimento ao direito de uma única pessoa tenha algum impacto significativo no universo dos recursos disponíveis de um ente público. É uma exigência inexorável do

princípio da igualdade que o Estado só conceda a uma pessoa aquilo que tenha condições de dar às outras que estiverem em idêntica situação. Por isso, a reserva do possível fática deve ser compreendida como a capacidade financeira do Estado de arcar com a universalização da prestação material postulada, para todas as pessoas que estiverem nas mesmas condições daquele que a requereu (SARMENTO, 2016, p. 1672).

É perceptível a dificuldade de se aplicar a teoria da Reserva do Possível limitada pelo Mínimo Existencial. Afinal, como pode deduzir da análise feita pelo professor Daniel Sarmento, não existem requisitos expressos e taxativos para a sua aplicação. Somente a ponderação entre os princípios, em um caso concreto, determinaria a melhor medida a ser tomada.

Por isso, passaremos a analisar algumas decisões judiciais tomadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, envolvendo casos relacionados ao fornecimento de medicamentos, para observarmos como os referidos tribunais estão realizando a ponderação entre Reserva do Possível e o Mínimo Existencial.

I. DIREITO À SAÚDE E O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO

Interessante é o debate quanto a possibilidade da aplicação da teoria da Reserva do Possível em matérias envolvendo o direito à saúde. Por óbvio esse direito, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, é um direito fundamental e integra o mínimo existencial:

O direito social à saúde é tão fundamental, por estar mais diretamente ligado ao direito à vida, que nem precisava de reconhecimento explícito. Nada obstante, a Constituição brasileira dispôs que a saúde é um direito de todos e dever o Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (art. 196). Assim, constitui exigência inseparável de qualquer Estado que se preocupa com o valor vida humana, o reconhecimento de um direito subjetivo público à saúde (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 657)

É clara a polêmica do tema, afinal, poderia o direito a saúde ser limitado por questões orçamentárias? Para falar sobre esse tema, é importante observar os paradigmáticos Temas de nº 106 de Recurso Repetitivo (STJ) e o de nº 500 de Repercussão Geral (STF). Os temas supracitados envolvem entrega de medicamentos.

O Tema 106 de Recurso Repetitivo do STJ (REsp 1.657.156/RJ) envolveu a problemática da obrigatoriedade ou não de fornecimento de medicamentos não constantes em atos normativos do SUS.

Por óbvio, o fornecimento desses medicamentos geraria um grande custo ao Poder Público. Isso porque a decisão poderia ser estendida a outros necessitados desses medicamentos, o que poderia multiplicar o gasto em centenas ou até milhares de vezes. Custos esses que não estariam previstos na programação orçamentária.

De outro lado, havia o direito à saúde do particular, que, conforme já visto, seria um direito fundamental integrante de seu mínimo existencial. Ninguém possuiria uma vida digna sem a observância de seu direito à saúde.

No caso concreto, o STJ, observando todas essas questões, definiu uma série de requisitos para que a Administração fosse obrigada a fornecer medicamentos não previstos em atos normativos do SUS.

O primeiro requisito é o de que o enfermo comprove, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado, a necessidade do medicamento, além da comprovação de que os fármacos já incorporados em atos normativos do SUS não são eficazes para o tratamento do paciente.

O segundo requisito é a comprovação de que o enfermo não possui capacidade financeira para arcar com o custo do medicamento. O terceiro e último requisito é a exigência do registro do medicamento na ANVISA³.

Percebe-se, aqui, clara pretensão da Corte em aplicar a Reserva do Possível e observar, ao mesmo tempo, o Mínimo Existencial. Isso porque, ao limitar a obrigação da entrega de medicamentos às pessoas que cumprem com os requisitos supracitados, o leque de gastos diminuiu, além de que ainda preservou o direito à saúde das pessoas necessitadas (LEITE, p. 270).

Já em 2019, o STF fixou a tese nº 500 de Repercussão Geral (RE 657718) que tratou sobre o dever de fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA.

Para melhor entendermos a tese fixada, importante estabelecer o que seria a ANVISA: é uma autarquia sob regime especial que se encontra vinculada ao Ministério da Saúde e que possui como sua finalidade precípua a promoção da proteção à saúde da população, possuindo, ainda, a responsabilidade quanto à vigilância sanitária de medicamentos.

Analisando essa função da agência, é perceptível a sua importância para garantir a qualidade e eficácia de medicamentos para o povo brasileiro. E é aqui que surge o problema enfrentado pelo STF: seria possível o fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA para pessoas que os necessitem? Em outras palavras, poderia ser dispensada a vistoria técnica de uma agência reguladora que possui como um de seus objetivos essa própria vistoria?

Nota-se, mais uma vez, um grande confronto entre a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial. De um lado, novamente, haveria um custo não previsto aos cofres públicos e de outro a urgência para garantir o direito a saúde dos enfermos.

Observando essas problemáticas, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, via de regra o Poder Público não deve ser compelido ao fornecimento de medicamentos que não possuem registro na ANVISA. No entanto, a Corte estipulou uma exceção, desde que fossem cumpridos diversos requisitos: que haja pedido de registro do medicamento no Brasil, dessa forma, o laboratório responsável pela fabricação do fármaco deveria ter solicitado pedido de registro do medicamento na ANVISA.

3 A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: I) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; Incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; III) Existência de registro do medicamento na Anvisa, observados os usos autorizados pela agência. (STJ, Tema nº 106 de recurso Repetitivo, 2018).

Além disso, a Corte ainda estipulou um pressuposto vinculado a esse primeiro requisito. A ANVISA deve estar apresentando uma mora irrazoável em analisar o pedido de registro. Ou seja, além da necessidade da solicitação de registro, esse pedido deve estar em análise por um período desarrazoado.

Nesse requisito o STF estipulou uma exceção para os medicamentos órfãos para doenças raras ou ultrarraras, ou seja, medicamentos que se mostrem eficazes no tratamento de doenças denominadas raras ou ultrarraras, uma vez que nelas haveria pouco interesse econômico para que laboratórios houvessem requisitado o registro do medicamento.

O segundo requisito é o de que esses fármacos possuam registro em renomadas agências de regulação no exterior, como, por exemplo, a FDA, nos EUA, e a EMEA, na União Europeia.

Essa medida serviria para trazer certa segurança à saúde pública, já que haveria, ao menos, relativa garantia de que o medicamento passou por processos mínimos de estudo por uma agência especializada.

O terceiro e último requisito é o de que inexista substituto terapêutico registrado no Brasil, ou seja, não pode haver medicamento registrado no Brasil que satisfaça às necessidades de tratamento do enfermo.

Além de tudo isso, outro problema surgiu, caso seja possível o fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA, seria a Administração também obrigada ao fornecimento de medicamentos experimentais?

Esse ponto também é de extrema relevância porque esses medicamentos, que não possuem comprovação científica, podem apresentar riscos graves, diretos e imediatos à saúde do paciente, o que iria em sentido contrário ao princípio da precaução e ao estipulado na própria lei do SUS, em seu artigo 19-T, que veda o fornecimento de medicamentos experimentais no âmbito do SUS.

Baseando-se nesses argumentos, a Corte decidiu pela impossibilidade, em qualquer caso, de se compelir o Poder Público em fornecer medicamentos que ainda estejam em fase experimental⁴.

O STF agiu com extrema cautela ao decidir esse caso concreto, isso porque realizou uma ponderação entre a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial. O primeiro foi observado na medida em que a possibilidade do fornecimento dos medicamentos em caso de falta de registro na ANVISA constituiu uma hipótese excepcional e isso somente se houver demora da própria Administração, por meio da agência, em analisar o pedido de registro do fármaco. Exceto, é claro, na hipótese de medicamentos órfãos para tratamento de doenças raras e ultrarraras.

O Mínimo Existencial, por sua vez, foi observado na medida em que se garantiu o fornecimento do medicamento para casos em que ele seria realmente necessário. Garantindo, dessa forma, o efetivo tratamento de enfermidades e preservando o planejamento orçamentário da Administração Pública.

4 A ausência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: a) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); b) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e c) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. (STF, Tese nº 500 de Repercussão Geral, 2019).

Por todo o exposto, é cristalino o objetivo das Cortes Superiores de obedecer ao princípio da Reserva do Possível em uma medida que sua aplicação se demonstre razoável em relação ao Mínimo Existencial.

A tarefa de balancear a aplicação desses princípios não é fácil, no entanto é essencial para garantir a efetividade dos direitos fundamentais e das políticas públicas planejadas pelo Poder Executivo. Afinal, é impossível se falar em Reserva do Possível e não mencionar o Mínimo Existencial, já que os dois princípios são faces contrárias da mesma moeda.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O dinheiro e, conseqüentemente, os direitos não nascem em árvores. Essa é a ideia principal da teoria do Custo dos Direitos. Como visto, a partir dessa teoria se pode explicar quais são as escolhas trágicas que os governantes precisam fazer na sua função típica, ao escolher quais direitos devem ser priorizados.

Partindo dessa ideia de que a efetivação completa dos direitos fundamentais é impossível caso um Estado possua um orçamento limitado (ou seja, praticamente toda e qualquer Administração Pública), o custo dos direitos pressupõe que se ignore a diferença entre direitos prestacionais e direitos negativos.

A teoria não faz isso por mero prazer, mas sim porque para seus fins todo e qualquer direito possui um custo financeiro. Seja ele direto ou indireto. Afinal, a própria existência de um direito negativo de não sofrer tortura acarreta em toda uma necessidade de o Estado alocar orçamento para garantir que esse direito não seja violado.

De outro lado, é visível o ativismo judicial em matérias que envolvem o confronto entre orçamento público e os direitos fundamentais, uma vez que é função precípua do Poder Judiciário garantir e efetivar direitos fundamentais que estão sendo violados, cujos quais custam ao orçamento público.

Mas surge, aqui, um paradoxo.

Seria suficiente que o Poder Judiciário garantisse direitos fundamentais sem que observasse o planejamento orçamentário feito pelo Executivo? Mesmo tendo em vista que esse orçamento é o responsável pela efetivação de políticas públicas e, conseqüentemente, de outros direitos fundamentais?

Por outro lado, observar demasiadamente o orçamento ao decidir não poderia gerar a violação de direitos fundamentais a partir de uma simples falácia de falta de orçamento?

A Reserva do Possível limitada pelo Mínimo Existencial responde bem ao paradoxo apresentado. Isso porque consegue unir as partes que agradam os dois mundos. O cumprimento do orçamento público ao máximo possível desde que se garanta a efetivação de um núcleo essencial de direitos fundamentais do ser humano, tudo dentro do parâmetro da razoabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Eder Marques; ALMEIDA, Gustavo; PORTES, Paola Alvarenga. **O mito da reserva do possível:** os impasses do orçamento público para o desenvolvimento dos direitos sociais. *Revista de Direito e Desenvolvimento*. João Pessoa, v. 4, n. 8, p. 33-59, jul./dez. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva:** direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Consultado em: 30/06/2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 10 de junho de 2021.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 10. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos:** Direitos Não Nascem Em Árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da Reserva do Possível:** Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, ano 5, n. 18, jul/set, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021.

SALDANHA, Ana Claudia. A interpretação constitucional dos direitos sociais e o mínimo existencial. *Revista Acadêmica da Esmp*, Fortaleza, v. 1, n. 1, p. 1-20, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde:** algumas aproximações. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 1. 2007, p. 171-213.

SARMENTO, Daniel. **O mínimo existencial**. Revista de Direito da Cidade. Rio de Janeiro, vol. 8, n. 4, ISSN 2317-7721, p. 1644-1689, 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Renovar: Rio de Janeiro, 2009.

A responsabilidade civil do Estado face as barbáries praticadas no Hospital Colônia de Barbacena no século XX¹

Wilson Seraine da Silva Neto²

RESUMO

Trata-se de um artigo que tem como escopo demonstrar a responsabilidade civil do Estado frente às violações de direitos humanos cometidas contra os pacientes do Hospital Colônia, situado na cidade de Barbacena/MG. O trabalho faz, primeiramente, um apanhado histórico no intuito de demonstrar os atos cometidos pelo Estado contra os pacientes, de forma omissiva e comissiva, no qual, até hoje, após mais de 100 anos da abertura do hospital, nunca se houve uma real reparação pelos danos causados tampouco pedido de desculpa formal. Ademais, ilustra-se que a responsabilidade estatal, nesse caso, independe de comprovação de culpa e a pretensão indenizatória é imprescritível.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do Estado. Direitos Humanos. Hospital Colônia.

1. INTRODUÇÃO

No ano de 1615 o escritor espanhol Miguel de Cervantes publicou sua maior obra-prima, o livro “*El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*”, no qual escreveu que a história é “êmula do tempo, depósito das ações, testemunha do passado, exemplo e aviso do presente, advertência do porvir” (CERVANTES, 2017, p. 259). Após mais de 400 anos, essa afirmação se demonstra atemporal ao ilustrar a importância da história como um instrumento de advertência à humanidade para que não se pratique as mesmas atrocidades praticadas em outrora.

1 Texto escrito pelo autor, em 2017, no âmbito da matéria de Direito Civil: Responsabilidade Civil do curso de bacharelado em Direito do Instituto Camillo Filho – Piauí (ICF-PI).

2 Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional ABDConst).

Assim, justifica-se a importância desse artigo para que tragédias como que ocorreu no Hospital Colônia nunca sejam esquecidas, tanto para que as vítimas e seus familiares tenham assegurados o direito de serem reparadas pelos danos sofridos quanto para que não se não voltem a ocorrer episódios parecidos.

Além do objetivo de tornar as barbáries cometidas no Hospital Colônia notórias, para que se tenha ciência de que dentro do Brasil, durante 50 anos, foram praticadas as piores formas de violação aos direitos humanos sob a tutela estatal, o artigo tem o intuito maior de analisar e demonstrar a responsabilidade que o Estado possui para com as vítimas e seus familiares pelas torturas, abusos e mortes praticados dentro de um recinto sob custódia daquele, que, em tese, deveria resguardar a segurança, a dignidade e a saúde dos seus pacientes.

Para o desenvolvimento do trabalho foi necessária uma análise histórica sobre o que ocorria, quem praticava e quem ordenava a realização das sessões de torturas e mortes a pretexto da cura de pessoas com doenças mentais, que, muitas vezes, não apresentava nenhuma patologia psiquiátrica. Além disso, demonstrar-se-á os principais direitos humanos violados durante meio século entre os pavilhões do hospital.

Utilizando-se de pesquisas bibliográficas, tendo como primordial para a desenvoltura do trabalho a obra: “Holocausto Brasileiro - Genocídio: 60 mil mortos no maior hospício do Brasil” escrita pela jornalista Daniela Arbex, o artigo se propõe a responder se o Estado tem responsabilidade e qual seria frente as atrocidades cometidas no Hospital Colônia, e como resolveria a questão da prescrição.

2. HOLOCAUSTO BRASILEIRO: HISTÓRIA DE UMA DAS MAIORES TRAGÉDIAS INSTITUCIONALIZADAS DO BRASIL

O termo “Holocausto Brasileiro” foi utilizado pela jornalista Daniela Arbex com o objetivo de ressuscitar a trágica história, de pouquíssima notoriedade, do Hospital Colônia, sediado na cidade de Barbacena, em Minas Gerais, o qual era destinado, em tese, para o tratamento de pessoas com deficiências mentais e transtornos psiquiátricos.

Partindo-se do início, em 1903 foi criado o primeiro hospital psiquiátrico público de Minas Gerais, na cidade de Barbacena, no local em que antes funcionava um Sanatório particular para tratamento de tuberculose, sendo denominado, em 1911, Hospício de Barbacena e, posteriormente, chamado de Hospital Colônia de Barbacena, vinculado à Secretaria de Estado de Saúde do Estado de Minas Gerais (SES), portanto, de natureza pública. Sendo assim, o Estado era o responsável pela manutenção e pelo funcionamento do hospital, tendo inclusive, a maioria dos funcionários ingressados ou através de concurso público ou por meio de contratos firmados diretamente pelo Estado, como era o caso dos médicos. A partir de 1977, por força da Lei Estadual nº 7.088, o hospital passou a se chamar Centro Hospitalar Psiquiátrico de Barbacena, integrando a Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais, com funcionamento até os dias de hoje. Desde 1996, o espaço conta com o “Museu da Loucura”³.

3 Para mais informações sobre a história e funcionamento do Centro Hospitalar Psiquiátrico de Barbacena, verificar o sítio eletrônico da Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais: (<https://www.fhemig.mg.gov.br/atendimento/complexo-hospitalar-de-barbacena/centro-hospitalar-psiquiatrico-de-barbacena>).

As práticas médicas desumanas e as condições insalubres em que os pacientes eram submetidos faziam parte do cotidiano do hospital que, entre os anos de 1930 e 1980, resultaram em 60 mil mortes e outras milhares de vidas sobreviventes castigadas, com marcas de torturas, abusos sexuais e violências. É acerca do que aconteceu entre os muros do Hospital Colônia de Barbacena o que se discorre a seguir.

2.1. “Trem dos loucos” e o perfil das vítimas

Em 1962, o escritor Guimarães Rosa lançou seu livro de contos “Primeiras Estórias”, no qual, em “Sorôco, sua mãe, sua filha”, descreve o momento de partida dos “trens dos loucos”, que saíam de todo o Brasil, com destino ao famoso hospital psiquiátrico de Barbacena⁴. Como no conto, a ida em direção ao Hospital era apenas o início do sofrimento daquelas pessoas que, geralmente, eram obrigadas a partir.

Quando a locomotiva desacelerava, já nos fundos do Hospital Colônia, os passageiros se agitavam. Acuados e famintos, esperavam a ordem dos guardas para descer, seguindo em fila indiana na direção do desconhecido. Muitos nem sequer sabiam em que cidade tinham desembarcado ou mesmo o motivo pelo qual foram despachados para aquele lugar.

Eles abarrotavam os vagões de carga de maneira idêntica aos judeus levados, durante a Segunda Guerra Mundial, para os campos de concentração nazista de Auschwitz. (ARBEX, 2017, p. 27)

O fim da viagem era a estação Bias Fortes, próximo ao hospital, que dava início a uma série de violações de direitos humanos, pois, logo na chegada, a triagem feita pelos servidores do hospital, que separava os homens das mulheres, era constrangedor, despindo todos e raspando, invariavelmente, os cabelos dos homens. A identidade da maioria, ao entrar no hospital, desaparecia, passando-se a se chamar pelos nomes atribuídos pelos funcionários. Todos deviam vestir uma farda azul, confeccionada de um tecido fino, que acabou por ocasionar a morte de centenas de pacientes em virtude das baixas temperaturas do local, localizado na Serra da Mantiqueira, que atingia, não raramente, 8° Celsius. Assim, “ao receberem o passaporte para o hospital, os passageiros tinham sua humanidade confiscada” (ARBEX, 2017, p. 28).

A alcunha de que o Hospital Colônia era o destino dos “loucos” significava, na verdade, um apelido utilizado para designar aqueles que, apesar de não possuírem qualquer enfermidade psicológica ou psíquica, correspondiam cerca de 70% dos pacientes do hospital: alcoolistas, prostitutas, homossexuais, epiléticos, negros, mendigos, pessoas sem documentos, militantes políticos, desafetos ou rebeldes que incomodavam os coronéis que dominavam a política brasileira no início do século XX. Além desses, incluía-se as mães solteiras, meninas grávidas vítimas de estupros cometidos pelos seus patrões, filhas dos fazendeiros ricos que perdiam a virgindade antes do casamento, esposas que eram confinadas para que

4 No conto, Guimarães Rosa narra: “Não era um vagão comum de passageiros, de primeira, só que mais vistoso, todo novo. A gente reparando, notava as diferenças. Assim repartido em dois, num dos cômodos as janelas sendo de grades, feito as de cadeia, para os presos. A gente sabia que, com pouco, ele ia rodar de volta, atrelado ao expresso daí de baixo, fazendo parte da composição. Ia servir para levar duas mulheres, para longe, para sempre (...). O que os outros se diziam: que Sorôco tinha tido muita paciência. Sendo que não ia sentir falta dessas transtornadas pobrezinhas, era até um alívio. Isso não tinha cura, elas não iam voltar, nunca mais”. (ROSA, 2001, p. 93,98)

o marido pudesse viver com a amante, e, até mesmo, pessoas que apresentavam o estado clínico de “tristeza” (que, na verdade, era depressão) (ARBEX, 2017, p. 31).

Percebe-se, portanto, que além de ser um local para castigar ou vingar alguém que pudesse em risco a reputação ou a imagem daqueles que detinham algum poder, seja político, social ou familiar, o hospital servia como um “desinfetante” social que retirava das ruas as pessoas consideradas pela sociedade como vadias e corruptas dos costumes sociais. “A teoria eugenista, que sustentava a ideia de limpeza social, fortalecia o hospital e justificava seus abusos. Livrar a sociedade da escória, desfazendo-se dela, de preferência, em local que a vista não pudesse alcançar” (ARBEX, 2017, p. 26).

A consequência imediata da “limpeza social” foi a superlotação, que, em trinta anos, passou a ocupar cinco mil pacientes onde era projetado alojar apenas duzentos. A partir disso, iniciou-se as torturas desenfreadas, os tratamentos com choque desmedidos e o extermínio.

2.2. Os horrores entre os pavilhões da colônia

O Hospital Colônia era formado por dezesseis pavilhões independentes, nos quais cada um abrigava um tipo de paciente. Porém, em todos, a condição de viver era degradante e desumana, morrendo centenas de pessoas pelo ambiente insalubre que viviam, pelo frio insuportável nas noites da Serra da Mantiqueira e pela fome e sede na qual eram submetidas. A escritora Arbex descreve como era a tentativa dos pacientes de esquentarem-se uns aos outros, o que culminava, não raramente, em tragédia:

Observou quando dois homens de jaleco branco embrulharam o morto num lençol, o décimo naquele dia, embora muitos outros agonizassem. Na tentativa de se aquecerem durante a noite, os pacientes dormiam empilhados, sendo comum que os debaixo fossem encontrados mortos, como naquele dia 7. (ARBEX, 2017, p. 23)

Alimentação pobre em nutrientes e escassez de água levaram muitos pacientes a desenvolverem problemas de saúde. A imagem dos pacientes bebendo água que corria pelos esgotos era comum, bem como os ratos e outros animais dessa natureza serem consumidos pelos moradores do hospital. “Fome e sede eram sensações permanentes no local onde o esgoto que cortava os pavilhões era fonte de água. Nem todos tinham estômagos para se alimentar de bichos, mas os anos no Colônia consumiam os últimos vestígios de humanidade” (ARBEX, 2017, p. 47).

Além das péssimas condições de moradia e alimentação que os pacientes tinham, eles eram submetidos a sucessivas sessões de eletrochoques, como forma de tratamento médico para reverter o quadro clínico de “louco”. Entretanto, o que parecia ser tratamento médico - admitido na medicina psiquiátrica à época -, configurava-se como tortura, haja vista as inúmeras vezes em que os pacientes eram sujeitados ao procedimento, muitas vezes de forma desnecessária e desarrazoada, além da intensidade no qual era empregada e sem tomada dos devidos cuidados para a realização em segurança. Ademais, mesmo contra a vontade, os servidores do hospital eram obrigados a fazerem tais procedimentos, já que a participação nessas sessões servia como meio para promoção profissional dos funcionários. Segundo a narração da Arberx, após entrevista com os funcionários que trabalharam no hospital:

Recordava-se sempre do início das sessões, quando era segurado pelas mãos e pelos pés para que fosse amarrado ao leito. Os gritos de medo eram calados pela borracha colocada à força entre os lábios, única maneira de garantir que não tivesse a língua cortada durante as descargas elétricas. [...]

Para conseguir crescer profissionalmente dentro do hospital, os interessados precisavam passar por todas as etapas de atendimento na área de saúde, desde a aplicação de injeção até a realização de curativo e do temido eletrochoque. [...]

A colega Maria do Carmo, que também era da cozinha, foi a primeira a tentar. Contou mentalmente, um, dois, três e aproximou os eletrodos das têmporas de sua cobaia, sem nenhuma anestesia. Ligou a engenhoca na voltagem 110 e, após nova contagem, 120 de carga. O coração da vítima não resistiu. O paciente morreu ali mesmo, de parada cardíaca, na frente de todos. [...]

Imediatamente, os atendentes do hospital embrulharam o coitado num lençol, como se aquele não fosse cadáver. [...]

A segunda candidata se aproximou de outra cama e, trêmula iniciou a prova. O paciente escolhido era mais novo que o primeiro. Apresentava ter menos de vinte anos. [...] Não resistiu. Era a segunda morte da noite, e as aulas estavam só começando. (ARBEX, 2017, p.35-37)

O uso do eletrochoque era tão desproporcional que moradores da cidade de Barbacena e funcionários do hospital relataram que “a energia elétrica da cidade não era suficiente para aguentar a carga. Muitos morriam, outros sofriam fraturas graves.” (ARBEX, 2017, p. 36). Além disso, os entrevistados ressaltaram a forma do procedimento: feito a seco, forçado, com o paciente amarrado, sem poder esboçar nenhuma reação.

Não obstante, muitos dos pacientes eram forçados a trabalhar nas plantações de milho, batata-doce, feijão, também nos consertos de vias públicas, limpeza de pastos, confecção de doces. Há registros que no ano de 1916 a metade da receita orçamentária do hospital foi garantida pelo trabalho dos pacientes, que não contava com nenhum tipo de segurança na realização das atividades e muito menos remuneração. “Não pareciam doentes, mas escravos, embora a escravatura no Brasil tivesse terminado havia quase trinta anos” (ARBEX, 2017, p. 61).

No auge da lotação do hospital, entre 1930 e 1980, o período de maior lotação, não era raro a morte de, pelo menos, dezesseis pessoas por dia pelos motivos variados já expostos. Os cadáveres, aliás, geravam lucros, ao serem vendidos para universidades de medicina de todo Brasil, sem que se questionassem as suas procedências. Estipulam-se que cerca de 1.853 corpos tenham sido comercializados entre 1969 e 1980 (ARBEX, 2017, p. 16). Ao final desses 50 anos de atrocidades cometidos dentro do Hospital Colônia, que cessou quando a mídia e psiquiatras denunciaram o que ocorria entre os pavilhões do hospital⁵, já se contabilizavam 60 mil mortes. Atualmente restam cerca de 200 sobreviventes do Holocausto Brasileiro.

5 O principal denunciante foi o psiquiatra italiano Franco Basaglia, pioneiro na luta antimanicomial, que, ao visitar o Hospital em 1979, relatou perante uma conferência de imprensa: “Estive hoje num campo de concentração nazista. Em lugar nenhum do mundo, presenciei uma tragédia como esta” (ARBEX, 2017, p. 18). No mesmo ano, o jornalista Hiram Firmino publicou uma série de reportagens sobre o Hospital, denominada “Os Porões da Loucura”, no jornal Estado de Minas, bem como o cineasta Helvécio Ratton produziu um curta-metragem chamado “Em Nome da Razão”, demonstrando a precária e violenta vida cotidiana dos pacientes (IPATRIMONIO, 2021)

3. DIREITOS HUMANOS TRANSGREDIDOS NO HOSPITAL COLÔNIA

O intuito desse tópico será restritamente listar alguns direitos humanos que foram violados ao decorrer dos anos de funcionamento do Hospital Colônia, levando em consideração, principalmente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Mesmo não vinculando diretamente os países, os direitos proclamados no documento são concebidos como inerentes à pessoa humana, devendo os Estados os respeitar e os salvaguardar, independente da vinculação social e/ou ideológico que possui. (TRINDADE *apud* TOLENTINO, OLIVEIRA, 2009).

O Brasil é signatário da Declaração, de forma que, apesar de o texto constitucional não fazer referência expressa ao documento, a promulgação da Constituição Brasileira de 1988 significou a sua vigência tácita, tendo em vista que os direitos fundamentais prescritos, e a sua elevação a *cláusula pétrea*, dialogam diretamente com a os valores da DUDH.

É importante afirmar que a dignidade da pessoa humana, encarada como princípio máximo do ordenamento jurídico brasileiro, independe da criação de norma que o legitime, pois “[...] a dignidade da pessoa humana não é criação da Lei Maior de 1988, ainda que tutelada por ela. Pelo contrário, trata-se de um direito inato ao ser humano, independente de qualquer formalização para fins de seu reconhecimento [...]” (FEIJÓ, 2014, p. 296). Assim, independente de previsto na Constituição em vigor à época das transgressões, o Estado Brasileiro tinha o total dever de assegurar a todos os seus direitos.

O direito de maior importância violado pelo Estado brasileiro, no Hospital Colônia, foi do presente no art. 3º da DUDH⁶: o direito à vida, já que o local foi palco da morte de 60 mil pessoas. Esse está diretamente relacionado ao princípio da dignidade humana, o qual visa preservar não somente o direito de sobreviver, mas o de viver bem, com integridade física, moral e mental respeitada. Ademais, como já demonstrado, no Hospital Colônia houve uma série de violação à direitos que partem a partir do direito à vida, como liberdade, saúde e segurança, colocando os pacientes expostos a todos os tipos de torturas, abusos e restrições de sua liberdade. Nesse sentido, Feijó explica:

Não havia qualquer respeito à vida naquele local. Como consequência inevitável, também não haveria que se falar em direito à vida. Os seres humanos internados no Colônia foram totalmente despidos de seu caráter humano. Eram tratados como objetos a mercê das vontades daqueles que exerciam uma função pública e representava o Estado. Difícil argumentar que se tratava apenas da aplicação dos métodos de tratamento disponíveis na época, e não de tortura e homicídio realizado sob o manto do Poder Público. (2017, p. 299)

Concomitantemente a violação do direito à vida, no qual decorre muitos outros a partir dele, deve-se ressaltar as violações: ao art. 4º, que diz respeito à escravidão, uma vez que os pacientes trabalhavam de forma análoga, sem remuneração ou condição condigna para exercer a atividade na qual eram obrigados⁷; ao art. 5º, em razão dos tratamentos degradantes e

6 Art. 3º: Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

7 Art. 4º: Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.

das torturas sofridas pelos pacientes⁸; bem como ao art. 9º, que proíbe a prisão, exílio ou detenção injusta, pois a maioria dos pacientes foram internados de forma ilegal e sem apresentar nenhum transtorno mental, apenas no ímpeto de saciar a vontade de algum terceiro que marginalizava tal sujeito⁹.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS ATOS COMETIDOS NO HOSPITAL COLÔNIA

A responsabilidade civil do Estado é o dever de indenizar por algum ato praticado pelos agentes estatais, no exercício de suas atribuições, que lese o direito de um cidadão. Importante frisar que “o mecanismo de responsabilidade civil visa, essencialmente, à recomposição do equilíbrio econômico desfeito ou alterado pelo dano” (AGUIAR DIAS *apud* BRAGA NETTO, 2017, p. 35). Logo, qualquer ente ou pessoa que cause algum dano ao patrimônio, à moral, à essência de outrem deve ter o dever de reparar. Falamos, portanto, da responsabilidade (clássica, tradicional) subjetiva, conforme explica Braga Netto:

A responsabilidade civil subjetiva, de índole clássica, atualmente regida pelo art. 186 do Código Civil, tem quatro pressupostos: a) ação ou omissão; b) dano; c) nexo causal; d) culpa. Quando falamos em culpa, em responsabilidade subjetiva, estamos nos referindo tanto a dolo quanto à culpa em sentido estrito (negligência, imperícia e imprudência). (BRAGA NETTO, 2017, p. 109).

Dessa forma, o Código Civil de 1916 adotou a responsabilidade civil subjetiva - também denominado culpa civilista - como teoria que regeria os atos comissivos praticados pelo Estado que causaria dano a outrem. Logo, para alguém, lesado pelo Estado, conseguir indenização, deveria provar que aquela atitude estatal possuía culpa.

Contudo, posteriormente, houve a teorização da responsabilidade civil objetiva, no qual, diferentemente do que se exige na responsabilidade subjetiva, não necessita comprovação de culpa para que o Estado possa indenizar. Carlos Roberto Gonçalves afirma que:

Não se exige, pois, comportamento culposo do funcionário. Basta que haja o dano, causado por agente do serviço público agindo nessa qualidade, para que decorra o dever do Estado de indenizar. [...]

Essa responsabilidade abrange as autarquias e as pessoas jurídicas de direito privado que exerçam funções delegadas do Poder público, como as permissionárias e concessionárias do serviço público. (GONGALVES, 2017, p. 156)

O Código Civil de 2002 consolidou tanto a responsabilidade subjetiva quanto objetiva, estando as duas em vigor atualmente. Quanto a responsabilidade do Estado, o Código Civil

8 Art. 5º: Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

9 Art. 9º: Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

consolida como sendo objetiva, conforme art. 43, *in verbis*: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”. Além disso, a Constituição Federal de 1988 transcreve em seu art. 37, §6º¹⁰ o texto do dispositivo citado, porém acrescenta que a responsabilidade objetiva do Estado é fundamentada na Teoria do Risco Administrativo, no qual afasta a obrigação de reparar, desde que se configure as excludentes de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro ou caso fortuito ou força maior.

Portanto, sabido que a responsabilidade do Estado é objetiva, à luz do Código Civil e da Constituição Federal, inicia-se a abordagem do tema sobre os atos cometidos pelos funcionários públicos do Hospital Colônia, buscando compreender qual a responsabilidade do Estado sobre as vítimas.

4.1. Reparação quanto aos atos comissivos e omissivos do Estado

É necessário que haja a divisão para que melhor se entenda a responsabilidade do Estado ocorrido no Hospital Colônia. Quanto aos atos comissivos praticados pelo Estado, que por vezes alega em sua defesa o desconhecimento sobre os acontecimentos que ocorriam dentro do estabelecimento, logo não haveria responsabilização, observa-se que muitos dos pacientes que foram torturados e mortos no hospital eram levados pelas próprias autoridades - servidores e representantes do Estado, v. g., delegados -, que obrigaram a ida de vadios, mendigos e pobres ao hospital, fundamentado pela Lei das Contravenções Penais (ARBEX, 2017, p. 39).

Ademais, a ação do Estado também é notável nas práticas cometidas pelos seus agentes públicos no emprego de tratamentos cruéis, como o uso discriminado de eletrochoques, a prática de estupro recorrente contra as pacientes mulheres, agressões físicas, entre outros abusos que levaram a morte de 60 mil pessoas.

Portanto, quanto a todas essas práticas, é claro afirmar que o Estado tem dever de indenizar, com base na responsabilidade objetiva, os familiares das vítimas mortas e as vítimas sobreviventes, devendo reparar todos os danos morais e existenciais que sofreram. Além disso, o Estado é provável devedor de indenização por perda de uma chance, uma vez que a maioria dos pacientes tiveram o desenvolvimento de suas vidas impedidas. Em outras palavras, diversas pessoas que passaram 15, 20, 30 anos aprisionados no Hospital sem nenhuma justificativa, no qual desses muitos possuíam empregos e perspectivas de vida, fazem jus a receberem, além de indenização por danos morais, existenciais, as indenizações por perda de uma chance.

Entretanto, quando se discorre sobre os atos omissivos do Estado, nasce uma grande questão quanto a sua responsabilidade, se objetiva ou subjetiva. Isso porque, conforme a doutrina e jurisprudência majoritária, em alguns casos de omissão estatal, como a omissão genérica, que é aquela que o Estado tem o dever de agir, mas se ausenta (poder de polícia e

10 Art. 37: (...)

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

fiscalização), a responsabilidade deve ser subjetiva. Logo, é preciso provar a culpa para que ocorra a indenização.

Porém, o caso do Hospital Colônia é diferente, uma vez que o Estado tinha o dever de salvaguardar aqueles pacientes que estavam sob sua custódia, através do poder de guarda. A ausência de condições mínimas de sobrevivência, como vestimentas adequadas para o clima local, alimentos básicos e água potável e as condições de higiene, retratam o total abandono daqueles pacientes que estavam sob a guarda e a proteção do Estado. É nesse sentido que surge a figura da omissão específica, no qual, nos casos em que o Estado não cumpre seu papel sobre seus assistidos, a responsabilidade é objetiva, logo, independe de culpa para gerar o dever indenizatório, como explica Braga Netto:

A pergunta fundamental nos parece esta: sem omissão estatal o dano teria ocorrido? Não precisa ser culposa a omissão; de omissão culposa, como de indenização, trata o artigo 186 do Código Civil, em cláusula geral da ilicitude culposa. O Estado responde sem culpa, agindo ou se omitindo, desde que configurado o nexo causal entre o dano e sua atividade (BRAGA NETTO, 2008, p. 248)

Nesse sentido, a jurisprudência se declina a condenar o Estado a pagar indenização, independente de comprovação da culpa, nos casos em que ocorre algum dano às pessoas que estejam sob sua tutela. Para exemplificar, cita-se o Agravo Regimental no Agravo Instrumental n.º. 1393002/RJ, que trata da morte de uma mulher em um hospital psiquiátrico em que a União foi condenada a pagar R\$ 1.962.000,00 (um milhão e novecentos e sessenta e dois mil reais) à mãe da vítima. O acórdão demonstra a responsabilidade que o Estado possui em resguardar o paciente, dando-o segurança e condições básicas de sobrevivência e higiene. E, caso isso não ocorra, ou venha o paciente a morrer, deve o Estado ser responsabilizado, conforme entendimento firmado no respectivo processo:

Os elementos carreados aos autos não deixam dúvidas de que houve falha na prestação do serviço hospitalar prestado à paciente, eis que a Administração Pública deixou de tomar as precauções que lhe competiam, falhando claramente em seu dever de vigilância. Ao receber um paciente para tratá-lo, a Administração está obrigada a preservar sua integridade física, a atendê-la com diligência e prudência, devendo, para isso, empregar todos os meios necessários. Descumprida a obrigação, que não se dissocia do dever de vigilância e proteção da equipe de médicos e funcionários do hospital, exsurge o dever de indenizar (BRASIL, 2011).

Dessa forma, o Estado, independente de comprovação de culpa, tem o dever de indenizar, tanto pelos atos comissivos praticados contra os pacientes quanto pelos atos omissivos decorrentes da má guarda e custódia pelo Estado.

4.2. Imprescritibilidade da pretensão indenizatória pela tortura e morte

É necessário abordar sobre a provável prescrição do direito indenizatório que se pode pleitear na justiça. O art. 206, §3º, do Código Civil assevera que prescreve em 3 anos a pretensão de reparação civil. Entretanto, o tema ora em análise vai muito além do que qualquer reparação civil, uma vez que foi o próprio Estado que violou os direitos humanos que culminou em milhares de mortes:

Assim, não há que se falar em prazo prescricional nos casos de afronta aos direitos fundamentais, sobretudo nos casos de tortura. Deve-se analisar a questão dos pacientes mentais submetidos à tortura em consonância com o previsto para perseguidos políticos torturados durante o período de exceção no Brasil. [...]

O mesmo raciocínio, por óbvio, se aplica aos seres humanos internados e submetidos a práticas semelhantes pelos torturados políticos, sob o engodo de que estariam recebendo tratamento médico. (FEIJÓ, 2017, p. 306).

Com base nesse pensamento e em consonância com a Constituição, que de forma expressa proíbe a tortura e eleva a dignidade da pessoa humana como primazia do Estado Democrático de Direito, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já reconheceu a “inviabilidade da aplicação do instituto da prescrição em face de atos de tortura cometidos durante o regime de exceção (ditadura) pelo fundamento de se configurar uma violação dos direitos fundamentais, dentro os quais, a título de exemplo, o AgRg no Ag 131062/RS” (FEIJÓ, 2014). Assim, assenta-se imprescritível a pretensão das vítimas em requerer indenização pelas violações de direitos sofridos entre os muros do Hospital Colônia de Barbacena.

5. CONCLUSÃO

A responsabilidade do Estado frente aos crimes e atrocidades praticados dentro do Hospital Colônia fica, então, perceptível, tendo em vista que, da mesma forma como ocorreu no período ditatorial brasileiro, comprovou-se a prática de tortura e homicídio praticados por agentes estatais. Além disso, o Estado não cumpriu com seu dever de resguardo e proteção dos internados, deixando-os morrer em virtude de omissão.

Assim, os acontecimentos praticados dentro do Hospital Colônia foram crimes institucionalizados, tendo como responsável o próprio Estado, sendo imprescritíveis em razão da sua gravidade e consequência, emergindo para todos os familiares e sobreviventes do Holocausto Brasileiro o direito a indenização, para minimizar, mas nunca apagar, esse capítulo triste da história brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro: Genocídio: 60 mil mortos no maior hospício do Brasil.** 18° ed. São Paulo: Geração, 2017.

BARBACENA – ANTIGO HOSPITAL COLÔNIA. **Ipatrimônio**, 2020. Disponível em: <http://www.ipatrimonio.org/barbacena-antigo-hospital-colonia/#!/map=38329&loc=-21.235182347021933,-43.95348787307739,17> Acesso em: 29 out. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei nº 10.406/2002, de 10 de janeiro de 2002.** Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 29 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2 Turma). **Agravo Regimental no Agravo Instrumental nº. 1393002/RJ. Agravante: União. Agravado: Anne Beatriz Sampaio e Outros.** Relator: Min. Castro Meira. 10 de novembro de 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21047424/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1393002-rj-2011-0004958-0-stj/inteiro-teor-21047425>. Acesso em: 29 out. 2017.

CERVANTES, Miguel de. **Dom Quixote.** 2° ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.

FEIJÓ COSTA, Wallace. **Responsabilidade do Estado em face de políticas públicas ofensivas aos direitos fundamentais: internação de pacientes com transtornos mentais.** R. Defensoria Pública da União, Brasília, DF, n. 7, p. 291-314, jan-dez. 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** 12° ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NETTO, Felipe Braga. **Manual da Responsabilidade Civil do Estado.** 4° ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

NETTO, Felipe P. Braga. **Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2008.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf> Acesso em: 29 out. 2017.

ROSA, João Guimarães. **Primeiras Estórias.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

TOLENTINO, Zeldá Tomaz; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. **Um trem de doido: O Holocausto brasileiro sob a perspectiva dos direitos humanos.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=972494a2e9aa540c> Acesso em: 19 out. 2017.

Concepção democrática dos atos administrativos discricionários de acordo com direito fundamental à boa administração pública

Rafael Lins Bertazzo¹

RESUMO

A Administração Pública, enquanto função estatal, não se pode atuar de forma dissociada aos cânones do Estado Democrático de Direito. Para tanto, a conduta do gestor público deve ser sempre pautada pelos valores democráticos, notadamente à busca de concretização dos direitos fundamentais e utilização de motivação racional, conforme a definição do direito fundamental à boa administração pública. Ganha relevo a investigação da postura democrática da Administração Pública nos atos administrativos discricionários, nos quais há permissivo legal para atuação do agente público com maior grau de liberdade, o que não exime de que se adote práticas consentâneas com os valores democráticos, sendo indicado, inclusive, a convocação de manifestações populares para dar maior legitimidade ao ato.

Palavras-chaves: Administração Pública. Discricionariedade Administrativa. Democracia Participativa. Direito Fundamental à Boa Administração Pública.

1. INTRODUÇÃO

A democracia é instituição a qual se encontra em constante evolução, adaptando-se de acordo com as necessidades sociais de determinado contexto histórico. O conceito da democracia moderna iniciou-se a partir dos movimentos revolucionários do Século XVIII e XIX, os quais se buscavam a limitação do poder exercido pelos monarcas, bem como a participação do povo nas deliberações estatais.

Após as conquistas obtidas pela Revolução Francesa, bem como pelo movimento de independência dos Estados Unidos da América, a democracia sofreu os primeiros questio-

¹ Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Procurador do Estado do Amazonas licenciado para exercer o cargo de confiança de Procurador-Geral do Município de Manaus. Advogado.

namentos no tocante à representatividade, pois os representantes eleitos agiam de forma dissociada da vontade popular, o que tornou a democracia um mecanismo meramente formal de governabilidade.

Neste prisma, surgem então as manifestações populares reivindicantes de providências estatais para satisfazer as reais necessidades do povo que, em momento posterior, passam a ser englobadas nos ordenamentos jurídicos e entendidos como instrumento de democracia participativa.

O presente estudo tem como finalidade demonstrar a importância da democracia participativa na esfera da Administração Pública, notadamente no tange aos atos administrativos discricionários, pois são deliberações da função administrativa que se utilizam de conceitos jurídicos indeterminados e juízos de oportunidade e conveniência, ocasião em que se demanda postura racional e motivação circunstanciada do gestor público, para demonstrar que o pronunciamento administrativo atinge os valores democráticos e está de acordo com os direitos fundamentais estatuídos na Constituição da República.

A primeira abordagem terá como objetivo demonstrar que a democracia possui o significado costumeiro de ser entendida como o direito de sufrágio e da representatividade parlamentar. Expor-se-á a evolução do conceito de democracia até a definição da democracia participativa.

Por conseguinte, passar-se-á a definir o que se entende por discricionariedade administrativa, abordando que não existe ato plenamente vinculado ou plenamente discricionário, pois sempre haverá elementos acidentais do ato que permitirão atuação mais livre do gestor público em determinada hipótese. Também se verificará se os conceitos jurídicos indeterminados podem ser fruto de atuação discricionária da Administração Pública.

Ao final, com base no conceito de discricionariedade administrativa que será defendido neste estudo, buscar-se-á demonstrar balizas do exercício democrático da atividade administrativa discricionária, de acordo com a concepção do direito fundamental à boa administração pública moldada pelo Prof. Juarez Freitas.

2. DEMOCRACIA PARA ALÉM DO SUFRÁGIO E DA REPRESENTATIVIDADE PARLAMENTAR: A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA.

A palavra democracia costumeiramente remete ao leigo a ideia de escolha dos representantes políticos mediante o voto, ou as discussões e deliberações pelos representantes eleitos para ocupar o Parlamento.

Esta concepção de democracia, que é difundida popularmente, tem por origem os movimentos revolucionários do Séc. XVIII, notadamente a Revolução Francesa, na qual a classe burguesa, inconformada com os privilégios da nobreza e infinitude do poder dos monarcas, se insurgiu contra o sistema político, para o povo ser reconhecido como titular do poder, tomando assento nas deliberações estatais, onde haveria clara limitação ao exercício do poder pelo monarca.

Outro fato histórico necessário para compreender o significado de democracia, popularmente falando, diz respeito ao movimento de formação dos Estados Unidos da América, onde, além de se conceber o Federalismo, houve a difusão da República enquanto forma de governo pois, não obstante a existência de menções à república na antiguidade, notada-

mente nas cidades-estados da Grécia antiga ou em Roma, Dalmo de Abreu Dallari constata que a República como concebemos atualmente é fruto dos movimentos antiabsolutistas do Séc. XVIII².

O Prof. Dalmo Dallari Abreu também ensina que a representatividade parlamentar ganha mais ênfase que a República, enquanto função executiva, como forma de limitar o poder absolutista, ocasião também que surge controvérsia relacionada à representatividade do Parlamento³.

Durante o século XVIII surgiu a República, simbolizando o Governo Popular. No século seguinte, dando-se mais ênfase à função legislativa e preferindo-se concentrar maior autoridade nos corpos legislativos, como uma garantia contra os governos absolutos, surge o problema da representação.

As críticas quanto à representatividade do Parlamento, enquanto representante do povo investido democraticamente, amplificaram-se no final do século XIX e início do século XX, oportunidade na qual os ideais de liberdade dos movimentos revolucionários, somados à Segunda Revolução Industrial, foram circunstâncias que demonstraram o desnível social entre a nova classe dominante, a burguesia, e os demais indivíduos que não possuíam acesso à riqueza e aos meios de produção.

Estes dois fatos históricos também foram potencializados não só pela burguesia ser a classe dominante, em termos econômicos, mas por também ser a classe política dominante, ocasião em que as políticas e deliberações estatais não consideravam o surgimento desta desigualdade social, privilegiando o direito à liberdade, que favorecia apenas os economicamente favorecidos.

O magistério de Rubens Beçak sintetiza o inconformismo com o sistema representativo entre o Séc. XIX e Séc. XX⁴.

Entretanto, já no final do longo século XIX, a crítica ao sistema já não era rara. A democracia parecia a muitos ser um bonito nome para um sistema meramente formal e de tal forma afastado da concepção idealizada que, seguramente, não havia como estabelecer paralelo razoável entre a vontade do eleitor e do eleito. A existência dos desprestigiados “governos da Assembleia” acentuava tal acepção, na medida em que estavam mais para câmaras burguesas de representação da vontade desta classe social ou pior, de interesses unipessoais.

Mais a frente, o citado Professor lembra que todo esse contexto histórico foi o embrião do chamado “Estado Social”⁵, na qual se buscou a intervenção estatal nas relações sociais, notadamente nas relações econômicas, para que houvesse equilíbrio jurídico a relações des-niveladas socialmente, como as relações de emprego.

2 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.225.

3 Idem. p. 297.

4 BEÇAK, Rubens. **Democracia: Hegemonia e Aperfeiçoamento**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 25/26

5 Idem, p. 26.

Com base neste contexto histórico é que se pode firmar as ideais gerais acerca do que a maioria dos indivíduos entende por democracia, além da crise de representatividade do Parlamento, que é um fato o qual a História nos ensina que é revivido quando o Parlamento passa a atuar de forma dissociada das reivindicações da sociedade ou agindo em interesse próprio.

Contudo, a democracia, como se concebe atualmente, vai além do sufrágio e da representatividade para exercício do Poder. Além dos instrumentos de participação direta do povo em questões legislativas ou executivas, previstos no ordenamento jurídico brasileiro no art. 14, da Constituição da República⁶, coloca-se que tem ganhado força a participação popular na formação da vontade político-administrativa, por meio de manifestações prévias dos indivíduos, na qual o titular do poder (o povo) influi no ânimo do representante eleito.

Trata-se de concepção da democracia que reconhece que a sociedade é plural, complexa e que o representante do poder deve levar em consideração esta diversidade social no processo decisório, a qual muitas vezes é esquecida ou sequer conhecida pelo Poder Público, que em muitas vezes molda-se em um sistema pré-concebido.

Acerca da congruência entre a democracia e o pluralismo, as lições de Norberto Bobbio ensinam⁷

O deslocamento do ângulo visual do Estado para a sociedade civil nos obriga a considerar que existem outros centros de poder além do Estado. Nossas sociedades não são monocráticas mas policráticas. E isto basta para que nos vejamos inesperadamente sobre as areias movediças do pluralismo (digo “areias movediças” porque quem se aventurou nos últimos meses à disputa em torno do pluralismo me deu sempre a impressão de alguém que a cada esforço para sair fora com a cabeça afundava cada vez mais com os pés).

Uma coisa porém é certa: tão logo abandonamos o ponto de vista restrito do sistema político e ampliamos a visão para a sociedade subjacente, deparamo-nos com centros de poder que estão dentro do Estado mas que não se identificam imediatamente com o Estado. Neste ponto, é inevitável que o problema da democracia encontre e por assim dizer englobe o problema do pluralismo.

Assim surgem os mecanismos de participação popular que englobam o conceito de democracia participativa, nos quais a sociedade é incluída e instada a fazer parte das razões que levam o Poder Público a tomar determinada decisão, influenciando diretamente no processo decisório, que segundo o magistério de Dalmo de Abreu Dallari⁸.

6 Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
I - plebiscito;
II - referendo;
III - iniciativa popular.

7 BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. 13ª. ed. São Paulo: Paz & Terra, 2015. p. 95

8 Op. Cit. p. 155.

No final do século XX foi proposta e teve grande repercussão prática, a intensificação da participação direta do povo nas decisões políticas, por meio de manifestações coletivas, aprovando proposições para a adoção de políticas públicas. Essa prática passou a ser identificada como democracia participativa e já vem sendo estudada pelos teóricos, como nova possibilidade de efetivação das ideias e dos princípios contidos no conceito de democracia.

Exemplos de instrumentos de democracia participativa são as audiências públicas e consultas públicas realizadas previamente a tomada de determinada decisão administrativa, que possuem previsão em diversas leis, como o disposto no art. 39, da Lei n. 8.666/93⁹. Também podem ser conceituados como elementos de democracia participativa todo aquele que amplie o conhecimento do indivíduo sobre determinado fato ou ato estatal e permita este influir na vontade estatal, contexto o qual se verifica que o princípio da publicidade é instrumento de democracia participativa, pois permite ao indivíduo tomar conhecimento dos atos estatais e eventualmente opor-se a este, mediante as formas de controle previstas constitucional e legalmente.

Os instrumentos de democracia participativa possuem importante relevo principalmente na atuação do Poder Executivo, pois não raro os órgãos vinculados à função administrativa ainda agem de forma pouco racional e sem a motivação necessária, muitas vezes considerando apenas decisões que beneficiam o próprio Poder Público em detrimento da coletividade, utilizando-se de emprego de conceitos jurídicos indeterminados ou juízos discricionários como argumento de autoridade, sem especificar no caso concreto e na tomada do processo decisório o significado destes termos¹⁰.

3. DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. CATEGORIAS DISTINTAS OU COEXISTENTES NOS REQUISITOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS?

A concepção contemporânea do Direito Administrativo moderno em grande parte dos países ocidentais baseia-se na submissão dos agentes públicos ao império da lei (*rule of law*), como forma de evitar a concentração e abuso de poder por parte dos gestores e permitir a consecução de finalidades públicas voltadas ao bem-estar da coletividade.

Trata-se de processo histórico que foi potencializado a partir da Revolução Francesa, no qual a burguesia estava insatisfeita pelos privilégios da nobreza e do clero, além do poder

9 Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

10 Atualmente, o novo Código de Processo Civil, aplicado supletiva e subsidiariamente aos processos administrativos (art. 15. *Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.*), estabelece como vício de fundamentação a decisão judicial que empregar conceito jurídico indeterminado e não especificar o significado ou o motivo de incidência concreta no caso (art. 489, §1º. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) II - *empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso*). Trata-se de dispositivo que deverá ser aplicado à atividade administrativa, pois tornará mais racional e democrática as decisões e atos administrativos, pois se evitará a utilização de argumentos de autoridade ou fundamentações do gênero "*indefiro o pedido, pois este não atende ao interesse público.*", ocasião a qual motivações como estas serão inválidas.

infinito que os monarcas franceses possuíam, bem demonstrado pela alcunha de “Rei Sol” de Luis XIV, Rei da França entre 1638 a 1715, reinado em período pré-revolucionário.

Também merece menção os ideais firmados pelo movimento de independência dos Estados Unidos da América, insculpidos na Declaração de Independência de 4 de Julho de 1776, documento histórico no qual também se reconheceu o limite do poder estatal face a direitos reconhecidos por este ato como inalienáveis e são opostos contra o Estado, direitos estes conhecidos pela doutrina como direitos de primeira geração (ou dimensão), ou direitos de defesa, consistente nos direitos civis e políticos (ex: direito à vida, propriedade ou liberdade).

Em 1789, na França, firmou-se pela Assembleia Nacional Francesa a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ato o qual também reconheceu a limitação do poder estatal face ao ordenamento jurídico para garantir a existência de direitos dos indivíduos reconhecidos como inalienáveis, como se verifica do preâmbulo deste¹¹

Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.

Reprisado o contexto histórico, surge então o Estado Constitucional e o Estado de Direito, na qual se reconhece que a titularidade do poder pertence ao povo e o exercício do poder é conferido a representantes com legitimidade decorrente da ordem constitucional. Para que o exercício do poder não seja objeto de abuso que se limita este à observância das normas constitucionais e legais.

As lições de Jorge Miranda dão o arremate final à limitação do poder estatal à norma¹²

Numa primeira noção, Estado constitucional significa Estado assente numa Constituição fundadora e reguladora tanto de toda a sua organização como da relação com os cidadãos e tendente à limitação do poder.

Governo representativo significa a forma de governo em que se opera uma dissociação entre a titularidade e o exercício do poder - aquela radicada no povo, na nação (no sentido revolucionário) ou na coletividade, e este conferido a governantes eleitos ou grupos como representativos da coletividade (de toda a coletividade, e não de estratos ou grupos como no Estado estamental). E é uma forma de governo nova em

11 <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 8. dez. 2017

12 MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 33

confronto com a monarquia, com a república aristocrática e com a democracia direta, em que inexistia tal dissociação.

Estado de Direito é o Estado em que, para garantia dos direitos dos cidadãos, se estabelece juridicamente a divisão do poder e em que o respeito pela legalidade (seja mera legalidade formal, seja – mais tarde – a conformidade com valores materiais) se eleva a critério de ação dos governantes.

Firmada a observância da atividade estatal à lei (na Constituição Brasileira de 1988 é princípio expresso no art. 37), coloca-se que pela complexidade do atual Estado Democrático de Direito brasileiro, na qual há imposição constitucional para a realização de diversas políticas públicas prestacionais, além do atual Direito Administrativo não estar mais preso à lei e sim ao ordenamento jurídico como um todo (inclusive os valores normatizados pela Constituição)¹³, a mera operação de subsunção do fato ao enunciado normativo não é capaz de solucionar as demandas públicas, devendo haver instrumento legal que confira certa autonomia ao gestor público para a tomada de decisão quando estiver diante de mais de um fato ou de uma norma jurídica.

Aparece, então, o que se entende por discricionariedade administrativa ou poder discricionário, no qual o administrador público possui certa autonomia conferida diretamente pelo ordenamento jurídico para atuar de acordo com critérios de conveniência, oportunidade e conteúdo, conforme se observa a partir do magistério de Hely Lopes Meirelles, na qual distingue com brilhantismo discricionariedade e arbitrariedade¹⁴

Poder discricionário é o que o direito concede à Administração de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.

Convém esclarecer que poder discricionário não se confunde com poder arbitrário. Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado pelo direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido.

Constata-se que a discricionariedade é uma criação puramente normativa, pois só há liberdade de atuação do agente público caso encontre validade no sistema normativo, seja esta discricionariedade permitida diretamente pela Constituição ou que haja permissivo em Lei, não havendo espaço para a própria autoridade administrativa estabelecer hipóteses

13 Acerca da ampliação da atividade administração vinculada não só à lei, mas ao Direito, são preciosas as lições de Carlos Ayres Brito *“Ora dizer que a lei é o primeiro dos princípios regentes da administração pública, mas não o único (óbvio), é também dizer que o Direito especificamente aplicável a esse tipo de administração começa com a lei, mas não termina com ela. O Direito ainda se manifesta em cada qual dos modos obrigatórios de aplicar a lei, que são os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Princípios, então, de rigorosa compostura jurídico-positiva, e, nessa medida, também expressões do Direito como um sistema normativo. O chamado Direito Objetivo. Cuida-se, em rigor de apreensão cognitiva, de uma nova dualidade básica. Dualidade expressa no princípio-continente da legitimidade administrativa e nos princípios-conteúdos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. É como dizer: a administração pública somente alcança o patamar da legitimidade plena quanto aos seus meios ou meios de atuação, se, impulsionada pela lei, a esta consegue imprimir o selo dos outros quatro princípios. Operando, estes, como fatores de legitimação conjunta da própria lei, do Direito como um todo e da atividade administrativa em especial.”* – BRITTO, Carlos Ayres. In CANOTILHO, J.J. Gomes, et. al. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 822.

14 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 10. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 79/80.

de atuação discricionária, sob pena desta atuação se tornar arbitrária, conforme os ensinamentos acima citados.

Cumprido ressaltar, contudo, que a discricionariedade administrativa cinge-se apenas a parte dos requisitos do ato administrativo, pois os requisitos de competência, finalidade e forma serão sempre vinculados¹⁵, devendo obedecer estritamente ao ordenamento jurídico. Apenas o objeto e motivo que poderão ser discricionários, se houver previsão no ordenamento jurídico neste sentido.

Discute-se, também, se os conceitos jurídicos indeterminados, como se definem os termos vagos ou de mais de um significado presente no texto normativo, podem significar atividade discricionária por parte da Administração Pública, pois a partir da interpretação do conceito vago contido na norma jurídica pode-se extrair mais de uma consequência condizente com a finalidade pública e bem-estar da coletividade.

Maria Sylvania Zanella Di Pietro expõe a polêmica acerca da utilização dos conceitos jurídicos indeterminados como forma de discricionariedade administrativa, pois, segundo a ilustre professora, há quem defenda que a motivação decorrente de esclarecer o significado do conceito vago empregado pela norma é atividade interpretativa que se conduz a apenas uma solução válida, o que afasta a discricionariedade¹⁶.

Nos dizeres das lições acima citadas¹⁷

No que diz respeito aos conceitos jurídicos indeterminados, ainda há muita polêmica, podendo-se falar de duas grandes correntes: a dos que entendem que eles não conferem discricionariedade à Administração, porque, diante deles, a Administração tem que fazer um trabalho de interpretação que leva à única solução válida possível; e a dos que entendem que eles podem conferir discricionariedade à Administração, desde que se trate de conceitos de valor, que impliquem a possibilidade de apreciação do interesse público em cada caso concreto, afastada a discricionariedade diante de certos conceitos de experiência ou de conceitos técnicos, que não admitem soluções alternativas.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello os conceitos jurídicos indeterminados estão dentro da discricionariedade administrativa, pois a imprecisão dos termos conduz à existência de duas ou mais soluções possíveis de decisão por parte da Administração Pública, conforme se extrai da conceituação defendida por este¹⁸

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.

15 Idem, p. 79

16 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 223.

17 Idem, p. 223

18 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 48.

Eros Roberto Grau debateu analiticamente o conceito acima exposto e chegou à conclusão de que a fluidez das expressões contidas no texto normativo conduz à juízo de interpretação, pois para este o juízo feito em relação aos conceitos jurídicos indeterminados é de legalidade e não de oportunidade, sendo este último o campo de discricionariedade¹⁹.

A crítica de Eros Roberto Grau à definição de Celso Antônio Bandeira de Melo apegase à clássica concepção da impossibilidade de sindicatar judicialmente o mérito administrativo do ato discricionário (oportunidade e conveniência).

Contudo, respeitando a opinião do ilustre professor, a definição de discricionariedade, desde a concepção clássica de Hely Lopes Meirelles, já apresentada neste estudo, demonstra que existe margem de liberdade conferida ao administrador público em razão do conteúdo da norma. Ademais, a possibilidade de sindicatar ou não o mérito do ato discricionário não parece motivo suficiente para definição do conceito, pois até o juízo de oportunidade e conveniência pode sofrer influxo do Poder Judiciário, caso não esteja em obediência às normas constitucionais e legais, com aplicação racional e circunstanciadamente fundamentada dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, como bem defendido por Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰.

Socorrendo-se mais uma vez das lições de Hely Lopes Meirelles, o saudoso mestre conclui que até mesmo nos atos vinculados haverá aspectos que permitam a Administração Pública agir de um ou outra forma e em ambas sendo possível atingir a finalidade pública²¹

Difícilmente encontraremos um ato administrativo inteiramente vinculado, porque haverá sempre aspectos sobre os quais a Administração terá opções na sua realização. Mas o que caracteriza o ato como vinculado é a predominância de especificações da lei sobre os elementos deixados livres para a Administração.

Neste debate,²² a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta que a segunda corrente, a qual considera a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados como exercício da discricionariedade administrativa é majoritária na doutrina administrativa, mas reconhece a dificuldade de se demonstrar abstratamente as hipóteses de que os conceitos jurídicos indeterminados possam implicar em atuação discricionária da administração pública, devendo o exame do conceito de valor (única hipótese de conceito jurídico indeterminado que possa admitir a existência de discricionariedade, conforme já citado acima) ser analisado caso a caso, por ocasião do exame da norma.

Em conclusão, verifica-se que o objeto da atuação discricionária da Administração Pública incide não só no juízo de oportunidade e conveniência conferido pelo ordenamento jurídico, mas também nos conceitos jurídicos indeterminados que abrangem conceitos de valor, o que leva à constatação de que até em atos administrativos vinculados pode existir um motivo acidentalmente discricionário.

19 GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 9. ed. rev. e ampli. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 208/211.

20 Op. Cit. p. 96/98.

21 Op. Cit. p. 79.

22 Op. Cit. p. 223/224

4. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA LIMITADA PELO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO MODELO DEMOCRÁTICO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Na concepção kelseniana de validade da norma jurídica, a discricionariedade administrativa possui como requisito de validade formal a autorização normativa, por meio de Lei ou decorrente da própria Constituição, que confira à Administração Pública certa liberdade de atuação, mediante juízo de oportunidade ou conveniência, ou para interpretar conceitos jurídicos indeterminados de valor.

Inexistindo previsão constitucional ou legal que permita esta modalidade de atividade administrativa, o ato será inválido e deverá ser retirado do ordenamento jurídico pela própria Administração Pública, no exercício de autotutela administrativa, ou pelo Poder Judiciário, se for provocado para tanto.

Contudo, no aspecto material, o uso da discricionariedade administrativa normalmente é pautado pelo conceito jurídico indeterminado “interesse público”, conceito este que tem suscitado controvérsias no atual panorama do direito administrativo, chegando a ser levantada a possibilidade de superação ou extinção do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular.

A discussão doutrinária gira em torno da possibilidade ou não de existência abstrata de um interesse público pertencente à Administração Pública que pode ser alegado para o particular.

Parte da doutrina sustenta impossível a existência de um interesse público definido abstratamente, pois em uma sociedade que compõe a Federação Brasileira, marcada pelo pluralismo e diversidade, não há como se definir um interesse público comum, circunstância a qual se constata diretamente da Constituição, que possui normas com valores antagônicos que estão em constante rota de colisão.

O magistério de Rafael Carvalho Rezende Oliveira esclarece a posição doutrinária acima exposta²³

E isso se dá porque, em verdade, nunca existiram um único “interesse público” tampouco um interesse privado, concebidos abstratamente e de forma cerrada. Muito ao contrário, em uma sociedade pluralista, existem diversos interesses públicos e privados em constante conexão, de modo que, naturalmente, poderão emergir eventuais conflitos entre interesses considerados públicos (ex: a criação de uma hidrelétrica e a necessidade de desmatamento de área florestal de conservação permanente), entre interesses denominados privados (ex: o direito à intimidade e o direito à liberdade de expressão) e entre interesses públicos e privados (ex: a servidão administrativa de passagem estabelecida em imóvel particular para utilização de ambulâncias de determinado nosocômio público).

(...)

É inadmissível a fundamentação da atuação estatal em um abstrato e indecifrável interesse

23 OLIVEIRA, Rafael Rezende Carvalho. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Método, 2015. P. 37.

público (“razões de estado”) típico de atuações arbitrárias. A juridicidade dos atos estatais deve ser auferida à luz da ordem jurídica, notadamente dos princípios norteadores da atividade administrativa e dos direitos fundamentais. Com isso, cresce a importância da motivação e justificação das atuações administrativas.

Antes de expor a corrente que sustenta que ainda permanece em vigor o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, adianta-se que a crítica de Rafael Carvalho Rezende Oliveira é parcialmente correta, pois no Estado Democrático de Direito vigente no Brasil, marcado pela constante colisão de interesses, não se pode admitir atuação administrativa com fundamentação genérica, conforme já defendido neste estudo.

Decisões administrativas com emprego de argumentos de autoridade estão em sentido totalmente oposto aos princípios basilares da Administração Pública, previstos no art. 37, da Lei Maior, pois, ainda que se sustente a existência da supremacia do interesse público, por se tratar de conceito jurídico indeterminado de valor, é ônus da Administração Pública demonstrar casuisticamente o que se entende por interesse público na hipótese.

Em sentido de que se permanece vigente o princípio da supremacia do interesse público, José dos Santos Carvalho Filho, aduzindo que a posição deste é seguida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Celso Antonio Bandeira de Mello e Lúcia Valle Figueiredo, leciona que o princípio da supremacia do interesse público é corolário do regime democrático, pois traduz na preponderância do interesse da maioria e que o princípio necessita é uma reconstrução e não ser “destruído”.

Nas palavras de Carvalho Filho²⁴

Algumas vezes se têm levantado atualmente contra a existência do princípio em foco, argumentando-se no sentido da primazia de interesses privados com suporte em direitos fundamentais quando ocorrem determinadas situações específicas. Não lhes assiste razão, no entanto, nessa visão pretensamente modernista. Se é evidente que o sistema jurídico assegura aos particulares garantias contra o Estado em certos tipos de relação jurídica, é mais evidente ainda que, como regra, deve respeitar-se o interesse coletivo quando em confronto com o interesse particular. A existência de direitos fundamentais não exclui a densidade do princípio. Este é, na verdade, o corolário natural do regime democrático, calcado, como por todos sabido, na preponderância das majorias. A “desconstrução” do princípio espelha uma visão distorcida e coloca em risco a própria democracia; o princípio, isto sim, suscita “reconstrução”, vale dizer, adaptação à dinâmica social, como já se afirmou com absoluto acerto.

Também há corrente doutrinária que sustenta a manutenção do princípio da supremacia do interesse público, mas que, para tanto, este deve ser reconhecido pela Constituição por Lei, após juízo de ponderação feita pelo legislador, não havendo interesse público presumido ou ilimitado, conforme aponta Lucas Rocha Furtado²⁵

24 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 35

25 FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 77.

Acerca da supremacia do interesse público, a primeira observação a ser feita é no sentido de que não existem interesses públicos presumidos ou ilimitados. Eles somente existem após serem reconhecidos pela Constituição Federal ou por lei como tais, e necessariamente terão limites também fixados pela Constituição ou pela lei.

A segunda observação questiona a legitimidade ou o momento em que é feita a valoração acerca da necessidade de determinados interesses serem elevados à categoria de públicos e de sobrepor a outros interesses, igualmente legítimos. Essa valoração ou definição de hierarquia de interesses é tarefa que cabe ao legislador, ou ao constituinte, não ao administrador público. Cabe à Constituição ou à lei proceder a esse juízo de ponderação e atribuir a alguns interesses supremacia sobre outros. Realizado esse trabalho de ponderação, o legislador irá conferir a determinadas pessoas, sobretudo ao Estado, determinadas prerrogativas públicas, que extrapolam do Direito comum, prerrogativas necessárias à realização desses interesses que foram reconhecidos pelos representantes da população com os mais importantes para o País.

Furtado, para justificar a supremacia do interesse público por meio de previsão na Constituição ou Lei, exemplifica o direito constitucional de desapropriação do Estado, para fins de necessidade, utilidade públicas ou interesse social e as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos prevista Lei n. 8.666/93.

A doutrina majoritária, conforme já adiantado, mantém como válida a existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Contudo, como bem alertado por Carvalho Filho, o princípio necessita ser reconstruído e lido de acordo com atual Estado Democrático de Direito.

A colocação de Lucas Rocha Furtado de que o interesse público para ostentar supremacia deve ter previsão normativa ostenta legitimidade democrática, pois foi prioridade elencada pelo povo, através do Parlamento. Contudo, as lições de Furtado deixaram lacunas na existência de prioridades administrativas que estejam diante de mais de um interesse que o Administrador possa interpretar como interesse público, pois o respeitado Professor aponta que não é tarefa do administrador ponderar a respeito se determinado interesse é público e merece prevalecer sobre outro, função que cabe ao Parlamento, enquanto representante da sociedade.

Com base no arranjo doutrinário acima exposto, é possível sustentar a existência de interesses públicos previamente definidos pelo legislador, os quais o Estado está dotado de prerrogativas que denotem posição vertical em relação ao particular, prerrogativas as quais são usadas com finalidade de atender ao bem da coletividade, para consecução de políticas públicas que possibilitem a concretização dos direitos fundamentais normatizados na Constituição.

Contudo, na existência de atuação administrativa na qual se visualize a existência de dois interesses que possam ser categorizados como públicos, deverá o administrador motivar a escolha de um em detrimento do outro mediante motivação racional, específica e circunstanciada, com a finalidade de legitimar a escolha pública e possibilitar os administrados, interessados e beneficiários desta a terem ciência e, querendo, opor-se a esta escolha perante os órgãos de controle.

A utilização de fundamentação racional e coerente no presente caso amolda-se ao conceito de discricionariedade legítima, concebido por Juarez Freitas, que assim pontua²⁶

26 FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 22.

Em conexão, pode-se conceituar a discricionariedade administrativa legítima como a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de conveniência ou oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitados os requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa administração pública.

As lições do Prof. Juarez Freitas acima mencionadas partes do conceito do direito fundamental à boa administração pública defendido por este respeitado Mestre, que define²⁷

O Estado Democrático, em sua crescente afirmação (nem sempre linear) da cidadania, tem o compromisso de facilitar e prover o acesso ao direito fundamental à boa administração pública, que pode ser assim compreendido: trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais e correspondentes prioridades.

Os princípios e regras que compõem o direito fundamental à boa administração pública são parâmetros para aferir se o exercício da discricionariedade administrativa, seja em juízo de conveniência ou oportunidade, ou seja para dar significado a determinado conceito jurídico indeterminado de valor estão de acordo com a finalidade de se promover o bem-estar da coletividade, por meio de observância dos direitos fundamentais, pois se exige postura democrática do administrador público, além de exigir motivação racional, proporcional e coerente, o que auxilia o administrador público, por exemplo, a definir a prevalência de determinado interesse público, quando se visualiza duas prioridades que possam se encaixar nesse conceito jurídico indeterminado.

Também é recomendável que o Administrador Público utilize-se dos institutos da audiência pública e da consulta pública, mesmo nas hipóteses de inexistência de obrigatoriedade da realização deste ato, pois em uma sociedade pluralista como a sociedade brasileira, a definição de conceitos jurídicos indeterminados de valor ou a motivação do juízo de oportunidade e conveniência torna-se atividade complexa e que fatalmente acabará por colidir em dois ou mais princípios ou normas constitucionais, ocasião em que a ampliação do debate, com o direito da população em influir na vontade da Administração Pública e ver as argumentações enfrentadas na motivação do ato administrativo vai ao encontro do modelo democrático de Administração Pública no qual se entende pelo direito fundamental à boa administração pública.

Acerca da importância da democracia participativa na Administração Pública, Juarez Freitas pontifica²⁸

27 FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 21.

28 FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais**. 5. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 369.

Acolhido este prisma de realce da democracia participativa, útil lembrar, por exemplo, o papel das audiências públicas, obrigatórias para a validade de determinadas resoluções regulatórias. Pode-se, ainda, aludir o caráter vinculante do princípio da democracia participativa, no campo. O inegável é a relevância da participação (sem prejuízo das competências constitucionais), no processo de escolhas públicas e na execução das prioridades eleitas.

Portanto, mostra-se crítico construir uma agenda administrativa democrática. Apta a, com senso de inovação, consolidar a participação da cidadania. A democracia representativa, ao que tudo indica, sozinha, não levará a termo a série de reformas desburocratizantes da gestão pública, tarefa que demanda o contrapoder participativo, inversamente proporcional à delegação exacerbada.

Desta feita, verifica-se que a atividade administrativa, no exercício da discricionariedade, só será consentânea com o atual paradigma de Estado Democrático de Direito da Constituição da República de 1988 se houver conformação das escolhas públicas com os direitos fundamentais, mediante motivação racional e sempre que possível, ainda que não haja imposição constitucional ou legal, com o emprego de instrumentos de democracia participativa.

5. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, constatou-se, inicialmente, que o surgimento dos instrumentos de democracia participativa deu-se a partir da crise do sistema representativo parlamentar ocorrida no entre o final do séc. XIX e até meados do séc. XX, ocasião em que se verificou que os representantes deliberavam de acordo com os próprios interesses, dissociados da vontade popular, contribuindo para o surgimento de desigualdades sociais.

Por meio de manifestações populares que se iniciaram os instrumentos nos quais a sociedade pode vir a influir nas deliberações estatais, mediante manifestações prévias perante o representante com poder decisório, além dos instrumentos de democracia direta já existentes, como o plebiscito, referendo e possibilidade de iniciativa legislativa popular.

Após, concluiu-se que o objeto da atuação discricionária da Administração Pública incide não só no juízo de oportunidade e conveniência conferido pelo ordenamento jurídico, mas também nos conceitos jurídicos indeterminados que abranjam conceitos de valor, o que leva à constatação de que até em atos administrativos vinculados pode existir um motivo acidentalmente discricionário.

Por conseguinte, concluiu-se que o exercício democrático da atividade administrativa discricionária necessita observar a motivação racional e específica das hipóteses de conveniência e oportunidade, bem como a definição pormenorizada de conceitos jurídicos indeterminados de valor empregados pelo gestor público, pois se afigura antidemocrática a utilização de conceitos vagos como argumento de autoridade, o que configura conduta arbitrária da Administração Pública e dissociada da finalidade pública, entendida esta pelo fim de se promover os direitos fundamentais.

Ao final, também se constatou que, ainda que a obrigatoriedade dos instrumentos de democracia participativa no seio da Administração Pública sejam diminutos, é conduta

condizente com o direito fundamental à boa administração pública que o gestor público, quando se encontra diante de tomada de decisão discricionária na qual se utilizará de conceitos que colidirão com duas ou mais normas protetivas de grupos sociais distintos, que se faça empregar a oitima dos possíveis impactados pela decisão, mediante audiências ou consultas públicas, com a finalidade de ampliar o debate e trazer mais elementos para o processo decisório, na qual se espera que a Administração Pública enfrente de forma racional, concreta e específica todos os dados e argumentações deduzidas pelos participantes dos atos de democracia participativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEÇAK, Rubens. **Democracia: Hegemonia e Aperfeiçoamento**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. 13ª. ed. São Paulo: Paz & Terra, 2015.

BRITTO, Carlos Ayres. In CANOTILHO, J.J. Gomes, et. al. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

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

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 9. ed. rev. e ampli. São Paulo: Malheiros, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 10. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Rezende Carvalho. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Método, 2015.

Decreto nº 40.628/2019 e a alteração da arrecadação do ICMS da energia elétrica

Fabiano Gustavo dos Santos Ozga¹

RESUMO

O trabalho descreve o Decreto nº 40.628/2019, editado pelo Governador do Estado do Amazonas, mais especificamente quando atribui às empresas geradoras de energia elétrica, na condição de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS incidente nas operações subsequentes com energia elétrica, gerada por qualquer modalidade, ainda que por terceiros, e o estudo parte da análise da constitucionalidade do referido decreto sob o prisma do princípio tributário da legalidade, bem como baseado nos julgados do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária, concluindo pela inconstitucionalidade do decreto supracitado, haja vista que cabe à lei complementar tratar de normas gerais em matéria de legislação tributária (art. 146, III, "a", CF/88) e dispor sobre substituição tributária (art. 150, § 2º, XII, "b", CF/88), assegurando um dos principais alicerces do Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade, que é previsto no art. 150, I, da Constituição de República Federativa do Brasil de 1988.

Palavras-chave: Decreto. ICMS. Constitucionalidade. Princípio. Legalidade.

1. INTRODUÇÃO

Partindo de uma premissa de que o Direito, como conhecimento, deve ser construído, tem-se assim, que a construção do material aqui exposto é a releitura de parte da bibliografia que trata do assunto e do entendimento jurisprudencial do STE, dando continuidade ao assunto de forma construtiva, em favor do Direito, como assim defende Ronald Dworking (apud THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 306).

Para essa construção, usando as palavras do jurista Ives Gandra Martins sobre o seu Curso de Direito Tributário, o artigo pretende:

¹ Advogado - OAB/AM 11.849. Escritor - obra sob título "O Sistema de Uniformização de Precedentes no Código de Processo Civil e a Repercussão Vinculante" (2020) ISBN 978.65.902151-2-3. Integrante do Escritório Jurídico Queiroz Advogados Associados. Discente do XIV Curso Preparatório à Carreira da Magistratura do Estado do Amazonas na Escola Superior da Magistratura do Amazonas - ESMAM (2018-2020). Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Superior da Advocacia - ESA/OAB-AM (2018). Graduado em Direito pela Universidade Nilton Lins (2016). Aprovado no XVIII Exame Unificado de Ordem da OAB, na Área Jurídica Direito Civil (2016), quando cursava o 9º período do curso de Direito na Universidade Nilton Lins. Tem experiência na área cível, com ênfase em Direito Civil e Processo Civil, além de contencioso e recuperação judicial. Procurador Auxiliar da Comissão de Defesa de Prerrogativas e Procuradoria de Defesa de Prerrogativas da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Amazonas - OAB/AM (Triênio 2016/2018). Membro da Comissão de Defesa, Desenvolvimento Econômico, Estratégico e Sustentável do Amazonas, da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Amazonas - OAB/AM (Triênio 2019/2021).

lançar a semente de uma reflexão mais aprofundada sobre a imposição tributária, deixando de examiná-la à luz de uma visão sublimada, como querem os interpretes oficiais, ou de uma forma negativa, como querem os clássicos do século XIX. O estudo de sua realidade, como ela é, permite que se estabeleça o grau de justiça desejável e sua adequação às necessidades da comunidade, e se impõe na medida em que se aceite o fenômeno da interpretação das Ciências Sociais, na busca de normação legítima e legal. (MARTINS, 2010, p. 22).

Assim, com a publicação do Decreto nº 40.628, publicado no D.O.E. de 02/05/2019, p.1, editado pelo Governador do Estado do Amazonas, que modifica dispositivos do regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 20.686/1999, e dá outras providências, o tema é de extrema relevância para o Estado do Amazonas, e a pesquisa parte da análise da constitucionalidade do referido decreto que altera o polo passivo da arrecadação da distribuidora para a geradora de energia elétrica, sob o prisma do princípio tributário da legalidade, no que tange ser a lei complementar a norma prevista para tratar de substituição tributária.

Completando a premissa da construção do Direito, salienta-se que o assunto em comento é discutido através da análise da constitucionalidade da norma, sendo assim, o objetivo do presente trabalho, humildemente almeja contribuir para a construção do entendimento de que as normas tributárias obedeçam aos princípios da CF/88.

2. TRIBUTO, IMPOSTO E ICMS

A conceituação de tributo é ampla, razão pela qual decidiu estabelecer um padrão para entendimento do mesmo, referendado na doutrina mais confiável.

Do Dicionário de Expressões Latinas extrai-se o seguinte:

Tributum. Tributo. Espécie de imposto incidente sobre unicamente os não-cidadãos, no Alto Império. Em caso de necessidade (guerra etc), exigia a comunidade pagamento de determinada soma de todos os habitantes para, mais tarde, ser devolvida. Hoje, seria empréstimo compulsório. (FILARDI, 2002, p. 309).

Do Dicionário Jurídico Acquaviva, o insuperável jurista brasileiro nos brinda com a seguinte definição:

Tributo. Ônus compulsório, criado e gerido pelo Estado, visando ao custeio de serviços públicos. O tributo é gênero, de que são espécies o imposto, a taxa e a contribuição de melhoria. O fundamento jurídico do tributo é o poder fiscal do Estado, e seu elemento essencial é a coercibilidade, vale dizer, prerrogativa legal de o Estado compelir o contribuinte ao pagamento da prestação. (ACQUAVIVA, 2004, p. 836).

Na obra *Direito Tributário Esquemático* RICARDO ALEXANDRE (2012, p. 22) tem a seguinte definição: “A doutrina é rica em definição de tributo. A título de exemplo, Luciano Amaro define tributo como ‘a prestação não sancionatória de ato ilícito, instituída em lei e devida ao Estado ou a entidades não estatais de fins de interesse público’”.

Assiste razão ao autor, motivo pelo que a riqueza da doutrina traz a seguinte definição no livro *Teoria e Prática do Direito Tributário*: “Diz-se que a obrigação é compulsória, obrigatória, porque decorre diretamente de lei. A vontade do contribuinte é irrelevante, e por isso até mesmo os incapazes podem ser sujeitos passivos das obrigações tributárias” (CHIMENTI, 2017, p. 61).

A conceituação de Ives Gandra ao conceituar que:

O tributo, como o quer Paulo de Barros Carvalho, é uma norma. É uma norma de rejeição social. Vale dizer, sem sanção provavelmente não seria cumprida. A sanção é o que assegura ao Estado a certeza de que o tributo será recolhido, visto que a carga desmedida que implica traz, como consequência, o desejo popular de descumprir-la. (MARTINS, 2007, p. 16).

Completa o rol, a definição do Prof. Ricardo Lobo Torres:

Podemos sintetizar assim a definição: Tributo é o dever fundamental, consistente em prestação pecuniária, que, limitado pelas liberdades fundamentais, sob a diretiva dos princípios constitucionais da capacidade contributiva, do custo/benefício ou da solidariedade do grupo e com a finalidade principal ou acessória de obtenção de receita para as necessidades públicas ou para atividades protegidas pelo Estado, é exigido de quem tenha realizado o fato descrito em lei elaborada de acordo com a competência específica outorgada pela Constituição. (TORRES, RICARDO LOBO. 2004, p. 369).

Na concepção do direito, o conceito tributo está contido no art. 3º do Código Tributário Nacional – CTN, assim definido: “Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

No que tange às espécies de tributos, o art. 5º, do CTN, menciona: “Art. 5º Os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria”.

No capítulo do Sistema Tributário Nacional, o art. 145, I, da CF/88, prevê que: “Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: I – impostos;”.

Do Dicionário Jurídico Acquaviva, o jurista brasileiro define imposto de forma clara e precisa sendo “O imposto é espécie de tributo que não enseja uma contraprestação individualizada para aqueles que o recolhem, e nisto se distingue da taxa e da contribuição” (ACQUAVIVA, p. 445).

Para conceituação de imposto: “Os impostos são, por definição, tributos não vinculados que incidem sobre as manifestações de riqueza do sujeito passivo (devedor)” (RICARDO ALEXANDRE, 2012, p. 21).

Ives Gandra, precisamente assim define imposto:

Entendo que, à falta de mudança redacional entre o Texto atual e o pretérito, poderá ser mantida a definição esculpida no art. 16 do Código Tributário Nacional, assim redigido: Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

A definição do que seja imposto pelo Código Tributário Nacional é clara e precisa. (MARTINS, 2007, p. 83).

O autor Chimenti, na mesma esteira do jurista Ives Granda, assim define a referida espécie de tributo:

Imposto, conforme consta do art. 16 do Código Tributário Nacional, é o 'tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica'. Por isso, costuma-se afirmar que o imposto é uma exação (exigência) não vinculada, uma exigência cujo fato gerador não se liga a uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte ou por ele provocada. Independe de contraprestação específica. (CHIMENTI, 2017, p. 76).

O Prof. Ricardo Lobo Torres, assim define:

O CTN, por seu turno, define o imposto como 'o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independentemente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte' (art. 16). Parece-nos que o significado do termo 'imposto' utilizado pela Constituição é o mesmo do CTN e que não seria possível ao legislador modificar a definição da lei complementar. [...]

Podemos oferecer a seguinte definição de imposto, aproveitando alguns elementos comuns ao conceito de tributo, que já examinamos: é o dever fundamental consistente em prestação pecuniária, que, limitado pelas liberdades fundamentais, sob a diretiva dos princípios constitucionais da capacidade contributiva e com a finalidade principal ou acessória de obtenção de receita para as necessidades públicas gerais, é exigido de quem tenha realizado, independentemente de qualquer atividade estatal em seu benefício, o fato descrito em lei elaborada de acordo com a competência específica outorgada pela Constituição. (TORRES, 2004, p. 371).

O art. 155, II, da CF/88, atribuiu aos Estados e ao Distrito Federal a competência para instituir impostos sobre: "II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;" (BRASIL, 1988).

O imposto acima caracterizado trata-se do chamado Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e prestação de Serviços – comumente chamado de ICMS, sendo considerado como o tributo de maior arrecadação no Brasil.

Chimenti assim classifica-o:

A função do ICMS é predominantemente fiscal [...]

O ICMS é um imposto não-cumulativo, compensando-se o que for devido em casa operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado ou pelo Distrito Federal (a operação anterior, se tributada pelo ICMS, gera um crédito a ser compensado). (CHIMENTI, 2017, ps. 262-263).

Sendo imposto, o ICMS é decorrente de um fato gerador, entendido pelo Prof. Torres na seguinte conceituação: “Fato gerador é a circunstância da vida – representada por um fato, ato ou situação jurídica -, que, definida em lei, dá nascimento à obrigação tributária” (TORRES, 2004, p. 239).

O CTN define fato gerador no art. 114, assim transcrito: “Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência” (BRASIL, 1966).

Chimenti complementa:

O fato gerador do ICMS, obedecidos os limites da Lei Maior e da Lei Complementar n. 87/96, é aquele descrito na lei estadual ou distrital que institui o tributo. Em regra é a mudança da titularidade da mercadoria (circulação jurídica e não necessariamente física. (CHIMENTI, 2017, p. 268).

Note-se que o entendimento dos referidos conceitos é necessário para compreensão do ICMS, não de forma exauriente, pois esta não é a proposta do presente, sendo que trataremos da incidência do ICMS sobre a energia elétrica.

Como acima descrito na lição de Chimenti, o fato gerador do ICMS tem limites estabelecidos na CF/88 (BRASIL, 1988), mais precisamente no art. 146, III, “a”, que assim determina:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

[...]

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

Assim, o legislador pátrio obedeceu ao comando constitucional e cabe à Lei Complementar n.º 87, de 13.09.1996, dar a definição dos fatos geradores do ICMS.

A incidência do ICMS sobre energia elétrica é disposto no art. 2º, § 1º, III, da Lei n.º 87/96 (BRASIL, 1996), assim disposto:

Art. 2º O imposto incide sobre:

[...]

§ 1º O imposto incide também:

[...]

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

Atente-se que para disciplinar acerca do fato gerador, o Constituinte determinou que cabe à lei complementar tratar da referida matéria.

A CF/88 também dispôs que cabe à lei complementar tratar das matérias concernentes ao ICMS, em especial a substituição tributária, conforme o art. 150, § 2º, XII, “b”, CF/88 (BRASIL, 1988):

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

[...]

XII - cabe à lei complementar:

[...]

b) dispor sobre substituição tributária.

3. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade em matéria tributária está insculpido na Seção II – Dos Limites do Poder de Tributar, no art. 150, I, da CF/88, que assim estabelece: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça” (Brasil, 1988).

Ives Gandra (2007, p. 257) ensina que “o primeiro dos princípios hospedeiros de limitações ao poder de tributar é o da legalidade, no que direito tributário, é estrito”.

Leciona assim Ricardo Alexandre (2012, p. 80): “Todavia, referindo-se especificamente à matéria tributária, o art. 150, I, da Magna Carta proíbe os entes federados de ‘exigir ou aumentar tributo sem que lei o estabeleça”.

Em artigo na obra citada, o autor complementa:

O princípio da legalidade é um dos alicerces do Estado Democrático de Direito. [...]

O princípio da legalidade está a vedar a instituição ou majoração de tributo sem a prévia autorização legislativa, ou seja, a criação ou aumento de tributos deve ser feita por meio de lei. [...]

A lei complementar deve, portanto, esgotar a normatização das exigências constitucionais, uma vez que fica vedado a qualquer outra espécie normativa versar sobre matéria reservada à lei complementar, sob pena de incidir no vício de inconstitucionalidade. (MARTINS, 2010, p. 144 e ss.).

4. DECRETO Nº 40.628/2019

O Decreto nº 40.628, publicado no D.O.E. de 02/05/2019, p. 1 (Amazonas, 2019), editado pelo Governador do Estado do Amazonas, assim estabelece:

Art. 1º Ficam acrescentados os dispositivos abaixo relacionados ao Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 20.686, de 1999, com as seguintes redações:

I - os §§ 17, 18 e 19 ao art. 110:

“§ 17. Fica atribuída às empresas geradoras de energia elétrica, na condição de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS incidente nas operações subsequentes com energia elétrica, gerada por qualquer modalidade, ainda que por terceiros, sem prejuízo do disposto no art. 111-A.

§ 18. O disposto no § 17 aplica-se às operações interestaduais com energia elétrica com destino à distribuidora localizada no Amazonas cujo estado de localização do contribuinte remetente seja signatário de convênio que lhe atribua a responsabilidade de retenção e recolhimento do ICMS devido ao estado do Amazonas.

§ 19. O disposto no § 17 não se aplica às operações internas entre empresas geradoras de energia elétrica, subsistindo a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS Substituição Tributária à empresa que efetuar a saída para a distribuidora.”;

II - o item 29 ao Anexo II-A:

ITEM	DESCRIÇÃO	NCM	CEST	MVA
29.	Energia elétrica	2716.00.00	07.001.00	150%

Art. 2º Fica incorporado à legislação tributária do Estado o Convênio ICMS 50/2019, de 5 de abril de 2019, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com energia elétrica (Anexo VIII) nos termos do Convênio ICMS 142/2018, que dispõe sobre os regimes de substituição tributária e de antecipação de recolhimento do ICMS com encerramento de tributação, relativos ao imposto devido pelas operações subsequentes, publicado no Diário Oficial da União em 9 de abril de 2019.

O decreto modifica dispositivos do regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto nº 20.686/1999, acrescentando os §§ 17, 18 e 19 ao art. 110, ao inserir as operações com energia elétrica na modalidade de substituição tributária, nos termos do Convênio ICMS 50/2018 e dos artigos 9º, § 1º, II da Lei Complementar Federal (Amazonas, 2019).

Com a referida modificação do polo passivo da arrecadação do imposto da distribuidora para a geradora de energia elétrica, a apuração do ICMS, que era efetuada pela distribuidora de energia, passará a ser realizada pelas geradoras de energia, alterando o momento da cobrança do referido imposto.

A metodologia para efetuar este cálculo, utiliza a média dos preços (Preço Médio Ponderado a Consumidor Final – PMPF) constantes nas contas de energia, conforme previsto no art. 111-A do RICMS e na Resolução 10/2019-GSEFAZ, instituindo uma Margem de Valor Agregado - MVA, de 150% (cento e cinquenta por cento) às operações com energia elétrica. Em síntese, o cálculo em comento institui a base de cálculo do ICMS e por consequência o tributo em si.

Salienta-se que para aprofundar o tema, importante é o trabalho constante na obra Direito Tributário Contemporâneo, capítulo 8 (COELHO, 2004, ps. 299-304).

Em trabalho importante acerca da matéria, Júlio M. de Oliveira (2006, ps. 297 e ss.) consegue trazer definições importantes acerca da aplicação do princípio da legalidade às normas tributárias, em especial o ICMS e defende:

Defendemos, como já dito, que quaisquer dos critérios da regra-matriz de incidência do ICMS somente pode ser veiculados por lei, seja para instituir, seja para qualquer alteração. Ademais, essa lei deve estar em conformidade com as limitações federativas impostas pela Constituição Federal. (OLIVEIRA, 2006, ps. 297 e ss.).

O citado autor comenta o papel da lei complementar no art. 155, inc. XII, da CF/88:

A Constituição Federal dedicou importante papel à lei complementar que trata do ICMS, além do destacado campo de atuação desta legislação complementar no âmbito geral da tributação, nos termos do art. 146 e 146-A, ambos da mesma Carta Magna, verbis:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

[...]

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

[...]

É nítida a dicção constitucional que obriga a edição de leis complementares que garantem um sistema tributário adequado ao regime federativo. (OLIVEIRA, 2006, ps. 322 e ss.).

Buscando embasamento doutrinário atualizado, urge a conclusão do referido autor no que tange se cabe à lei complementar dispor sobre substituição tributária do ICMS, que é o caso da análise do Decreto nº. 40.628, de 2.5.2019:

O mecanismo da denominada 'substituição tributária' deve ser considerado como uma hipótese de responsabilidade tributária, modalidade de sujeição passiva, decorrente de disposição expressa em lei, para aqueles que não tenham relação pessoal e direta com a situação que constitua o fato jurídico tributário (art. 121, parágrafo único, inciso II, do Código Tributário Nacional). Novamente, para o ICMS, o texto constitucional alçou essa matéria à lei complementar, o que impede os entes políticos de estabelecer normas locais de responsabilidade tributária. [...]

Um ponto fundamental é que a instituição do regime de substituição tributária exige a edição de lei ordinária dos estados e do Distrito Federal e que referidas leis obedeçam aos critérios gerais da legislação nacional complementar. Temos, novamente afirmada, a dupla legalidade aplicável ao ICMS. Todavia, o que se verifica é a implementação ilegal de substituição tributária do ICMS, nos mais diferentes entes políticos, apenas por decretos ou atos administrativos de inferior hierarquia. (OLIVEIRA, 2006, ps. 329 e ss.).

Forçoso é reconhecer, como o citado autor mencionou em sua obra, que:

Nessa situação conflituosa ('guerra fiscal'), há apenas uma salvaguarda à Federação: o Supremo Tribunal Federal. 'A ela (Suprema Corte) cabe desempenhar o papel de guardião da Federação, como órgão que assegura a manutenção e a preservação da Constituição e consequentemente da própria Federação' (OLIVEIRA, 2006, p. 298).

Na esteira de que cabe ao STF assegurar a manutenção e a preservação da Constituição, no caso em estudo, de acordo com o art. 102, I, "a", CF/88, a Suprema Corte tem julgados interessantes acerca da matéria do ICMS.

O Tema 830 STF, que trata da "Possibilidade de o regime de apuração e recolhimento do ICMS ser disciplinado por decreto.", no julgamento do RE 63.2265, de relatoria do Ministro MARCO AURÉLIO, julgado em 18/06/2015, com repercussão geral, firmou a seguinte tese: "Somente lei em sentido formal pode instituir o regime de recolhimento do ICMS por estimativa."

A ementa do acórdão é a seguinte:

TRIBUTO – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. A exigibilidade de tributo pressupõe lei que o estabeleça – artigo 150 da Constituição Federal. ICMS – REGIME DE APURAÇÃO – ESTIMATIVA – DECRETO – IMPROPRIEDADE. A criação de nova maneira de recolhimento do tributo, partindo-se de estimativa considerado o mês anterior, deve ocorrer mediante lei no sentido formal e material, descabendo, para tal fim, a edição de decreto, a revelar o extravasamento do poder regulamentador do Executivo.

(RE 632265, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-199 DIVULG 02-10-2015 PUBLIC 05-10-2015).

No Informativo 871 STF "ICMS: substituição tributária e mercado livre de energia elétrica", que trata da ADI 4.281/SP, que discutia a validade de decreto do Estado de São Paulo, a Ministra Cármen Lúcia (Presidente), em voto vista, acompanhou a Ministra Ellen Gracie (Relatora) e julgou procedente a ação direta de inconstitucionalidade. Afirmou que o Decreto 54.177/2009 é formalmente inconstitucional por contrariedade aos arts. 5º, II, e 150, I, da Constituição Federal (CF). O decreto cria modalidade de substituição tributária não cogitada em lei, pois não se enquadra no que autorizado pela Lei 6.374/1989.

No julgamento do RE 363.577 AgR/RO, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, o STF tratou da mesma matéria, mas à luz do princípio da anterioridade:

Agravo regimental no recurso extraordinário. ICMS. Ajustes na margem de valor agregado. Majoração da base de cálculo. Decreto. Legalidade. Anterioridade. Afronta reflexa. [...] Sobretudo, seria necessário uma análise de tais normas à luz da Lei Complementar nº 87/96. Nesse sentido, eventual afronta ao texto constitucional, caso ocorresse, dar-se-ia de forma reflexa e não direta. 2. Esta Corte possui uma interpretação garantista e extensiva quanto ao postulado da não surpresa, de modo que o preceito constitu-

cional não especifica o modo de implementar-se o aumento. Vale dizer que toda modificação legislativa que, de maneira direta ou indireta, implicar carga tributária maior há de ter eficácia no ano subsequente àquele no qual veio a ser feita (ADI nº 2.325 – MC). 3. Agravo regimental não provido.

(RE 363577 AgR, Relator(a): Min. DIASTOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 26/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-106 DIVULG 05-06-2013 PUBLIC 06-06-2013).

Em recente julgamento tratando de matéria semelhante, a ADI 4281, de relatoria da Ministra Rosa Weber, o STF tratou da mesma matéria à luz do princípio da legalidade:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AL. B DO INC. I E §§ 2º E 3º DO ART. 425 DO REGULAMENTO DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS DE SÃO PAULO (DECRETO N. 45.490/2000, ALTERADO PELO DECRETO N. 54.177/2009). OPERAÇÕES COM ENERGIA ELÉTRICA. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE.

(ADI 4281, Relator(a): ROSA WEBER, Relator(a) p/ Acórdão: CÂRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-295 DIVULG 17-12-2020 PUBLIC 18-12-2020).

Destaca-se do voto da e. Relatora, a exigência de lei em sentido estrito para dispor sobre substituição tributária, in verbis:

“[...] Importa considerar, já de início, que não apenas a determinação de quem é o contribuinte depende de lei em sentido estrito, dada a reserva legal absoluta imposta direta e expressamente pelo art. 150, I, da Constituição Federal, como também o deslocamento da obrigação principal a um substituto tributário.

É que, se admitíssemos a instituição de substituição tributária mediante ato infralegal, estaríamos permitindo que o Executivo deixasse de exigir o cumprimento da norma legal que definira o contribuinte e que o obrigara ao pagamento do tributo.

Ademais, em razão da própria garantia geral da legalidade, de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer senão por força de lei, conforme o art. 5º, II, da Constituição Federal, não é viável atribuir a alguém a obrigação de pagar tributo em lugar de outrem senão mediante lei em sentido estrito e observados, ainda, os requisitos materiais que justifiquem tal medida.

Lembre-se que o art. 121 do CTN, ao cuidar dos possíveis obrigados ao pagamento de tributo, refere duas categorias: o contribuinte, que realiza o fato gerador; e o responsável, este quando, sem possuir a condição de contribuinte, for obrigado por disposição expressa de lei. Também o art. 128 do CTN, que é o artigo de entrada do capítulo atinente à responsabilidade tributária, refere inequivocamente a exigência de lei ordinária ao dispor no sentido de que “a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação”.

Inequívoca, portanto, a exigência de lei para obrigar um terceiro ao pagamento do tributo devido pelo contribuinte. [...]

O vício formal – insuficiência do instrumento legislativo necessário para disciplinar a matéria – é fundamento que, por si só, aponta para o reconhecimento da inconstitucionalidade, razão pela qual tenho por prejudicados os demais argumentos, ainda que consistentes. [...]”

5. CONCLUSÃO

Assim, da análise da norma que inseriu as operações com energia elétrica na modalidade de substituição tributária (Decreto nº 40.628, 2.5.2019, editado pelo Governador do Estado do Amazonas), na forma diversa do que determina a CF/88 e a Lei Complementar nº 87/96, cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, bem como acerca de substituição tributária em relação ao ICMS, tem-se que instaurado uma situação conflituosa sob o prisma do princípio da legalidade tributária, sendo que o decreto sofreu a declaração de inconstitucionalidade, haja vista que o STF já foi instado a resolver o presente caso através da ADI nº. 6.144, que deu entrada em 22/05/19, com relatoria do Ministro Luiz Fux, e o Tribunal Pleno, em sessão virtual no dia 03/08/2021, foi assentado o seguinte julgado:

Ação direta de inconstitucionalidade. Perda de objeto. Direito tributário. ICMS. Energia elétrica. Necessidade de instituição da substituição tributária por meio de lei estadual em sentido estrito, com densidade normativa. Operações interestaduais. Imprescindibilidade de submissão do Convênio ICMS nº 50/19 à Assembleia Legislativa. Aplicação das anterioridades geral e nonagesimal quanto à majoração indireta de ICMS provocada pela substituição tributária. 1. A antecipação do ICMS com substituição tributária deve se harmonizar com a lei complementar federal que dispõe sobre a matéria (Tema nº 456, RE nº 598.677/RS, de minha relatoria, DJe de 5/5/21). É imprescindível, ademais, que a instituição dessa substituição tributária seja feita por meio de lei estadual em sentido estrito, com densidade normativa (ADI nº 4.281/SP, redatora do acórdão a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 18/12/20). 2. Versando o convênio ICMS interestadual autorizativo sobre matéria em relação à qual se exige, ainda, disciplina em lei estadual em sentido estrito, deve ele ser submetido às respectivas Casas Legislativas. Nessa direção, vide: ADI nº 5.929/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 6/3/20. 3. Por meio do Convênio ICMS nº 50/19, os estados signatários acordaram em adotar, quanto ao ICMS, o regime de substituição tributária nas operações interestaduais com energia elétrica neles iniciadas com destino a distribuidora localizada no Estado do Amazonas. 4. O Decreto nº 40.628/19 do Estado do Amazonas, ao instituir substituição tributária relativamente ao ICMS e incorporar à legislação amazonense o referido convênio, sem a prévia submissão desse à Assembleia Legislativa, incidiu em inconstitucionalidade formal. 5. Está sujeita às anterioridades geral e nonagesimal a majoração indireta do ICMS provocada pela instituição da substituição tributária em questão. Precedentes. 6. Ação direta julgada prejudicada quanto ao inciso II do art. 1º do Decreto nº 40.628/19, na parte em que fixou a Margem de Valor Agregado (MVA) de 150% em relação à ener-

gia elétrica, e procedente quanto à parte subsistente, declarando-se a inconstitucionalidade formal - por ofensa ao princípio da legalidade tributária - e material - por violação das anterioridades geral e nonagesimal - dos arts. 1º, I e II - na parte remanescente, e 2º do mesmo decreto. 7. Ficam modulados os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, para que a decisão produza efeitos a partir do início do próximo exercício financeiro (2022), ressalvando-se as ações ajuizadas até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito.

(ADI 6144, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 02-09-2021 PUBLIC 03-09-2021).

Nesse diapasão, sem pretensões de esgotar o tema, mas humildemente acrescentar um entendimento conclusivo aos questionamentos existentes acerca da constitucionalidade ou não do Decreto nº 40.628, 2.5.2019, editado pelo Estado do Amazonas, a construção deste artigo almeja auxiliar no aprimoramento de um entendimento acerca do tema que repercutirá não somente no meio jurídico, mas principalmente na sociedade do amazonense no que tange à segurança jurídica tributária, e que norteia as decisões do cidadão e demais seguimentos empresariais, direta e indiretamente, pois é destinatário do ordenamento jurídico tributário, entendo que precipuamente cabe ao Poder Judiciário decidir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da referida norma tributária, através dos instrumentos constitucionais presentes no ordenamento constitucional brasileiro.

Portanto, corroborando com o ensinamento do Professor Sacha Coêlho quando trata do Direito Tributário e Estado no sentido da aplicação dos princípios da legalidade e do acesso à justiça ou inafastabilidade da jurisdição, tem-se a seguinte definição:

No Direito Tributário, dominado pelo princípio da legalidade, só o Legislativo produz leis, e o Legislativo é um dos Poderes do Estado. O Direito Tributário é, necessariamente, aplicado por atos administrativos praticados por funcionários do Poder Executivo, que também é um Poder do Estado. Finalmente, o Judiciário resolve as pendências tributárias, outro Poder do Estado ante o qual nenhuma relação jurídica por ser subtraída (art. 5º, XXXV da Constituição). (COÊLHO, 2001, p. 35).

Em suma, a conclusão do presente artigo é que tal matéria, já decidida pelo Poder Judiciário - STF, em consonância com os demais julgados acima expostos, em respeito aos sistemas de precedentes jurisprudenciais, é no sentido de que em matéria tributária a lei complementar é a norma prevista na CF/88 para tratar de qualquer mudança no ICMS, bem como para tratar de substituição tributária, sendo corolário lógico que o Decreto em estudo é inconstitucional, reafirmando que cabe à lei complementar tratar de normas gerais em matéria de legislação tributária (art. 146, III, “a”, CF/88) e dispor sobre substituição tributária (art. 150, § 2º, XII, “b”, CF/88), configurando afronta a um dos principais alicerces do Estado Democrático de Direito, que é previsto no art. 150, I, da CF/88: o princípio da legalidade tributária, bem como dos princípios da anterioridade geral e nonagesima.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, MARCUS CLÁUDIO. **Dicionário Jurídico Acquaviva**. Marcus Cláudio Acquaviva, organização. – São Paulo: Rideel.

ALEXANDRE, RICARDO. **Direito tributário esquematizado**. Ricardo Alexandre. 6. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

AMAZONAS. **Decreto nº 40.628**, de 02 de maio de 2019. Modifica dispositivos do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 20.686, de 1999, e dá outras providências. Governo do Estado do Amazonas, [2019]. Disponível em: https://online.sefaz.am.gov.br/silt/Normas/Legisla%C3%A7%C3%A3o%20Estadual/Decreto%20Estadual/Ano%202019/DE%2040.628_19.htm. Acesso em: 06 mar. de 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 mar. de 2020.

_____. **Lei Complementar nº 87**, de 13 de setembro de 1996. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm. Acesso em: 06 mar. de 2020.

_____. **Lei nº 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em: 06 mar. de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. (1. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 363.577/RO**. Agravo regimental no recurso extraordinário. ICMS. Ajustes na margem de valor agregado. Majoração da base de cálculo. Decreto. Legalidade. Anterioridade. Afronta reflexa. Agravante: Estado de Rondônia. Agravado: Jamari Distribuidora de Bebidas Ltda. Relator: Min. Dias Toffoli, 26 de fevereiro de 2013. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=Agravo%20Regimental%20no%20Recurso%20Extraordin%C3%A1rio%20363.577%20FRO&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 06 mar. de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6144/AM**. Ação direta de inconstitucionalidade. Perda de objeto. Direito tributário. ICMS. Energia elétrica. Necessidade de instituição da substituição tributária por meio de lei estadual em sentido estrito, com densidade normativa. Operações interestaduais. Imprescindibilidade de submissão do Convênio ICMS nº 50/19 à Assembleia Legislativa. Aplicação das anterioridades geral e nonagesimal quanto à majoração indireta de ICMS provocada pela substituição tributária. Requerente: Partido da República – PR. Interessado: Governo do Estado do Amazonas. Relator: Min. Dias Toffoli, 03 de agosto de 2021. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=ADI%206.144&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 26 jun. de 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4281/SP**. Ação Direta De Inconstitucionalidade. Al. B do inc. I e §§ 2º e 3º do Art. 425 do Regulamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços de São Paulo (Decreto n. 45.490/2000, alterado pelo Decreto n. 54.177/2009). Operações com energia elétrica. substituição tributária. Ausência de previsão legal. Ofensa ao Princípio da Legalidade. Ação Direta julgada procedente. Requerente: Associação Brasileira dos Agentes Comercializadores de Energia Elétrica – ABRACEEL. Interessado: Governo do Estado de São Paulo. Relatora: Min. Rosa Weber, 13 de outubro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur438905/false>. Acesso em: 24 fev. de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 632265/RJ**. Tributo. Princípio da Legalidade. A exigibilidade de tributo pressupõe lei que o estabeleça. Artigo 150 da Constituição Federal. ICMS. Regime de Apuração. Estimativa. Decreto. Impropriedade. A criação de nova maneira de recolhimento do tributo, partindo-se de estimativa considerado o mês anterior, deve ocorrer mediante lei no sentido formal e material, descabendo, para tal fim, a edição de decreto, a revelar o extravasamento do poder regulamentador do Executivo. Recorrente: CERJ - Companhia de Eletricidade do Rio de Janeiro. Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio, em 18 de junho de 2015. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=Recurso%20Extraordin%C3%A1rio%20632265%2FRJ&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 06 mar. de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 871**. Plenário Lei estadual e prestação de serviço de segurança Lei estadual e serviço de empacotamento Tribunal de contas e autonomia municipal Proibição à caça e competência legislativa ICMS: substituição tributária e mercado livre de energia elétrica - 4 Competência legislativa: proteção do consumidor e lealdade à Federação Ingresso na carreira e vinculação de remuneração de pessoal - 2 Repercussão. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2017]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo871.htm#ICMS:%20substitui%C3%A7%C3%A3o%20tribut%C3%A1ria%20e%20mercado%20livre%20de%20energia%20el%C3%A9trica%20-%204>. Acesso em: 06 mar. de 2020.

CHIMENTI, RICARDO CUNHA. **Teoria e prática do Direito Tributário**. Ricardo Cunha Chimenti, Andréa de Toledo Pierri. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

COÊLHO, SACHA CALMON NAVARRO. **Curso de Direito Tributário brasileiro**: (comentários à Constituição e ao Código Tributário Nacional, artigo por artigo)/ Sacha Calmon Navarro Coêlho. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

COÊLHO, SACHA CALMON NAVARRO. **Direito Tributário Contemporâneo**. Sacha Calmon Navarro Coêlho, Misabel Abreu Machado Derzi, Humberto Theodoro Jr. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LUIZ, ANTÔNIO FILARDI. **Dicionário de Expressões Latinas**. Antônio Filardi Luiz. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MARTINS, IVES GANDRA DA SILVA. **Curso de Direito Tributário**, coordenador. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, IVES GANDRA DA SILVA. **O Sistema Tributário na Constituição**. Ives Gandra da Silva Martins; co-atualizador Rogério Gandra Martins. 6. ed., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, JÚLIO M. DE. **O Princípio da Legalidade e sua aplicabilidade ao IPI e ao ICMS**. Júlio M. de Oliveira São Paulo: Quartier Latin, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TORRES, RICARDO LOBO. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Ricardo Lobo Torres. – 11ª ed. atual. até a publicação da Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.2003. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Gestão do conhecimento aplicada à segurança cidadã no caso de condutores de veículos fornecida pelos governos

Adenilton de Souza Barbalho¹

Ygor Felipe Távora da Silva²

Denison Melo de Aguiar³

RESUMO

A proibição do álcool e a implementação da aplicação da lei são políticas importantes projetadas para aumentar a segurança no trânsito e reduzir acidentes com ferimentos e mortes. O conceito de Gestão do Conhecimento (GC) não é novo para o setor público e para o setor de segurança pública, intencionalmente ou não, as iniciativas de GC sempre foram integradas ao governo e suas tarefas, inseparáveis da estratégia, planejamento, consulta e implementação. Neste sentido, este estudo teve como objetivo geral analisar como a gestão do conhecimento é aplicada na segurança pública no caso dos condutores de veículos, além de, especificamente, identificar o núcleo de questões e desafios que os governos enfrentam na implementação da gestão do conhecimento para o controle do trânsito; verificar as nuances da gestão do conhecimento para o controle do trânsito no setor de segurança pública; e compreender como as agências de segurança pública, no Brasil, aplicam os conceitos e pressupostos da gestão do conhecimento, especificamente no caso

- 1 Capitão da Polícia Militar do Estado do Amazonas. Discente no curso Aperfeiçoamento de Oficiais da Escola Superior de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Amazonas – UEA.
- 2 Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas. Advogado. Graduado em Administração e Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Amazonas. Mestre em Gestão de Áreas Protegidas da Amazônia pelo Instituto Nacional de Pesquisa da Amazônia. Mestre em Direito Ambiental pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (PPGDA-UEA). Doutor em Geografia pela Universidade Federal de Goiás. Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado de Minas Gerais (PPGD-UFMG). Professor Permanente da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Contato: ysilva@uea.edu.br
- 3 Graduado em Direito pela Universidade da Amazônia. Advogado. Mestre em Direito Ambiental pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (PPGDA-UEA). Professor da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado de Minas Gerais (PPGD-UFMG). Coordenador de: I. Clínica de Mecanismos de Soluções de Conflitos (MÁrbiC-UEA); II. Clínica de Direito LGBT (CLGBT-UEA); III. Clínica de Direito dos Animais (YINUAKA-UEA), todas na Universidade do Estado do Amazonas. Co-coordenador de: i. Programa - Rede de ensino, pesquisa, extensão e assistência de combate a lesbofobia, homofobia, bifobia e transfobia (LGBTFOBIA+); outras fobias e assédios, pela cultura de paz e pelo respeito à pessoa humana, na Universidade do Estado do Amazonas (PROPAZ-UEA) e II. Núcleo de ensino, pesquisa, extensão e assistência à saúde integral de LGBTI+ da Universidade do Estado do Amazonas (NLGBTI+-UEA). Editor Adjunto da Revista Nova Hileia (PPGDA/UEA). Editor Chefe da Revista Equidade (ED/UEA). Coordenador na graduação de Direito do Núcleo Editorial da Mestrado em Direito Ambiental (NEDAM-UEA). Coordenador do Grupo de Trabalho sobre Regularização Fundiária da Rede Amazônia no Amazonas (UFPA/MDR). Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9956374214863816> ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5903-4203> Contato: denisonaguiar@hotmail.com.

do trânsito. Para se atingir os objetivos foi desenvolvida uma pesquisa bibliográfica seletiva, crítica/reflexiva, analítica, sobre o material bibliográfico relacionado ao tema, objetivando, de forma clara, a análise jurídica e social em relação ao mesmo. Os resultados indicam que o aumento do pessoal responsável pela aplicação da lei e a proibição do álcool reduziram o número de acidentes com feridos e morte na cidade de Manaus por meio da gestão do conhecimento.

Palavras-chave: Acidentes de Trânsito. Mortes. Gestão do Conhecimento.

1. INTRODUÇÃO

Os cidadãos querem que a aplicação da lei os ajude em muitas questões, incluindo o uso de drogas nas ruas, bairros em deterioração, crimes de violência e delitos relacionados ao trânsito. As percepções dos cidadãos podem ser interpretadas como o papel da política no nível legislativo local, uma vez que a maioria dos cidadãos é diretamente influenciada pelas escolhas no nível local (PINSKY e FILHO, 2007).

Pesquisas recentes em políticas públicas indicaram que a aplicação das leis de trânsito é um fator importante na redução tanto de acidentes de trânsito não fatais quanto de acidentes de trânsito fatais (IPEA/ANTP, 2013).

Conforme indicado em diversos estudos de caso de entidades, esse impacto pode apresentar resultados imediatos para o local, com aplicação mais rígida. O então Departamento Nacional de Trânsito – DENATRAN, que ascendeu ao status de Secretária Nacional de Trânsito por meio do Decreto Federal Nº 10.788 de 16 de setembro de 2021, observou em suas metas e objetivos que, no curso da prestação de serviços de tráfego aprimorados, uma abordagem proativa de fiscalização pode levar ao cumprimento da meta de redução de acidentes, a missão geral da política de segurança no trânsito (MARIN e QUEIROZ, 2010).

O impacto do aumento da fiscalização do tráfego vem documentado nos departamentos estaduais de trânsito e consolidados na SENATRAN. Em Manaus, como é comum em muitas cidades, a fiscalização do trânsito é vista de forma negativa, tanto pela comunidade quanto entre os agentes de trânsito, neste caso, a cargo da prefeitura municipal (ABREU, et al., 2010).

A percepção negativa é baseada na noção de que os órgãos de gestão e controle do trânsito são apenas para emitir multas, com pouco peso dado ao papel das paradas de trânsito como indicadores de atividade criminosa. Percebe-se que a fiscalização do tráfego é inferior à função de patrulha e tira a mão de obra das estratégias de patrulha necessárias (ABREU, et al., 2007).

Apesar dessa percepção, o benefício que a fiscalização proativa do trânsito produz é evidente, inclusive há uma redução do atropelamento de veículos em cerca de 16,00%. Essa redução de acidentes é também uma redução simultânea da atividade criminosa da cidade de Manaus (DETRAN, 2018).

Os resultados indicaram que a segurança nas rodovias aumentou e o crime foi reduzido, melhorando a qualidade de vida nos bairros de Manaus. Os resultados do estudo concluíram que qualquer agência de aplicação da lei, afetada por desafios semelhantes aos enfrentados, se beneficiaria com o aumento da fiscalização do trânsito, inclusive com uso da Gestão do Conhecimento (DETRAN, 2018).

Embora os dados da pesquisa indiquem essa necessidade do cidadão, poucas pesquisas têm se concentrado na aplicação da lei de trânsito e suas políticas de abuso de álcool emparelhada, uma vez que exerce impacto sobre acidentes com acidentes locais. As pesquisas realizadas analisaram as políticas do álcool, enquanto controlavam o comportamento do motorista, fatores demográficos e socioeconômicos ou ambos e seus papéis em acidentes (LIMA e ABREU, 2006).

Embora esforços tenham sido tentados para incluir uma medida de aplicação da lei, como gastos dos órgãos de gestão do trânsito na cidade de Manaus, a pesquisa não analisou o papel do número de agentes de trânsito e das políticas relacionadas ao álcool, pois eles têm impacto nos acidentes de trânsito. Essa falta de pesquisa pode ser devido à conceituação das políticas como distintas e separadas (VELÁSQUEZ e EASTMAN, 2014).

Para abordar essa lacuna de pesquisa, este estudo examina o papel das políticas relacionadas aos acidentes de trânsito em nível local, na maioria das vezes, provocados pelo uso desmedido de álcool. Este estudo usa dados do Brasil, do Estado do Amazonas, especificamente da cidade de Manaus, sobre acidentes com feridos e mortes.

A análise controla os fatores que podem levar a acidentes com ferimentos e mortes, como responsáveis pelo trânsito e fatores comportamentais, incluindo condenações por dirigir sob a influência de álcool (DUI), dirigir embriagado (DWI) e condenações por excesso de velocidade, enquanto investiga o efeito da aplicação da lei pessoal e a política de proibição do álcool. Com isso, este estudo vai responder ao seguinte problema: quais pressupostos da gestão do conhecimento devem ser aplicados à segurança cidadã no caso de condutores de veículos fornecida pelos governos?

Neste sentido, este estudo teve como objetivo geral analisar como a gestão do conhecimento é aplicada na segurança pública no caso dos condutores de veículos, além de, especificamente, identificar o núcleo de questões e desafios que os governos enfrentam na implementação da gestão do conhecimento para o controle do trânsito; verificar as nuances da gestão do conhecimento para o controle do trânsito no setor de segurança pública; e compreender como as agência de segurança pública no Brasil aplicam os conceitos e pressupostos da gestão do conhecimento, especificamente no caso do trânsito.

Para se atingir os objetivos, foi desenvolvida uma pesquisa bibliográfica por revisão integrativa que, segundo GIL 2014 (p. 133), é um tipo de revisão bibliográfica que apresenta uma análise e sintetiza materiais de várias fontes. Esse tipo de revisão identifica um modelo conceitual em vez de uma resposta. Assim, a revisão integrativa da literatura apresenta-se como um método de pesquisa que permite a incorporação de evidências na prática, com a finalidade de reunir e sintetizar os resultados de diversas investigações sobre determinado tema de forma sistemática e ordenada.

Este estudo está dividido em introdução (contexto, problema, objetivo e metodologia aplicada). Na primeira parte do estudo, apresentam-se as exposições gerais acerca do trânsito no Brasil, dividida em dois subitens: a legislação de trânsito; fiscalizações e intervenções legislativas. Apresenta-se uma contextualização do trânsito no Brasil, observando-se a legislação e como funciona a fiscalização dessas normas.

Na segunda parte do estudo, apresenta-se a Lei nº 11.705/2008, denominada lei seca, também subdividida em dois itens: origem da nomenclatura “lei seca”, em que se busca apresentar a origem do nome “lei seca”; resultados depois da lei seca, quando se compara o antes e o depois da aplicação da Lei.

Na terceira parte, apresenta-se o desenvolvimento local sustentável e gestão do conhecimento para a gestão de riscos no trânsito no município de Manaus, na qual se discutem todas as questões que envolvem o trânsito na cidade de Manaus com uso da Gestão do Conhecimento. Por fim, enveredam-se as considerações finais, dando a visão pessoal do autor sobre o estudo realizado.

2. EXPOSIÇÕES GERAIS ACERCA DO TRÂNSITO NO BRASIL

O sucesso encontrado nos estudos sobre redução de acidentes de trânsito com mortos e ferido, pós 'Lei Seca', no Brasil, é considerado generalizável. Embora o foco fosse influenciar a percepção da importância da aplicação da lei de trânsito para o público e a comunidade de aplicação da lei em geral, as implicações podem ser positivas, uma vez que mais agentes de trânsito, concentrados no tráfego, podem afetar diretamente, não apenas para reduzir a taxa de acidentes, mas também para melhorar a qualidade de vida dos cidadãos (VELÁSQUEZ e EASTMAN, 2014).

Os estudos no Brasil tentam abordar o impacto que as mudanças no pessoal da aplicação da lei têm sobre a taxa de acidentes de trânsito. No entanto, a implicação é que um aumento no pessoal designado para fiscalizar o trânsito aumentará a segurança no trânsito, em geral, e reduzirá o crime. A pesquisa sobre as políticas relacionadas com o abuso de álcool e a operação de veículos motorizados concentra-se, em especial, na redução do consumo de álcool por meio de um esquema de tributação ou redução da disponibilidade de álcool para consumo (PINSKY e FILHO, 2007).

Há evidências em nível local de que as restrições ao álcool em nível nacional reduzem a taxa de fatalidades relacionadas ao álcool, já que a maioria dos estudos podem enviesar os resultados, uma vez que tratam as políticas de álcool como exógenas (IPEA/ANTP, 2013).

Brown et al. (2014) argumentam que a variação observada no comportamento relacionado ao álcool pode ser uma função das características dos eleitores e não da reação do indivíduo às políticas de restrição ao álcool. Eles descobriram, em sua análise de acidentes fatais relacionados ao álcool, que tratar a política como endógena aumenta o efeito quatro vezes, argumentando que a mudança metodológica resulta em um resultado mais robusto, embora o resultado seja claramente que a proibição reduz as fatalidades relacionadas ao álcool. Neste sentido, faz-se necessário, em primazia, verificar as questões legais relacionadas ao trânsito no Brasil.

2.1. A legislação de trânsito

As leis de trânsito são uma grande parte do ordenamento jurídico para manter ruas, avenidas e estradas seguras. No século XXI, existem leis e regras para cada movimento que se faz ao volante. Afinal, os acidentes de carro ocupam o primeiro lugar no ranking de mortalidade ano após ano (PEDRO, 2010).

De sinais de “não virar à direita no vermelho” a sinais de limite de velocidade e tudo mais, existe uma lei para quase tudo que se pode fazer em um veículo. Mas como nasceram as leis de trânsito? Foi o engenheiro alemão, Karl Benz, quem desenvolveu os primeiros

veículos motorizados do mundo em 1886. Ao fazer isso, ele deu início a uma mudança mais drástica do que o mundo jamais viu. Depois que os automóveis foram feitos e pertencentes não apenas às pessoas mais ricas, mas a muitas outras, as ruas, avenidas e o tráfego começaram a se tornar um problema. Para responder, em 1901, o estado de Connecticut criou as primeiras leis de trânsito estaduais (FREITAS, 2013).

No entanto, as leis regulamentavam apenas as velocidades dos veículos. Os limites eram 12 MPH nas ruas da cidade e 15 MPH nas estradas secundárias (Bastante primitivo em comparação com 75 MPH interestaduais). Não havia outras leis postas em prática (VELÁSQUEZ e EASTMAN, 2014).

Antes de 1930, havia milhares de carros nas cidades e estradas, criando o que seria um dos tempos mais perigosos que os países já viram. De acordo com o Detroit News, os primeiros anos de trânsito do século XX foram sem lei. Foi uma confusão sangrenta que resultou em milhares de mortes nos limites da cidade (PINSKY e FILHO, 2007).

Embora agora houvesse centenas de milhares de carros inundando as ruas das cidades, não havia absolutamente nenhuma placa de sinalização, leis de trânsito, semáforos, luzes de freio, leis para dirigir embriagado, dentre outros fatores que deixam a lista extensa. As ruas estavam em um caos completo (FREITAS, 2013).

O automóvel chegou no Brasil ainda no século XIX, mas as ruas das cidades não tinham infraestrutura suficiente para receber tal inovação. Com o rápido crescimento da frota de automóveis no país, duas medidas se faziam necessárias: a primeira era dotar a ruas e avenidas de estrutura para poder adequar a utilização, cada vez maior, de automóveis; a segunda era organizar o fluxo de veículo (PEDRO, 2010).

Em 27 de outubro de 1910, foi editada a primeira lei nacional que tratava exclusivamente da organização do trânsito na cidade. Foi o decreto nº 8.324 (BRASIL, 1910) que regulamentou o serviço subvencionado de transportes por automóveis, cujo artigo normatiza a questão da velocidade para evitar acidentes; o art. 22 estabelecia o limite de velocidade; e o 23 falava da necessidade de uso de buzina para avisar os transeuntes da aproximação dos veículos. Esse decreto seguia as instruções de outras normas, de outros países.

Art. 21. O motorista deve estar constantemente senhor da velocidade de seu veículo, devendo diminuir a marcha ou mesmo parar o movimento, todas as vezes que o automóvel possa ser causa de acidentes. A velocidade deverá ser reduzida o mais possível nos pontos da estrada, onde, por qualquer obstáculo, não se possa estender à distância o raio visual, ou quando atravessar caminhos ou ruas de povoados.

Art. 22. A velocidade comercial mínima para o transporte de mercadorias será de 6 quilômetros por hora e a do transporte de viajantes, de 12 quilômetros, devendo os automóveis empregados satisfazer a essas condições de serviços.

Art. 23. A aproximação dos automóveis deverá ser anunciada a distância por uma buzina ou trompa (BRASIL, 1910).

Essa norma regulamentava somente questões de velocidade, não adentrava em questões como sinalização de ruas, avenidas e estradas, dirigir embriagado, semáforos etc. (PEDRO, 2010).

Ainda no Brasil, em 11 de janeiro de 1922, outro decreto tinha como vetor o trânsito na cidade, mas somente para regulamentar mais uma situação. O Decreto Legislativo nº 4.460 (BRASIL, 1922) regulamentava a construção de estradas e proibia a circulação de carros de boi, também definiu o tamanho mínimo e máximo dos carros de cargas. Foi a primeira vez que surgiu a expressão mata-burros, que significava um obstáculo, geralmente uma ponte que tinha como objetivo impedir a passagem de animais sem embarçar o tráfego de automóveis (PEDRO, 2010).

Durante o governo de Washington Luiz, foi editado o Decreto Legislativo nº 5.141 de 05 de janeiro de 1927 (BRASIL, 1927), regulamentando a situação dos denominados auto-caminhões e criou o Fundo Especial para a Construção e Conservação de estradas de rodagem federais. Em 1928, foi editado o Decreto nº 18.223 (BRASIL, 1928) de 24 de julho, que possuía 93 artigos, o qual normatizou a circulação internacional de automóveis no Brasil, criando também modelos de sinalização, segurança do trânsito e a forma de atuação dos órgãos de segurança no trânsito. O Decreto nº 10.038, de 17 de dezembro de 1929, promulgou a Convenção Internacional para circulação de automóveis (BRASIL, 1929), firmada em 24 de abril de 1926 em Paris (PEDRO, 2010).

Em 1930, o semáforo de três vias foi introduzido em todos os Estados Unidos. Na verdade, o semáforo quase não mudou nos mais de oitenta anos de existência. Em 1930, consistia no mesmo “verde significa vá, amarelo significa devagar e vermelho significa pare”, que contém hoje (VELÁSQUEZ e EASTMAN, 2014).

Um dos maiores recursos e preocupações de segurança dos veículos de hoje é o cinto de segurança. O cinto de segurança não existia até 1950! O *Nash Airflyte* foi o primeiro veículo de fabricação americana a conter cintos de segurança. Um ano depois, *airbags* também foram colocados no lugar, fazendo com que se assemelhassem aos carros do século XXI (PINSKY e FILHO, 2007).

O primeiro Código Nacional de Trânsito foi instituído pelo Decreto Lei nº 2.994 em 28 de janeiro de 1941, mas teve pouca duração. Apenas oito meses depois, foi revogado pelo Decreto Lei nº 3.651, de 25 de setembro de 1941, que deu nova redação, criando o CONTRAN (Conselho Nacional de Trânsito) subordinado ao Ministério da Justiça, e os CRT (Conselhos Regionais de Trânsito) nas capitais dos Estados. Em 1966, nova revogação com a edição da Lei nº 5.108, de 21 de setembro de 1966, revogada novamente pela Lei nº 9.503 de 23, de setembro de 1997 (PEDRO, 2010).

2.2 Fiscalizações e intervenções legislativas

O Brasil sempre teve alto índice de mortalidade ocasionado por acidentes de trânsito, o que passou a ser uma das maiores causas de morte no país. O motivo quase sempre era por direção perigosa, fruto da imprudência dos condutores que insistiam em combinar bebida alcoólica com direção (FERREIRA, 2017).

Os acidentes de trânsito, sejam nas estradas brasileiras ou no ambiente urbano, têm como consequência a perda de vidas, muitas delas de jovens que ainda não viveram o suficiente para realizar seus sonhos (FERREIRA, 2017). Sob essa perspectiva, a equipe médica que atua nas emergências e urgências de hospitais e prontos socorros possui uma imensa responsabilidade diante de números tão preocupantes. No caso dos acidentes que causam profundas lesões, Ferreira (2017, p. 133) apresenta esses números, no mínimo muito preocupantes:

No Brasil mais de 40.000 pessoas perdem a vida anualmente em acidentes de trânsito, porém acredita-se que estes números são maiores, pois, as estatísticas são falhas. Só nas rodovias paulistas em 2009 ocorreram 61.000 acidentes com 2.300 mortes e 23.000 pessoas gravemente feridas. As causas são as mais variadas possíveis: velocidade excessiva; dirigir sob efeito de álcool; distancia insuficiente em relação ao veículo dianteiro; desrespeito à sinalização; dirigir sob efeito de drogas; fatores determinantes das imprudências: impunidade/legislação deficiente; fiscalização corrupta e sem caráter educativo; baixo nível cultural e social; baixa valorização da vida; ausência de espírito comunitário e exacerbação do caráter individualista; e, uso do veículo como demonstração de poder e virilidade.

Essa situação tem como fim os hospitais e prontos socorros das cidades que recebem um contingente enorme de pessoas com politraumatismos e queimaduras oriundas dos acidentes de trânsito. O sistema de saúde público ou privado é o mais prejudicado, em função da quantidade significativa de acidentes de trânsito que causam enormes problemas de saúde, por vezes a morte, de muitos desses acidentados (MARÍN-LEÓN, 2013).

Em uma reportagem do jornal da UNICAMP de 20 a 26 de outubro de 2013, intitulada de “Acidentes de trânsito, um problema de saúde pública”, Marín-León (2013) diz com muita propriedade:

A elevada mortalidade por acidentes de trânsito (AT) representa um problema de saúde pública tanto no Brasil como em diversos países. Os jovens, especialmente do sexo masculino, são o grupo com maior envolvimento em acidentes de trânsito fatais. Os acidentes fatais são apenas a ponta do *iceberg*; devem ser considerados os acidentes com sequelas e os acidentes que evoluem para recuperação total, mas apresentam longo tempo de internação precisando, às vezes, de cirurgias. A análise de acidentes aponta o papel preponderante dos fatores humanos, sendo que as condições das vias de circulação, a visibilidade e os defeitos nos veículos contribuem em pequena proporção na ocorrência de acidentes.

A equipe de saúde das emergências e urgências dos hospitais e pronto socorros é a primeira instância do atendimento, com vistas a diminuir o número de óbitos decorrentes de politraumatismos e queimaduras, provenientes de acidentes de trânsito, já que seu papel está diretamente ligado às consequências deste problema. Mesmo tendo, também, a função dupla de, primeiro, educar-se e depois ajudar os outros a fazer o mesmo (FERREIRA, 2017).

Uma das maneiras de reduzir essa desagradável e preocupante estatística foi à implementação da Lei Seca na legislação brasileira, a Lei de nº 11.705 de 2008, criada com a finalidade de estabelecer alcoolemia 0 (zero) e de impor penalidades mais severas aos condutores que dirigirem sob a influência do álcool, ou seja, se possível sanar a incidência de acidentes de trânsito com vítimas fatais, ocasionadas por motoristas embriagados, caso contrário diminuí-los. Ocorre que a supramencionada lei já possui 12 anos e não se sabe acerca da eficácia da mesma nos dias atuais (MARÍN-LEÓN, 2013).

3. LEI Nº 11.705/2008 – A DENOMINADA LEI SECA

Desde 1997, no Brasil, instituído pelo Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº9.503/1997) (BRASIL, 1997), dirigir sob influência de álcool com níveis acima de 6 decigramas por litro de sangue se tornou proibido. Isso persistiu até 2008, quando a redação da Lei nº 11.705 alterou esse artigo, fazendo com que a tolerância se reduzisse para 2 decigramas ou para 0,1 decigrama caso o teste fosse realizado via um teste em aparelho de ar alveolar pulmonar, mais conhecido como Etilômetro, além de estabelecer multas para motoristas que viessem violar esse limite (PINSKY e FILHO, 2007); (BROWN, et al., 2014).

O Brasil seguia, assim, uma tendência internacional. Esta característica dos efeitos, induzidos pela política, pode indicar endogeneidade da variável política, isto é, a denominada ‘Lei Seca’, sem levar em conta a endogeneidade, não seria capaz de diferenciar os resultados, o grau em que a própria política atua e as mudanças provocadas no comportamento individual (IPEA/ANTP, 2013).

Os resultados indicam que a política de proibição do álcool é exógena, não endógena, como os achados observados em Brown et al. (2014). Na cidade de Manaus, a proibição do consumo de álcool para motoristas coloca o fardo da legalidade não na compra ou no consumo, mas sim no seu uso associado à direção de veículos, o que leva a ação de dirigir um veículo em estado de embriaguez como autor de um delito. Simplificando, não é ilegal possuir e consumir álcool no Brasil, desde que não haja associação com o ato de dirigir um veículo. A lei tem base no território nacional inteiro. Portanto, uma cidade qualquer não pode ter uma lei diferente da legislação nacional (MARIN e QUEIROZ, 2010).

3.1 Origem da nomenclatura “lei seca”

A lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008 (BRASIL, 2008), conhecida popularmente como Lei Seca, alterou o Código de Trânsito Brasileiro (CTB). Ela tem seu nome associado à “Lei Seca” dos Estados Unidos da América, decretada ainda na década de 1930, fruto da grande depressão econômica de 1929. O nome Lei Seca surgiu pela primeira vez na província de Yucatam, no México, no ano de 1915, quando o governador desta província decretou que bebidas alcóolicas não poderiam ser mais fabricadas, comercializadas e consumidas na região (PEDRO, 2010).

Com a Lei nº 11.705 de 19 de junho de 2008 (BRASIL, 2008), já no ano de 2009, deu-se início às chamadas “Operações Lei Seca”, no Rio de Janeiro, onde passaram a ser realizadas blitz do DETRAN em parceria com a Polícia Militar, com a finalidade de avaliar os coeficientes de álcool nos motoristas. Essas intervenções incidiram na primeira política pública permanente, visando amortizar a mortalidade no trânsito por consumo de bebidas alcóolicas e incidiam em zoneamentos específicos da cidade, na tentativa de obter todas as rotas presumíveis dos veículos (ABREU, et al., 2010).

Cabe ainda frisar que, em 2012, entrou em vigor mais uma lei (Lei nº12.760/2012) que alterou o Código de Trânsito Brasileiro, aumentando ainda mais a punição, além de estabelecer uma tolerância zero de álcool ao motorista (ABREU, et al., 2007). Dessa forma, só estariam livres das penas os que tivessem resultado negativo no teste do Etilômetro, enquanto que aqueles que o teste acusasse até 0,3 miligramas de álcool, por litro de sangue,

teriam penas em forma de multas em dinheiro, apreensão da carteira de motorista e o carro apreendido. Acima de 0,3, o motorista passa a ser detido por crime de trânsito (LIMA e ABREU, 2006).

É inegável a magnitude do Parlamento Brasileiro ao conseguir concretizar este grande trabalho. Afinal, a legislação de trânsito no Brasil, acompanhando o próprio dinamismo do setor, ainda tem muito para evoluir. Ninguém duvida de que o êxito se deve, sobretudo, à eficácia da fiscalização e à vigilância da mídia. Daí a importância de não recuar, nem fazer concessões. Mudar o comportamento é um exercício lento (FRANÇA, 2011).

A Lei 11.705, aprovada em 2008 (BRASIL, 2008), definitivamente ganhou o título de Lei Seca, já que propôs reduzir drasticamente a tolerância no nível de álcool ingerido por quem dirige (FRANÇA, 2011). Com a sanção da nova lei, o Código de Trânsito Brasileiro foi alterado e provocou grandes mudanças nos hábitos da população brasileira, tornando-se rotina, diversas campanhas de conscientização e blitz de fiscalização em todo o país (VELÁSQUEZ e EASTMAN, 2014).

A expressão “Lei Seca” tem origem norte-americana, em decorrência da 18ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos, de 16 de janeiro de 1919, que proibia o varejo, a fabricação, o transporte, a importação e a exportação de bebidas alcoólicas em seu país (BROWN, et al., 2014). Assim, essa proibição genérica, estabelecida pela emenda norte-americana, ficou conhecida mundialmente como “Lei Seca”. A partir de então, qualquer meio de restrição estatal, mesmo que pequeno, referente à comercialização de bebida alcoólica, passou a receber a denominação, geralmente em caráter pejorativo, de “Lei Seca” (MARIOANO, 2012, p 11).

3.2 Resultados depois da lei seca

Há 12 anos, era sancionada a lei nº 11.705, mais conhecida como Lei Seca. Desde que foi aprovada, em 2008, a legislação ficou menos tolerante com quem dirige e ingere álcool, impondo mudanças nos comportamentos dos motoristas e ajudando a reduzir mortes no trânsito (PINSKY e FILHO, 2007).

Dados do Sistema de Informações de Mortalidade (SIM), do Ministério da Saúde, indicam que houve uma redução em mais de 14,00% do número de mortes por acidentes de trânsito no país. Em 2008, quando a lei foi implementada, o SIM registrou 38.273 óbitos por essa causa. Em 2017, dados preliminares, já apontam a queda para 32.615 casos (IPEA/ ANTP, 2013).

Em quase 12 anos, a nova legislação evitou a morte de mais de 40.700 pessoas e a invalidez permanente de mais de 235 mil. Essa é a projeção feita pelo Centro de Pesquisa e Economia do Seguro (CPES), órgão da Escola Nacional de Seguros (MARIN e QUEIROZ, 2010).

No Brasil, a cada 60 minutos, em média, pelo menos cinco pessoas morrem vítimas de acidente de trânsito. Os desastres nas ruas e estradas do país, também, já deixaram mais de 1,6 milhão de feridos nos últimos dez anos, ao custo direto de quase R\$ 3 bilhões para o Sistema Único de Saúde (SUS). Os números fazem parte de um levantamento elaborado pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) (ABREU, et al., 2010).

Para o coordenador da Câmara Técnica de Medicina de Tráfego do CFM, José Fernando Vinagre, os números mostram que os acidentes de trânsito constituem um grave problema de saúde pública e provocam sobrecarga nos serviços de assistência, em especial nos prontos-socorros e nas alas de internação dos hospitais. “É preciso reconhecer o importante aprimoramento da legislação ao longo dos anos e também o aumento na fiscalização, especialmente após a Lei Seca. No entanto, precisamos avançar nas estratégias para tornar o trânsito brasileiro mais seguro”, destacou (ABREU, et al., 2007). Segundo a análise do CFM, a cada hora, em média, cerca de 20 pessoas dão entrada em um hospital da rede pública de saúde com ferimento grave, decorrente de acidente de transporte terrestre (LIMA e ABREU, 2006).

Ao avaliar o volume total de vítimas graves do tráfego nos últimos dez anos (1.636.878), é possível verificar que 60,00% desses casos envolveram vítimas com idade entre 15 e 39 anos, sendo menor a frequência nas faixas etárias que vão de zero a 14 anos (8,20%) e em maiores de 60 anos (8,40%) (LIMA e ABREU, 2006).

Outra constatação: quase 80% das vítimas são do sexo masculino. Em números absolutos, 43,00% do volume total de internações registradas no SUS no período ficou concentrado em estados do Sudeste, região que reúne também metade da frota de veículos automotores do País (LIMA e ABREU, 2006). Outros 28,00% dos casos graves ficaram no Nordeste e o restante ficou diluído entre o Sul (12,00%), Centro-Oeste (9,00%) e Norte (7,00%) (VELÁSQUEZ e EASTMAN, 2014).

Para a presidente da CFM, Carlos Vital, a solução para reduzir os acidentes depende de uma série de fatores de prevenção, reforço na fiscalização e sinalização, além de questões de infraestrutura e aprimoramento dos itens de segurança dos veículos. “Neste contexto, os médicos desempenham papel fundamental nas discussões sobre direção veicular segura. O impacto desses acidentes nos serviços de saúde é alto” (LIMA e ABREU, 2006).

Leitos são ocupados, hospitais e médicos se dividem no atendimento entre os acidentados e os que procuram assistência médica para patologias que não poderiam prevenir, diferentemente dos acidentes de trânsito, que podem ser reduzidos e prevenidos (LIMA e ABREU, 2006); (VELÁSQUEZ e EASTMAN, 2014).

Se, por um lado, as tragédias no trânsito trazem dor e sofrimentos aos pacientes e seus familiares, por outros elas também estendem suas consequências para o bolso dos brasileiros. Na última década, as internações hospitalares decorrentes de acidentes de trânsito consumiram cerca de R\$ 2,9 bilhões do SUS, em valores atualizados pela inflação do período (LIMA e ABREU, 2006).

Antônio Meira Júnior, diretor da Associação Brasileira de Medicina de Tráfego (Abramet) e membro da Câmara Técnica do CFM, lembra que os custos com os acidentes de trânsito vão além das hospitalizações. “Estamos falando de um custo médio de aproximadamente R\$ 290 milhões ao ano, que obviamente foi investido para salvar vidas, o que é justificável” (VELÁSQUEZ e EASTMAN, 2014).

Se conseguíssemos diminuir o número de vítimas do trânsito, por certo, teríamos um impacto muito grande também nas contas públicas. “São recursos que poderiam ser direcionados para outras áreas prioritárias da assistência em saúde no País”. Estimativas conservadoras, segundo ele, calculam cerca de R\$ 50 bilhões, ao ano, os gastos com os acidentes, incluindo atendimento médico-hospitalar, seguros de veículos, danos a infraestruturas, perda ou roubo de cargas, entre outras despesas (VELÁSQUEZ e EASTMAN, 2014).

Segundo Pinsky e Filho (2007, p. 233):

É preciso lembrar que existem outros custos envolvidos neste contexto, como o do absenteísmo por doença (falta do trabalhar por atestado ou licença-saúde), com auxílios doença e tudo o mais que o País tenha investido no indivíduo que veio a óbito ou que ficou inválido em idade produtiva. Mais grave do que toda essa matemática, porém, são as sequelas físicas e emocionais – muitas vezes irreversíveis – que cada um destes acidente deixa na vida das pessoas.

No Amazonas, a operação Lei Seca é realizada por meio do Núcleo Especializado em Operações de Trânsito (Neot) do Amazonas, e em parceria com o Batalhão de Trânsito da Polícia Militar (BPTran) e Polícia Civil. Entre os meses de janeiro e novembro de 2019, o Detran realizou 246 operações em Manaus e em oito municípios do estado, um crescimento de 70% em relação ao mesmo período do ano de 2018, quando ocorreram 144 operações.

Na cidade de Manaus, verificou-se que a lei tornou as fiscalizações, que já eram realizadas pelo Departamento de Trânsito Brasileiro - DETRAN em conjunto com a Polícia Militar, ainda mais rigorosas, bem como as intensificou. Junto a isso, são realizadas, ao longo dos anos, diversas campanhas com o intuito de conscientizar as pessoas sobre as fatalidades que podem acontecer quando se tem a combinação direção-álcool.

Apesar da notória rigidez da lei, ainda permanecem algumas dúvidas quanto à eficácia da mesma, isto porque, apesar de ter reduzido a taxa de mortalidade ocasionada por acidentes de trânsito, ainda existem motoristas embriagados, tornando preocupante tal situação. Isso porque em estradas, ruas próximas a casas noturnas, bares etc., ainda se detecta uma quantidade relevante de condutores que insistem em desobedecer à Lei e dirigem sob efeito de álcool (MARIN e QUEIROZ, 2010).

4. DESENVOLVIMENTO LOCAL SUSTENTÁVEL E GESTÃO DO CONHECIMENTO PARA A GESTÃO DE RISCOS NO TRÂNSITO NO MUNICÍPIO DE MANAUS

Nos últimos 30 anos, houve um crescimento da frota automotiva em todo o mundo, maior nos países industrializados e com tendência crescente nos países em desenvolvimento. Consequência direta do exposto é o aumento do número de viagens em rodovias, o que gera uma série de eventualidades negativas associadas ao transporte rodoviário, como congestionamento veicular, poluição atmosférica, aumento do tempo de viagem e acidentes de trânsito, cada uma delas causando uma deterioração da qualidade de vida das pessoas e prejuízos milionários para os países que devem arcar com os custos (TORRES, 2012).

Como consequência do exposto, nos últimos anos, muitos países modificaram gradualmente sua abordagem para o desenvolvimento de políticas e práticas relacionadas à segurança no trânsito. Em vez de examinar problemas específicos relacionados a acidentes individualmente, chama-se a atenção para o desenvolvimento de uma abordagem muito mais estruturada, na qual todos os fatores que entram em jogo são considerados dentro de uma estrutura integrada, que se estende além da análise. Questões técnicas isoladas, como

fatores relacionados ao comportamento humano, veículos, estradas e meio ambiente são revistos, ou seja, aplicaram-se os pressupostos da Gestão do Conhecimento, bem como os requisitos relativos à implementação das medidas e seus enquadramentos legislativo (SOUZA, 2015).

Segundo a Organização Mundial da Saúde, as mortes por acidentes de trânsito em todo o mundo estabilizaram desde 2007. Essa estabilidade deve ser examinada no contexto global, onde o número de veículos matriculados aumentou 15%, o que indica que as intervenções para melhorar a segurança do trânsito urbano e rodoviário atenuaram o aumento do número previsto de mortes (ANON., 2015a).

Oitenta e oito países, onde vivem perto de 1,6 bilhão de pessoas, conseguiram reduzir o número de mortes em suas estradas e ambiente urbano entre 2007 e 2010, o que mostra que pode ser melhorado e que será possível economizar muito mais vidas, se os países adotarem novas medidas. No entanto, é preocupante que no mesmo período, 87 países registraram um aumento no número de mortes por acidentes de trânsito (RIVERO, 2015).

Desde meados da década de 1980, foram tomadas medidas para reduzir as altas taxas de acidentes. Entre as primeiras estratégias para melhorar a situação das estradas existentes, trabalhou-se nas rotas de trânsito e mobilidade mais seguras, começando com a implementação de uma política que exigia que todos os projetos e abertura de vias urbanas e estradas fossem inspecionados e aprovados na perspectiva da segurança rodoviária (GARCÍA, 2012).

Além disso, deve-se notar que, a partir da década de 1980, a avaliação do comportamento de vias urbanas e estradas como um componente de segurança rodoviária, tornou-se uma prática comum internacionalmente. Diferentes abordagens foram identificadas para a modelagem estatística de taxa de sinistralidade na rede rodoviária, com base no risco de acidentes (ANON., 2012).

Na seleção de indicadores básicos, que atendam à perspectiva da segurança viária, levam-se em conta as experiências internacionais, especialmente o banco de dados internacional, Base de Dados de Acidentes de Trânsito (IRTAD) pertencente à Organização para a Cooperação Internacional e Desenvolvimento (OCDE), usado como uma ferramenta de análise de dados para monitorar o desempenho de segurança rodoviária e *benchmarking* internacional. Para isso, agregou dados com formato comum e definições de 30 países desde 1970, inclusive o Brasil (SOUSA, 2015).

4.1 Gestão da segurança no trânsito por meio da gestão do conhecimento

A segurança rodoviária ocorre, como qualquer outro bem ou serviço. Este processo de produção pode ser examinado como um sistema de gestão. Segundo a coleção *Color Encyclopedic Dictionary of the Ocean*, gerir é fazer recados para alcançar um negócio ou propósito (HERRERA, 2010).

A coleta oceânica é definida como sinônimo de gestão, administração, realização, delegação e cuidado. Portanto, a gestão da segurança viária é a assunção e o exercício de responsabilidades sobre o conjunto de ações para eliminar as causas que produzem danos e criam condições para que acidentes não ocorram ou causem o menor dano possível. Em todo o

mundo, a norma internacional ISO 39001 especifica os requisitos para um sistema de segurança viária administrativa, a fim de permitir que a organização interaja com o sistema de segurança viária para reduzir as mortes e lesões graves relacionadas ao trânsito (HERREIRA, 2010).

Os requisitos desta Norma incluem o desenvolvimento e implementação de política apropriada, desenvolvimento de objetivos e planos para a segurança rodoviária, tendo em conta os aspectos legais e outros requisitos para os quais a organização se inscreve, bem como informações sobre itens e critérios relacionados com a segurança rodoviária que a organização identifica como aqueles que podem controlar e aqueles que você pode influenciar (HERRERA, 2010).

Esta Norma Internacional é aplicável a qualquer organização, independentemente do tipo, tamanho e produto ou serviço prestado, promovendo um melhor desempenho do sistema de segurança viária (SOUSA, 2015).

Existem três níveis distintos de um sistema de gestão do conhecimento para a segurança no trânsito: (1) funções de gestão institucional, que produz (2) intervenções, que por sua vez produz (3) resultados. A estrutura do sistema de Gestão do Conhecimento da segurança rodoviária leva em consideração as principais funções Institucionais com foco nos resultados; legislação, financiamento e alocação de recursos, promoção, monitoramento e avaliação, pesquisa e transferência de conhecimento (GARCÍA, 2012).

O que tem sido chamado de foco em resultados é a função da gestão institucional primária e abrangente. É a função mais importante (orientação estratégica) e leva a desempenho da gestão. Esta linha, em particular, tem um desempenho aceitável na cidade de Manaus, pois apesar de não ter o *status* desejado em algumas áreas, como financiamento e alocação de recursos, em geral, os demais apresentam uma situação favorável (RIVERO, 2015).

Além disso, existe a particularidade de a liderança nesta matéria ser exercida por duas organizações diferente: o DETRAN e MANAUSTRANS, cujo papel principal é assumido por um organismo (ANON., 2015a).

A coordenação diz respeito à organização de intervenções e outras funções relacionada com a administração institucional. Em Manaus, a coordenação existente é satisfatória e liga inúmeros organismos que, em uníssono, agem em busca de um bom estado em segurança rodoviária (BLISS, 2009).

A legislação diz respeito aos instrumentos jurídicos necessários para reger certos fins antes dos limites legítimos das instituições, no que diz respeito às suas responsabilidades e intervenções. Relacionadas com as funções de administração institucional e legislação existente é bastante abrangente, já que existem leis e outras formas normativas abrangendo vários aspectos da segurança rodoviária. O financiamento e alocação de recursos implicam o financiamento de intervenções relacionados com as funções de gestão institucional de forma sustentável, usando a avaliação racional e estrutura de programação para alocação de recursos, a fim de alcançar o foco desejado nos resultados (SOUZA, 2015).

Atualmente existem deficiências em Manaus que dizem respeito ao financiamento e alocação de recursos marcados, principalmente, pelas condições do país (TORRES, 2012).

A advocacia diz respeito à comunicação sustentada da segurança rodoviária como uma questão de núcleo para governo e sociedade, enfatizando a parte da responsabilidade social e apoia intervenções necessárias para alcançar os desejos focados em resultados (SOUSA, 2015).

Em Manaus, a promoção não é suficiente, apesar de ser promovida pelo Governo Municipal, os diversos meios de comunicação e as diversas esferas da sociedade não atingem a escala necessária para cumprir sua função (HERRERA, 2010).

O monitoramento e a avaliação dizem respeito a uma medição sistemática e contínua da segurança das vias públicas e das rodovias (DETRAN e Polícia Rodoviária Federal), além da avaliação das intervenções.

Registros de motoristas e veículos, bancos de dados de lesões em acidentes e pesquisas regulares são exemplos típicos. A investigação e a transferência de conhecimento dizem respeito a uma evolução contínua e sistemática, além da aplicação de conhecimentos que contribuam para melhorar a eficiência e eficácia do sistema de gestão da segurança rodoviária e das vias públicas (BLISS, 2009).

As intervenções constituem o segundo nível de gestão do conhecimento, englobando os seguintes pilares: o projeto e operação da rede rodoviária e das vias públicas; a entrada e saída de veículos da rede rodoviária no ambiente urbano; a recuperação das vítimas de acidentes de trânsito (GARCÍA, 2012).

No caso do projeto e operação da rede rodoviária e das vias públicas, encontra-se prevenção como parte do núcleo desta seção. Quando o objetivo de criar um 'sistema seguro' é adotado, ao gerenciar a rede rodoviária e as vias públicas, a ênfase em recursos 'protetores' é aumentada da infraestrutura necessária. A prevenção de danos tem precedência sobre a redução de acidentes (BLISS, 2009). Exige-se mais responsabilidade dos operadores rodoviários pela utilização segura das suas redes e medidas de qualificação de segurança desenvolvidas para qualificar a infraestrutura em termos da proteção que proporcionam (ANON, 2015a).

A conformidade regulatória se concentra na prevenção de danos, recebe promoção consistente e visa controlar o comportamento dos usuários da rede por meio de medidas preventivas, persuasivas e punitivas para alcançar um tráfego seguro e eficiente. A redução da velocidade, a condução em estado de alcoolismo e o uso generalizado de cintos de segurança e capacetes, juntos, contribuem para reduzir a mortalidade e ferimentos (SOUZA, 2015).

Este regulamento é composto pelas regras que regem o uso seguro do sistema de tráfego e as penalidades correspondentes aos usuários do sistema: policiamento do trânsito para garantir o cumprimento; bem como intensas campanhas sociais em endosso de programas de policiamento focados em comportamentos seguros (TORRES, 2012).

A situação apresentada pelo desenho e operação da rede em Manaus é deterioração em muitas áreas devido, em parte, à falta de recursos e à negligência dos órgãos e entidades responsáveis (SOUZA, 2015). Na questão da entrada e saída de veículos no ambiente urbano, há uma série de normas de segurança, entre as quais se destacam as de segurança veicular, uma vez que os veículos são o elemento do sistema de segurança viária que mais pode ser afetado por avanços tecnológicos (BLISS, 2009).

As normas de segurança veicular podem ser divididas em dois tipos, segundo Bliss (2009): segurança ativa, que envolve prevenção de acidentes; sistemas de freio antibloqueio; sistemas antiálcool; controle eletrônico de estabilidade; operabilidade e estabilidade; dispositivos de aviso sonoro, iluminação e visibilidade, adaptação de velocidade inteligente; e segurança passiva que envolve zonas de absorção de impacto e gaiolas de segurança (GARCÍA, 2012).

A entrada e saída de veículos é marcada pelo atraso tecnológico e pelas limitações econômicas da cidade de Manaus, o que impede que os padrões e suas formas de controle sejam ideais (GARCÍA, 2012).

Com relação à recuperação de vítimas de acidentes de viação na rede rodoviária e vias urbanas, sua reabilitação depende do sistema de saúde e este deve ser planejado para um bom desempenho. Este sistema é encarregado de prevenir emergências médicas, como a função pré-hospitalar, na qual seria realizada a triagem e o tratamento básico de feridas, bem como a prevenção de fatalidades (RIVERO, 2015). Posteriormente, seria recebida a linha Hospitalar, na qual o tratamento médico de emergência definitivo e cuidado de longa duração posterior são essenciais para a prevenção de deficiências. Segundo Garcia (2012):

- Cuidados pós-acidente: o cuidado pós-acidente eficaz é caracterizado por notificações de emergência eficientes; transporte rápido de pessoal médico qualificado; diagnóstico correto no local do acidente; estabilização do paciente; transporte imediato para o ponto de tratamento; atendimento de qualidade em salas de emergência e trauma; serviços de reabilitação extensivo (RIVERO, 2015).

Para melhorar o atendimento pós-acidente, deve-se atentar para toda a cadeia de intervenções, desde testemunhas de acidentes, até resgate de emergência, acesso ao atendimento de emergência, atendimento ao trauma e reabilitação (ANON., 2015a).

Em países de baixa e média renda, é importante prestar atenção aos cuidados preventivos do hospital, principalmente em termos de treinamento de salva-vidas, melhor acesso ao sistema médico de emergência e coordenação dos serviços de resgate de emergência. Também é importante fazer melhorias básicas no serviço hospitalar em termos de recursos e equipamentos de atendimento ao trauma, o que em parte não é muito caro. (GARCÍA, 2012).

Os serviços de reabilitação são um componente essencial dos cuidados pós-hospitalares. Com sistemas de seguro de veículos contratados com terceiros, pode-se contar com um mecanismo importante para financiar serviços essenciais e reduzir o impacto sobre os pobres (RIVERO, 2015).

Em Manaus, a recuperação das vítimas de acidentes automobilísticos e sua reabilitação estão muito bem desenhadas, com inúmeras facilidades que permitem uma ampla cobertura de alta qualidade (ANON., 2015a).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de algumas limitações, este estudo, aplicando a análise de séries temporais, mostra que a nova lei no trânsito do Brasil teve um efeito na redução de acidentes de trânsito e fatalidades. Esse sucesso foi obtido de várias maneiras: diminuindo o nível permitido de álcool no sangue, aumentando as multas e realizando uma campanha ativa na mídia. Ao descrever o sucesso da intervenção, os achados deste estudo podem ser úteis para outras pesquisas relacionadas.

Na política de transporte, o impacto da aplicação da lei é uma questão chave. Os formuladores de políticas contam com associações teóricas e empíricas para determinar se a política que é aplicada ao público em geral tem eficácia. Um desses focos é sobre a aplicação da lei e suas implicações para acidentes com feridos e/ou mortos.

Uma crença comum dos formuladores de políticas é que o aumento da aplicação da lei irá reduzir o comportamento antissocial. No modelo apresentado, esta crença foi apoiada com descobertas empíricas. Pessoal de fiscalização e política associada ao número de funcionários fornecem um *link* importante para reduzir acidentes com lesões. Mais longe, outras pesquisas sobre o impacto que a fiscalização da lei seca tem sobre o número de lesões e travamentos é necessário. Os efeitos descritos neste estudo podem ser generalizáveis para outros estados, com mais pesquisas e avaliações.

A aplicação da lei muda de uma relação linear para uma exponencial quando a proibição é introduzida. Os pontos de interpretação gráfica em direção a uma política combinada são fundamentais para reduzir o número de acidentes com lesões a zero.

Assim, este estudo respondeu ao questionamento: quais pressupostos da gestão do conhecimento devem ser aplicados à segurança cidadã no caso de condutores de veículos? O resultado apresenta que tanto a gestão de pessoas, quanto da tecnologia deve estar associada a uma arquitetura multiagente na qual todos deverão estar integrados.

Neste sentido, a Gestão do Conhecimento permite que os diferentes agentes possam se comunicar, para o qual será necessário definir uma ontologia de tráfego que permitirá a interoperabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Â. M. M.; LIMA, J. M. B. de; MATOS, L. N.; PILLON, S. C. **Uso de álcool em vítimas de acidentes de trânsito**: estudo do nível de alcoolemia. Rev. Latino-Am. Enfermagem vol.18 no. spe Ribeirão Preto May/June 2010.

ABREU, A. M. M.; LIMA, J. M. B.; SILVA, L. M. **Níveis de alcoolemia e mortalidade por acidentes de trânsito na cidade do Rio de Janeiro**. Esc Anna Nery Rev Enferm. 2007 dezembro, 11(4):575-80.

AMAZONAS – DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DO ESTADO DO AMAZONAS – DETRAN-AM. **Número de acidentes de trânsito em Manaus – 2010-2017**. Manaus: DETRAN, 2018.

ANON. P. F. **Anuário Estatístico de Acidentes de trânsito**. Brasília: Ministério dos Transportes, 2014. Versão Digitalizada.

BLISS, T. **Elementos de um sistema de gestão de segurança viária e evolução da abordagem em resultados**. Belo Horizonte: Salva, 2009.

BRASIL. **As drogas lícitas e ilícitas**. Brasília: Ministério da Saúde - MS, 2017. Disponível em <http://www.ministeriodasaude.gov.com.br> Acesso em 05 de jan de 2022.

BRASIL. **Decreto nº 8.324 de 27 de outubro de 1910**. Rio de Janeiro, 1910. Disponível em <http://lesbrasil.org.br> Acesso em 05 de jan de 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.760/2012**. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm> Acesso em 05 de jan de 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.503/1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm> Acesso em 05 de jan de 2022.

BRASIL. MC. Departamento Nacional de Trânsito. Conselho Nacional de Trânsito. **100 anos de legislação de trânsito no Brasil: 1910-2010**. Brasília: Ministério das Cidades, 2010.

BROWN, R. W. JEWELL, R. T.; RICHER, J. **Proibição do Álcool Endógeno e Dirigir Embriagado**. Southern Economic Journal, vol. 62, 2014, pp. 1043–1053.

FERREIRA, Carlos. **Sistema de trânsito do Brasil**. São Paulo: Pioneira, 2017.

FRANÇA, T. **Opinião Lei Seca, a Lei que salva vidas**. Disponível em: <<https://oab-mt.jusbrasil.com.br/noticias/2770546/opinioao-lei-seca-a-lei-que-salva-vidas>> Acesso em 05 de jan de 2022.

FRETAS, A. L. **A urbanização nos séculos XIX e XX**. São Paulo: Summus, 2013.

GARCIA, H. D. Jr. **Ações da Operação Lei Seca: As novas vertentes e seus impactos**. 2014. 23f. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Administração Pública, Universidade Estadual da Paraíba, João Pessoa, 2014.

GARCÍA, R. A. **Segurança viária**. Southern Economic Journal, vol. 52, 2012, pp. 1003–1013.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. ANTP - Associação Nacional de Transportes Públicos. **Impacto social e econômico dos acidentes de trânsito nas aglomerações urbanas brasileiras: relatório executivo**. Brasília: IPEA/ANTP, 2013.

LIMA, J. M. B.; ABREU, A. M. M. Álcool e os Acidentes de Trânsito: Estudo preliminar sobre mortalidade. In: Gigliotti, A. A., Guimarães, A, editors. **Dependência, Compulsão e Impulsividade**. Rio de Janeiro (RJ): Ed Rubio; 2006.

MARIN, L.; LEÒN, M. S. **A atualidade dos acidentes de trânsito na era da velocidade: uma visão geral**. Cad Saúde Pública. 2010;16(1):7–21.

PEDRO, A. **História do Brasil urbano**. São Paulo: Campus, 2010.

PINSKY, I.; FILHO, R. V. P. **A apologia do consumo de bebidas alcoólicas e da velocidade no trânsito no Brasil**: considerações sobre a propaganda de dois problemas de saúde pública. *Rev. psiquiatr. Rio Gd. Sul* vol.29 no.1 Porto Alegre Jan./Apr. 2007.

SOUSA, T. **Indicadores de gestão para a avaliação do sistema de segurança viária**. São Paulo: Atlas, 2015.

RIVERO, A. **Elaboração de um guia de inspeção de segurança viária para estradas**. Rio de Janeiro: Vila Clara, 2015.

TORRES, J. A. **Metodologia de avaliação de segurança viária em cruzamentos com base em na análise quantitativa de conflitos entre veículos**. Curitiba; Universidade Politécnica do Paraná, 2012.

VELÁSQUEZ, H. A.; EASTMAN, C. A. **Segurança no Trânsito**: um problema de política pública. Washington (DC): Organização Pan-americana de Saúde – OPAS; 2014.

Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário: uma política de efetivação da democratização da informação ambiental e educação ambiental

■ —
Andreza Albuquerque Amore¹

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 determinou ao Poder Público a tarefa de preservação do meio ambiente. Por meio desta determinação, o Poder Judiciário, na busca pela implantação de políticas que visam a proteção ambiental, cria o Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário, um espaço que proporciona aos participantes da sociedade civil o conhecimento em matéria ambiental, ampliando a educação ambiental e proporcionando a efetivação da democratização da informação ambiental. Desta forma, este grupo de estudos oportuniza à coletividade um maior controle social perante às políticas públicas, o que nos aproxima de um desenvolvimento sustentável.

Palavras-chave: Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário. Democratização da Informação Ambiental. Princípio da Participação. Educação Ambiental.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) trouxe o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito de todos, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Tratou-se o meio ambiente como um direito difuso, nas palavras do constituinte, “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”².

1 Pós-graduada em Direito Público pela Universidade do Estado do Amazonas. Pós-graduada em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela Faculdade Educacional da Lapa. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas. Aluna Especial no Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. Advogada.

2 Art. 225, caput, CF. 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.

A partir deste ideal protecionista, coube especialmente ao Poder Público a posição de autor principal para instituição de medidas, políticas e gestões garantidoras da preservação do meio ambiente. Isso porque a política adotada é aquela que se aproxima de forma necessária e impositiva ao desenvolvimento sustentável, devendo observância à ponderação entre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, quais sejam, o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente. Deveras então, o Estado atuar de forma equilibrada entre os dois polos aparentemente opostos.

Neste diapasão, a gestão pública ambiental deve ser foco em todas as esferas da atuação estatal, devendo estar presente na tomada de decisões de todos os Poderes, Judiciário, Executivo e Legislativo. Um dos enfoques da gestão pública é o acerca da educação ambiental e a necessidade de disseminação das informações ambientais. É através desses dois institutos inter-relacionados que, não só o Poder Público, mas também a sociedade civil, aumentam suas capacidades de observar de maneira mais tangível as necessidades protecionistas do meio ambiente. Do lado Estatal, a criação de políticas capazes de garantir e ampliar a preservação, doutro lado, a sociedade civil, com a possibilidade de acesso aos dados e informações sobre as políticas e atuações do Poder Público em matéria ambiental, tornando possível a fiscalização das políticas públicas adotadas pelos governantes.

Percebe-se, então, uma maneira de efetivar a determinação constitucional de defesa e proteção do meio ambiente que se desdobra perante o Poder Público e a coletividade.

A Lei. 6.938/1981 que trata da Política Nacional do Meio Ambiente aborda a temática da educação ambiental como um de seus princípios³, bem como a “divulgação de dados e informações e a formação de uma necessidade consciência pública sobre a de preservação da qualidade ambiental e equilíbrio ecológico”⁴ como um de seus objetivos. Abarca também como um de seus instrumentos o sistema nacional de informações sobre o meio ambiente.⁵

Corroborando com o tema a Lei 9.795/1999, que dispõe sobre a educação ambiental e institui a Política Nacional de Educação Ambiental.

É certo que o acesso às informações ambientais, dialoga diretamente com a educação ambiental, pois é capaz de gerar conhecimento, despertando na coletividade ideais de conscientização ambiental, atuando de forma mais ativa para combater atos de degradação. Tal medida pode ser observada através de políticas governamentais de divulgação de dados, cursos e propagandas de conteúdo ambiental, capazes de gerar o aprimoramento da gestão, alcançando, cada vez mais, uma gestão econômica em harmonia com a proteção do meio ambiente, sendo responsabilidade de todos os Poderes a busca por esse equilíbrio.

Em 10 de novembro de 2020, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) instituiu o Grupo de Trabalho “Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário” com o objetivo de traçar estudo, monitoramento, pesquisas, programas, projetos e ações para a construção de diagnósticos das boas práticas, formulação de políticas e iniciativas para a tutela do meio

3 Art. 2º da Lei 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 socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios: [...] X - educação ambiental a todos os níveis do ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente. [...].

4 Art. 4º da Lei 6.938/1981 - A Política Nacional do Meio Ambiente visará: [...] V - à difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, à divulgação de dados e informações ambientais e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico; [...].

5 Art. 9º da Lei 6.938/1981 - São Instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: [...] VII - o sistema nacional de informações sobre o meio ambiente; [...].

ambiente natural da Amazônia Legal pela atuação do Poder Judiciário e do Sistema de Justiça. Com essa inovação, torna-se possível a criação de um ambiente composto por membros do Poder Judiciário (Conselheiros do CNJ), representantes da sociedade civil e organização internacional multilateral.

Com esta política adotada no Poder Judiciário, nasce um espaço para discursão de temas, análise de dados, entre outros métodos a serem estudados capazes de efetivar a democratização do acesso à informação na temática ambiental. Compreendendo também a ampliação da educação ambiental.

A importância da escolha do tema, dentro do contexto social atual, revela-se pela constante necessidade às discussões ambientais, apresentando-se de forma palpitante a criação do Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário, abordando o meio ambiente de forma destacável às políticas do Poder Judiciário. Possibilitando abordagens, projetos, estudos, entre outras formas de trazer para o centro a temática.

Partindo dessas premissas, o presente trabalho objetiva analisar a contribuição do Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário para a democratização da educação ambiental e o acesso às informações ambientais.

Especificamente, objetiva-se conceituar o princípio da participação social ambiental, destacando-se as premissas da educação ambiental e informação ambiental. Abordando assim, importantes princípios do direito ambiental que são capazes de proporcionar a democratização da proteção ambiental.

Objetiva-se ainda descrever a criação, objetivos e políticas do Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário, buscando, por fim, identificar a interseção entre tal Grupo de Trabalho do CNJ e a busca pelo cumprimento dos ditames constitucionais de preservar e defender o meio ambiente por meio da atuação da coletividade e do Estado.

Isto posto, será analisado no trabalho a contribuição da criação desta política pelo CNJ para o alcance da disseminação de estudos e discussões na seara ambiental através do arcabouço teórico, bibliográfico, bem como consultas ao sítio virtual do CNJ. Isto tudo, visando o alcance de manter um meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e futuras gerações.

2. O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO: INFORMAÇÃO E EDUCAÇÃO AMBIENTAL

A Constituição Federal de 1988 tratou o meio ambiente como um direito fundamental. Nos seus ditames, determinou ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo a fim de assegurar um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações⁶. Foi proposto pelo modelo constitucional a visão intergeracional de proteção que, para ser cumprido, todos devem assumir uma postura protecionista dos recursos ambientais, capaz de proporcionar à presente e à futura geração um meio ambiente propício à vida saudável e ao desenvolvimento de forma sustentável.

6 Art. 225, caput, CF. 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.

Édis Milaré contribui (2018, p.166) através de seu entendimento:

[...] ao dispor sobre a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por ela reconhecido como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (art.225, *caput*), instituiu, entre nós, verdadeiro “estado de direito ambiental” fundado em bases constitucionais.

Complementa ainda José Rubens Morato Leite e Germana Parente Neiva Belchior (2019, p. 14):

A Constituição Federal de 1988, por meio de seus art. 225, *caput*, e art. 5º, §2º, atribuiu, de forma inédita, ao direito ao ambiente o *status* de direito fundamental do indivíduo e da coletividade, bem como consagrou a proteção ambiental como um de seus objetivos ou tarefas fundamentais do Estado de Direito Ambiental brasileiro.

O Princípio democrático, ou de Participação, que se desdobra nos Princípios da Informação Ambiental e Educação Ambiental, traz a ideia de proporcionar à coletividade meios para agir de forma efetiva na busca por essa atuação garantista de um meio ambiente sadio. Na visão de Marcelo Abelha Rodrigues (2021, p. 358) “[...] o meio ambiente constitui um direito difuso, portanto de titularidade indeterminável, [...] a participação se torna mais do que legítima, posto que é o titular cuidando de seu próprio direito.”

A participação ativa da coletividade na proteção do meio ambiente, incluindo também os decisórios políticos, nos aproxima dos ditames constitucionais de preservação e desenvolvimento sustentável. O aumento do conhecimento (informação e educação ambiental) é capaz de qualificar esse controle público sobre as medidas adotadas, gerando um ambiente propício à harmonização entre desenvolvimento econômico e medidas ambientais protetivas.

Acrescenta ainda em referência ao Princípio democrático:

Trata-se, assim, de um princípio empenhado na construção de uma sociedade verdadeiramente democrática. Por meio dele, a sociedade civil deve atuar ativamente, paralelamente ao Estado, para definir os rumos a serem seguidos na política ambiental. (RODRIGUES, 2021, p. 357)

Complementa Paulo de Bessa Antunes (2021, p. 37):

O princípio democrático assegura aos cidadãos o direito de, na forma da lei ou regulamentação, participar das discussões para a elaboração das políticas públicas ambientais e obter informações dos órgãos públicos sobre matéria referente à defesa do meio ambiente [...].

Com este ideal de participação social, se torna cada vez mais importante e necessário que o Estado atue de forma a promover à sociedade civil o acesso à informação e garantir a educação em matéria ambiental. Vale ressaltar que é essencial que a informação e a educação aconteçam de maneira capaz de tornar efetiva a atuação social.

No momento em que a sociedade civil recebe de forma clara e tangível informações em matéria ambiental, transforma-se numa forma de controle público para que alcance cada vez mais a sua eficácia. Dessa forma, a população consegue, de modo racional, entender, por exemplo, as políticas que são adotadas ou que devem ser evitadas, compreendendo seus benefícios ou prejuízos, produzindo uma ponderação entre as políticas e oportunizando a formação de juízo de valor, amparado nas informações fornecidas pelo Poder Público, aproximando, dessa forma, a um controle democrático das políticas públicas.

Nas palavras de Paulo Affonso Leme Machado (2018, p. 49) “Sem informação adequada não há democracia e não há Estado de Direito”, corrobora ainda:

A qualidade e a quantidade de informação irão traduzir o tipo e a intensidade da participação na vida social e política. Quem estiver mal informado nem por isso estará impedido de participar, mas a qualidade de sua participação será prejudicada. A ignorância gera apatia ou inércia dos que teriam legitimidade para participar. (2018, p. 34)

Conforme o autor supracitado afirma, a qualidade da informação repassada à população interfere diretamente na intensidade do controle, bem como no nível de colaboração eficaz. Quanto maior, em quantidade e qualidade, as informações repassadas, maior será a possibilidade de colaboração da sociedade civil. Acrescenta ainda Marcelo Abelha Rodrigues (2021, p. 360):

É certo que a participação da sociedade na implementação de políticas públicas de proteção ambiental só poderá ser alcançada com êxito caso a população tenha amplo acesso à efetiva informação de tudo o que diz respeito ao meio ambiente.

Com a aproximação da sociedade das informações, forma-se um ambiente democrático onde se torna possível o acompanhamento e até mesmo possibilidade de cobrança frente às políticas públicas executadas pelo Estado.

[...] percebe-se que o acesso efetivo à informação é elemento fundamental à democracia não só pelo princípio da publicidade, mas também porque a partir dessa “transparência” permite-se a possibilidade de participação e evita-se o autoritarismo, servindo, pois, como mecanismo de controle democrático dos atos públicos. (RODRIGUES, 2021, p. 361)

Paulo Affonso Leme Machado traduz a visão de Ulrich Beck:

A opinião pública “dispõe de um poder permanente de crítica e influência e de controle dos governantes. Os atores da sociedade civil que animam o debate público, como as associações e os movimentos, assim também os intelectuais e os jornalistas cumprem, desse ponto de vista, uma missão importante, na medida em que contribuem para informar e mobilizar a opinião, estruturar as tomadas de posição e, finalmente tornar audíveis, perante os governantes, as reivindicações dos cidadãos.” (MACHADO, 2018, p. 35)

Em observância ao panorama do ordenamento jurídico brasileiro, observamos o direito à informação previsto na nossa Carta Magna no artigo 5º, nos seguintes incisos:

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; [...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

Em matéria ambiental, destaca-se alguns importantes mecanismos assecuratórios de informação, como o Relatório de Impacto Ambiental (previsto na Resolução nº 001 do CONAMA), o Relatório de Qualidade do Meio Ambiente a ser divulgado anualmente pelo IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (previsto no art. 9º, X, da Lei 6.938/81) e a obrigatoriedade de publicação do pedido de licenciamento ambiental (previsto no art. 10, §1º da Lei 6.938/81). Além desses instrumentos, a Lei 6.938/81 que prevê a Política Nacional do Meio Ambiente prevê como um de seus objetivos a difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, à divulgação de dados e informações ambientais e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico. Ademais, traz como um de seus instrumentos o sistema nacional de informações sobre o meio ambiente.

Importante regulamentação está na Lei 10.650/2003 que dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do SISNAMA (Sistema Nacional do Meio Ambiente). Com esta disposição legal, torna-se um dever dos órgãos e entidades da Administração Pública fornecer, por exemplo, informações ambientais relacionadas à qualidade do meio ambiente e políticas, planos e programas potencialmente causadores de impactos ambientais.

Em relação à educação ambiental, a Constituição Federal de 1988 prevê no artigo 225, §1º, VI que incumbe ao Poder Público “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.” A definição legal da educação ambiental consta na Lei 9.795/99 que instituiu a Política Nacional de Educação Ambiental:

Art. 1º Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.

A educação ambiental também foi tratada na Lei 6.938/81 como um princípio da Política Nacional do Meio Ambiente quando previu:

Art. 2º [...] X: educação ambiental a todos os níveis do ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente.

As previsões legais significam grande marco para concretização dos princípios que norteiam a participação da sociedade na proteção do meio ambiente. O acesso à informação e à educação positivados, imputa ao Poder Público o dever de criar políticas públicas que incorporem esta dimensão ambiental nos seus objetivos. Garantindo, dessa forma a democratização das informações ambientais.

3. O OBSERVATÓRIO DO MEIO AMBIENTE DO PODER JUDICIÁRIO

Na busca por medidas e políticas que favoreçam o acesso à informação e ampliação da educação ambiental é que surge o Grupo de Trabalho “Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário”, instituído pelo Conselho Nacional de Justiça, órgão do Poder Judiciário, em 10 de novembro de 2020, através da Portaria nº 241. Não há dúvidas que se trata de política implementada para a análise de questões estratégicas em Direito Ambiental, capaz de disseminar informações em matéria ambiental de forma mais transparente e inovadora.

Trata-se de um órgão de caráter consultivo e multidisciplinar, composto por membros do CNJ. Profissionais do meio acadêmico, da sociedade civil ou entidades representativas o compõe, gerando, dessa forma, um ambiente multifacetado, com diversas parcelas da sociedade, promovendo discussões sob diferentes enfoques e pontos de vista. Sua composição nos traz um mostruário democrático da sociedade, tendo em vista sua formação diversificada.

Alguns de seus objetivos são: elaborar estudos e pareceres sobre demandas que envolvam questões estratégicas de proteção ao meio ambiente natural da Amazônia Legal; iniciar a atuação do Poder Judiciário na formulação de políticas, projetos e diretrizes destinados à tutela do meio ambiente natural da Amazônia Legal; promover a articulação do Poder Judiciário com instituições nacionais ou internacionais com o objetivo de contribuir para aumentar as ferramentas de enfrentamento às violações do meio ambiente, com foco no meio ambiente natural da Amazônia Legal, bem como parcerias para o intercâmbio de informações, de dados, de documentos ou de experiências.

O Observatório pretende tornar-se um núcleo de referência no acompanhamento e na disseminação de dados, informações, estudos comparados, análises prospectivas, debates e produção científica. Sob essa ótica, espera-se que o Observatório se torne influente *think tank* para o progresso do conhecimento e de diálogos críticos e construtivos ao tema⁷.

Em consulta o sítio eletrônico do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, destaca-se algumas ações que estão sendo realizadas. Uma delas é a denominada Balanço Socioambiental do Poder Judiciário, a qual apanha dados do Tribunais acerca das informações de consumo de água, papel, copos descartáveis. Outro projeto é o Plano de Logística Sustentável do Poder Judiciário, onde tem-se a criação de núcleos socioambientais e monitoramento do consumo e gastos com papel, energia elétrica, água, combustível, etc. Tais ações propiciam relatórios acerca do consumo que podem nortear a escolha de políticas públicas capazes de se aproximar da sustentabilidade. Projetos que incentivem a preservação do meio ambiente

7 OBSERVATÓRIO DO MEIO AMBIENTE DO PODER JUDICIÁRIO, Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/observatorio/observatorio-meio-ambiente/>> Acesso em: 26 de janeiro de 2022.

e redução do consumo, ou consumo de forma consciente são políticas que podem ser ampliadas através dos resultados estatísticos do observatório.

Percebe-se, desta forma, que o Observatório tem como uma de suas finalidades a criação de um espaço funcionando como um laboratório de ideias, instituindo um grupo de especialistas com a missão de debater sobre assuntos relevantes em matéria ambiental. Com isto, cria-se um ambiente de concomitância da inclusão social, sustentabilidade e progresso econômico, capaz de influenciar potencialmente na construção de políticas públicas.

É o que se denomina “gestão ambiental”, Maria da Graça Orsatto Prestes contribui com este entendimento (2011, p. 304):

A gestão ambiental, desenvolvida pelas instituições, consiste na estruturação de responsabilidades, práticas, procedimentos, projetos e recursos da organização mobilizados para a implantação e manutenção de programas de proteção ao meio ambiente.

Com a criação do Observatório, nasce no Poder Judiciário um ambiente que possibilita a discussão em matéria ambiental e participação de diversos extratos da sociedade. Tal medida, promove e aproxima a coletividade da gestão pública, oportunizando a participação ativa, e, ao mesmo tempo, o compartilhamento de informações, concretizando o princípio da informação e ampliando a educação na matéria ambiental.

4. A CONTRIBUIÇÃO DO OBSERVATÓRIO DO MEIO AMBIENTE DO PODER JUDICIÁRIO PARA O ALCANCE DOS DITAMES CONSTITUCIONAIS DA DEMOCRATIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL E CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INFORMAÇÃO AMBIENTAL

A criação do Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário gerou notória ampliação do acesso às informações em matéria ambiental à coletividade. Primeiramente, ressaltava-se a sua composição na qual é possível perceber a presença de participantes de diversos fragmentos da sociedade, quais sejam: Conselheiros do CNJ, representantes da sociedade civil e organização internacional multilateral.

Outro grande marco é a publicidade que se tem através da publicação de temas, pesquisas e resultados através do sítio eletrônico, gerando para a sociedade um ambiente não só propício à participação social, mas que ele aconteça de forma efetiva, capaz de ampliar o controle social e influenciar a tomada de decisão do Poder Público. Além disso, podemos destacar que a divulgação desses resultados ao propiciar à sociedade a ampliação do acesso às informações em matéria ambiental alavanca também a educação ambiental. Nesta diáspora gera à sociedade conhecimento, entendimento, compreensão da matéria ambiental.

A “Construção de rede de atuação na área de tutela do meio ambiente, congregando pesquisadores, instituições públicas e privadas, órgãos do terceiro setor e ativistas que possam contribuir para o tema” é um dos objetivos do Observatório no qual faz surgir um ambiente composto de variadas opiniões e posições sociais. É evidente que a constituição deste espaço para discursão nos aproxima da concretude dos ditames constitucionais que determinam para a coletividade e para o Poder Público o dever de preservar o meio ambiente.

Ampliar o acesso à informação ambiental e gerar conhecimento à todos dilatando a educação ambiental corrobora com o que podemos chamar de democratização da matéria. A

participação da sociedade civil, estudantes, pesquisadores, entre outros, avulta o envolvimento e a influencia na tomada de decisão e controle social.

O alcance das informações para uma quantidade cada vez maior de pessoas ajuda ao atingimento da democratização do acesso à informação e educação ambiental, abrangendo e ampliando a rede de influências sobre a proteção ambiental, visando progressivamente uma maior proximidade do desenvolvimento sustentável, proteção e preservação do meio ambiente.

Observa-se também que o Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário contribui de forma qualitativa para o desenvolvimento das políticas públicas do Poder Judiciário, de forma exemplificativa, podemos citar o estudo acerca da utilização de papel ou consumo de energia elétrica. Os resultados são capazes de guiar a tomada de decisões sobre métodos a serem implantados com o fito serem adotadas medidas de caráter sustentável, bem como nortear campanhas de economia, por exemplo.

Logo, é salutar que a implantação pelo CNJ do grupo de estudo colabora com a sociedade para o alcance do cumprimento dos princípios da informação e da educação ambiental. Através desse instrumento, o Poder Judiciário concretiza políticas que aumentam o diálogo interinstitucional e internacional contribuindo para o enfrentamento às violações do meio ambiente, ampliando de forma considerável a democratização da informação e educação ambiental.

5. CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 determinou ao Poder Público e à coletividade o dever de cuidar do meio ambiente com a finalidade de alcançar um ecossistema ecologicamente equilibrado. Através desta determinação, os Poderes se tornam responsáveis pela busca de políticas que os aproxime desta incumbência do legislador. Foi por meio da criação do Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário que este poder se amolda ao cumprimento constitucional, gerando aos participantes deste grupo de estudos um espaço propício à discursão, debates, análises e ensinamentos acerca da proteção do meio ambiente e medidas sustentáveis de desenvolvimento que visam a preservação ambiental.

Em matéria de direito ambiental, possui grande importância social os princípios da informação e educação ambiental, extratos do grande princípio da participação. O conhecimento ambiental em linguagem acessível possibilita à coletividade de forma efetiva um senso crítico capaz de controlar as políticas públicas a serem tomadas pelo Poder, além disso, a disseminação de informações qualifica este controle, podendo assim, elevar o nível de influência e percepção sobre o assunto.

Dessa forma, a criação do Observatório é capaz de concretizar a democratização dos princípios supracitados impulsionando cada vez mais a busca e alcance pelo desenvolvimento sustentável e políticas de proteção ambiental. Trazendo materialidade para a transmissão de conhecimento e desenvolvimento das políticas e criação da gestão ambiental de forma mais participativa e colaborativa da sociedade.

Não restam dúvidas de que a gestão ambiental adotada pelo Poder Judiciário na criação do Observatório do Meio Ambiente deu-se de forma assertiva, pois está sendo capaz de consubstanciar princípios ambientais como da informação e educação ambiental, gerando a

atuação dos mais diversos participantes da sociedade. Com isto, a adoção de medidas sustentáveis e práticas de proteção ambiental vem sendo o alvo das doutrinas adotadas pelo Poder Judiciário, o que nos leva à satisfatória observação do cumprimento dos ditames constitucionais que prezam tanto pela manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, buscando de forma eficaz alcançar a sustentabilidade intergeracional dos recursos ambientais.

Assim, em análise à implantação deste grupo de estudos, percebe-se que o Poder Judiciário vem se aproximando da gestão participativa, propondo aos integrantes da sociedade civil um espaço onde pode ser encontrado um arcabouço de pesquisas, debates e conhecimento em matéria ambiental, capaz de gerar e incentivar a educação desta seara e proporcionar informações que colaboram com a influência do controle social sobre a tomada de decisões das políticas públicas. Pode-se concluir que o processo de disseminação de informação é um meio de concretizar a democratização das informações em matéria ambiental, o que cumpre às determinações do princípio da participação ambiental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 22. ed. – São Paulo: Atlas, 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Institui o Grupo de Trabalho “Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário”**. Portaria 241, de 10 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/Portaria-CNJ-241_2020.pdf>. Acesso em: 18 de junho de 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 17 de junho de 2021.

_____. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L6938.htm> Acesso em: 17 de junho de 2021.

_____. Lei n. 9.795, de 27 de abril de 1999. **Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9795.htm>. Acesso em 18 de junho de 2021.

_____. Lei n. 10.650, de 16 de abril de 2003. **Dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sisnama**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.650.htm>. Acesso em 18 de junho de 2021.

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. Resolução 001 de 23 de janeiro de 1986. **O CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE - CONAMA**, no uso das atribuições que lhe confere o Inciso I, do § 2º, do Art 8º do seu Regimento Interno, o Art 1º da Lei 7.804 de 15 de julho de 1989. Disponível em: < <https://www.ibama.gov.br/sophia/cnia/legislacao/MMA/RE0001-230186.PDF> > Acesso em: 17 de junho de 2021.

LEITE, José Rubens Morato. BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. In Perspectivas e desafios para a proteção da biodiversidade no Brasil e na Costa Rica. 2014. Disponível em: <www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20140517170251_1477.pdf>. Acesso em: 18 de junho de 2021.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito a informação e meio ambiente**. 2 ed., ampl. E atual. – São Paulo: Malheiros, 2018.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 11.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

OBSERVATÓRIO DO MEIO AMBIENTE DO PODER JUDICIÁRIO, **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em:<<https://www.cnj.jus.br/observatorio/observatorio-meio-ambiente/> > Acesso em: 26 de janeiro de 2022.

PRESTES, Maria da Graça Orsatto. **Gestão Ambiental no Poder Judiciário: Implementação de práticas administrativas eficientes**. In Direito Ambiental em Evolução – N° 5. Vladimir P. de Freitas (coord.). 1ª. ed. – Curitiba: Juruá, 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha/coord. Pedro Lenza. **Direito Ambiental**. 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

Os reflexos da Lei Geral de Proteção de Dados na administração pública brasileira

Nayara de Oliveira Lima¹

RESUMO

O presente artigo científico tem como objetivo realizar a análise acerca da proteção de dados pessoais na Lei Geral de Proteção de Dados, principalmente quanto aos reflexos dessa legislação na administração pública brasileira em conjunto com o referencial bibliográfico lastreado na doutrina, na legislação pátria, em decreto, em emendas constitucionais e em artigos. Busca-se analisar a Lei 13.709 de 2018 e os possíveis reflexos desta lei na administração pública brasileira, verificar quais os efeitos da proteção de dados na Constituição Federal e avaliar como a referida legislação está sendo aplicada na administração pública. Dessa feita, restou demonstrada que a Lei Geral de Dados trouxe mudanças significativas ao texto constitucional e a administração pública, há também influência da nova legislação na repercussão de suas disposições para os administradores públicos e os cidadãos, o equilíbrio e a adequação a serem feitos entre a teoria e a prática devem resguardar os direitos positivados e elevar a eficácia da proteção de dados pessoais.

Palavras-chave: Proteção de Dados Pessoais. Lei Geral de Proteção de Dados. Administração Pública.

1. INTRODUÇÃO

A Lei 13.709 de 2018, em vigor desde 18 de setembro de 2020, mais conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados, ou LGPD, dispõe sobre o tratamento de dados seja por pessoa natural ou jurídica de direito público ou privado, com a finalidade de proteger os direitos fundamentais. Ademais, a referida norma faz abordagem sobre o tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, neste contexto tem-se a relação administração pública com a proteção de dados pessoais no território brasileiro.

O objetivo geral deste artigo é realizar a análise acerca da proteção de dados pessoais na Lei Geral de Proteção de Dados, principalmente quanto aos reflexos dessa legislação na administração pública brasileira, sejam eles positivos ou não.

¹ Especialista em Direito Público pela Universidade do Estado do Amazonas e Residente Jurídica na Defensoria Pública do Estado do Amazonas.

Impende salientar, ainda, que os objetivos específicos serão analisar a Lei 13.709 de 2018 e os possíveis reflexos desta lei na administração pública brasileira, verificar quais os efeitos da proteção de dados na Constituição Federal e avaliar como a referida legislação está sendo aplicada na administração pública.

Inicialmente o presente artigo tratará de analisar disposições gerais sobre a Lei 13.709/2018 quanto aos seus aspectos gerais, estruturais e detalhes pertinentes à proteção de dados pessoais.

No tópico seguinte explorará a forma pela qual a proteção de dados transformou-se em direito fundamental através da Emenda Constitucional nº 115, essa trouxe mudanças significativas no texto constitucional vigente.

Ademais, o tópico posterior abordará sobre a Lei Geral de Proteção de Dados e administração pública, a previsão legal dessa temática, bem como a incidência do Decreto de nº 10.046 de 2019 na administração pública.

Por fim, ocorrerá a exposição dos reflexos da LGPD na administração pública brasileira a fim de se avaliar como se dá a aplicabilidade da referida legislação na administração pública brasileira.

2. DISPOSIÇÕES GERAIS SOBRE A LEI Nº 13.709/2018

Promulgada em 14 de agosto de 2019 e em vigor desde 18 de setembro de 2020 a Lei nº 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados, ou LGPD, traz em seu bojo mudanças significativas no cenário jurídico-social. Afinal, a realidade da importância da proteção de dados e o exponencial acesso aos meios tecnológicos instigam uma análise da supramencionada norma por meio deste artigo.

A priori a recente legislação possui uma estruturação sucinta de 10 capítulos e 65 artigos, as temáticas envolvem principalmente o tratamento de dados pessoais, requisitos, direitos e segurança. No decorrer deste estudo, a abordagem terá enfoque no que diz respeito à proteção de dados e os possíveis reflexos da norma em pauta com a administração pública brasileira.

Diante disso, a disposição da Lei 13.709/18 diz respeito ao tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, conforme artigo 1º da referida norma. Nessa feita, é imprescindível destacar o que a legislação esclarece sobre tratamento e dado pessoal, tais previsões encontram-se no artigo 5º incisos I e X da LGPD, *in verbis*:

Art.5º Para os fins desta Lei, considera-se:

I – dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;
[...]

X – tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

Dos incisos mencionados acima, observa-se que o tratamento de dado pessoal pode ser compreendido como uma operação com informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável. Ressalta-se que antes da chegada da internet e dos meios tecnológicos havia compartilhamentos de dados de forma limitada, onde somente os responsáveis pela coleta de dados tinham acesso. Todavia, atualmente há disponibilização de informações relevantes em cadastros, redes virtuais e outros fins que carecem ser usados de maneira adequada.

Expõe Alan Moreira Lopes (2021, p.215) que “na prática o que muda com a LGPD no Brasil é a forma como empresas, instituições e órgãos públicos lidam com dados pessoais de clientes/usuários, afinal, a privacidade de consumidores e cidadãos é alvo de proteção da nova lei”.

Partindo dessa premissa, é válido destacar que a proteção de dados pessoais tem como fundamentos o respeito à privacidade; a autodeterminação informativa; a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais, conforme previsto no artigo 2º e incisos da LGPD.

A nova legislação visa proteção dos direitos fundamentais, os meios tecnológicos atrelados ao uso da internet ampliaram o cenário mundial, não é à toa que ter acesso à informação é o meio infinito de possibilidades, no que diz respeito aos dados pessoais. Ademais, como exemplos práticos do uso de dados citam-se: coleta de dados usados no censo do IBGE, fornecimento de dados para celebração de contratos privados/ações judiciais, informar o CPF em estabelecimentos privados a fim de se obter descontos e acesso às promoções, dentre outros.

Com isso, é notável a importância da normativa perante o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que estabelecida bases estruturantes sobre a proteção de dados desenvolve-se com mais segurança o conteúdo proposto e facilita na propagação dos fundamentos perante a sociedade. Importante consignar a aplicabilidade dessa lei, com fulcro no artigo 3º e os requisitos dos incisos seguintes da LGPD que evidencia ser cabível a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados.

Diante da análise feita e observadas a estrutura, conceitos basilares, fundamentos e aplicabilidade da norma, evidencia-se, portanto, a importância da LGPD inserida no âmbito jurídico-social. Reforçados algumas disposições gerais acerca da Lei 13.709 de 2018, é importante compreender como a proteção de dados tornou-se um direito fundamental explícito na Constituição Federal vigente, como será abordado a seguir.

3. A PROTEÇÃO DE DADOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A temática sobre proteção de dados foi além dos ditames da Lei 13.709/2018, pois através da Proposta de Emenda à Constituição de nº 17/2019, de autoria do Senado Federal, apresentada em 03 de julho de 2019, ocorreram alterações significativas no texto constitucional vigente, podendo até ser chamadas de efeitos da LGPD, como será detalhado mais adiante.

A ementa da Proposta supracitada previa alterar a Carta Magna para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Após os trâmites legais e a apreciação do Plenário, a referida Proposta repercutiu na Emenda Constitucional de nº 115 de 10 de fevereiro de 2022.

Como já exposto no tópico anterior, a proteção de dados possui fundamentos em seu artigo 2º da LGPD semelhantes aos que compõem a Lei Maior, principalmente quanto ao artigo 5º, que prevê direitos e deveres individuais e coletivos, porém, destaca-se o inciso X do referido artigo que trata sobre o direito à privacidade, *in verbis*:

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: [...]

X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Ao realizar o tratamento de dados o direito à privacidade deve ser resguardado, assim como os demais direitos fundamentais positivados na Carta Magna em consonância com o teor da Lei 13.709/2018. Cumpre ressaltar que a proteção de dados pessoais se torna um direito irrenunciável e inviolável, desde que transformado em direito fundamental, conferindo ao Estado o dever de resguardá-lo.

Portanto, é possível consignar que apesar da existência de normativas legais vigentes no país, o Estado deve zelar pela proteção dos diplomas legais, bem como buscar integrá-los e harmonizá-los a fim de proporcionar eficácia e efetividade ao direito fundamental à proteção de dados. Nessa linha de pensamento, são evidentes os efeitos da LGPD no âmbito nacional, uma vez que sua temática se ampliou até a Carta Maior com a Emenda Constitucional nº 115 a ser explorada seguidamente.

4. A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 115 E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO TEXTO CONSTITUCIONAL VIGENTE

Da promulgação das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal resultaram em quatro artigos basilares da Emenda Constitucional de nº 115, por meio dos quais houve acréscimos do inciso LXXXIX ao artigo 5º, do inciso XXVI ao artigo 21 e do inciso XXX ao artigo 22 da Carta Maior de 1988, *in verbis*:

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:

LXXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

Art. 21. Compete à União:

XXVI - organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXX - proteção e tratamento de dados pessoais.

O conteúdo mencionado constata os efeitos da Lei Geral de Proteção de Dados refletidos na Carta Constitucional, uma vez que ocorreram mudanças significativas no texto da Lei Maior. Tais mudanças vislumbram a relevância da proteção de dados no meio jurídico-social implementadas através da LGPD. Nota-se, ainda, a solicitude em destacar a proteção de dados nos meios digitais e em atribuir a União a competência de diligenciar quando se tratar de dados pessoais reforçando a imprescindibilidade de fiscalização e proteção.

Como dito e exposto, a LGPD transformou aspectos importantes na Carta Magna de 1988 através da Emenda Constitucional de nº 115. A partir disso, torna-se imprescindível o Poder Judiciário atentar quanto à ocorrência de descumprimento da LGPD, a fim de eludir negligência e imprudência na ocorrência de tratamento de dados pessoais.

5. A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Cumpra observar, preliminarmente, que a Lei 13.708/19 dispõe sobre o tratamento de dados e a administração pública de forma explícita no artigo 7º, inciso III, *ipsis litteris*:

Art.7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

III – pela administração pública, para tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta lei;

Restou demonstrado através do artigo mencionado que o aval para o tratamento de dados quando relacionado à administração pública ocorrerá quando tratar-se de execução de políticas públicas devidamente positivadas em normas ou outros instrumentos. Além disso, salienta-se que algumas disposições referentes ao Capítulo IV da LGPD, cujo título informa sobre o Tratamento de Dados pelo Poder Público, será explorado mais à frente.

É importante frisar que a administração pública atua dentro do Poder Público, assim, é possível citar alguns exemplos de quando poderá ocorrer o tratamento de dados pela administração têm-se: expedição de certidão negativa, cadastro das partes em demanda processual, solicitação de documentos em setor/órgão específico, dentre outros.

Sobre o Poder Público destaca a autora Patricia Peck Pinheiro (2021):

Cabe ao Poder Público a garantia de que o uso compartilhado de dados segue os propósitos especiais que concernem à execução das políticas públicas e que, ao mesmo tempo, a ponderação entre a necessidade da publicidade das informações disponíveis ao acesso garante que os direitos dos titulares sejam respeitados. (2021, p.134)

Sendo assim, é nítida a importância do Poder Público exercer suas atividades em consonância com a legislação em pauta, buscando o equilíbrio com a administração pública ao fornecer serviços públicos. Não obstante torna-se impreterível, no decorrer da coleta, compartilhamento e tratamento de dados pessoais, obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência regentes da administração pública, seja ela direta ou indireta, conforme disposto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

A Lei Geral de Proteção de Dados pontuou o Capítulo IV para destacar sobre o tratamento de dados pelo Poder Público, a ser dado pelas pessoas jurídicas de direito público referidas no artigo 1º, parágrafo único, da Lei de Acesso a informação, deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, desde que observados as especificidades dos incisos presentes no artigo 23 da LGPD.

Imprescindível é a transparência para o Poder Público no fortalecimento das relações democráticas com os principais beneficiados das atividades executadas, ou seja, os cidadãos. Além disso, o artigo 23 da LGPD tem critérios de transparência ao referido Poder, com ênfase nos meios eletrônicos.

Merece destaque, ainda, o disposto no artigo 26 da LGPD o uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público deve atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados constantes no artigo 6º da norma mencionada.

Ressalta-se, ainda, a necessidade de adequação pelo Poder Público a LGPD, uma vez que a administração está atuante no Poder Público e o Estado figura como principal atuante no tratamento de dados pessoais. Dessa forma, busca-se dirimir a assimetria de relações entre a administração pública e o particular, bem como potencializar a transparência da relação instaurada no tratamento de dados pessoais.

Logo, demonstrada a intrínseca relação entre a Lei Geral de Proteção de dados e a Administração Pública apresenta-se a seguir pontos relevantes do Decreto de nº 10.046 de 09 de outubro de 2019.

6. DISPOSIÇÕES GERAIS SOBRE O DECRETO Nº 10.046/2019 E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em princípio, denota-se que a Administração Pública possui inúmeras vertentes, entretanto, para este subtópico será avaliado sobre administração pública federal. Assim, o Decreto nº 10.046/2019, promulgado após da Lei 13.709/2018, dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal e institui o Cadastro Base do Cidadão, ou CBC, e o Comitê Central de Governança de Dados, ou CCGD.

O referido Decreto estabelece normas e diretrizes para o compartilhamento de dados entre órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacio-

nal e os demais Poderes da União. Dentre as finalidades presentes no decorrer dos incisos do artigo 1º, têm-se: simplificar a oferta de serviços públicos; orientar e otimizar a formulação, a implementação, a avaliação e o monitoramento de políticas públicas; possibilitar a análise das condições de acesso e manutenção de benefícios sociais e fiscais; promover a melhoria da qualidade e da fidedignidade dos dados custodiados pela administração pública federal; e aumentar a qualidade e a eficiência das operações internas da administração pública federal.

Com o compartilhamento de dados entre os órgãos e entidades, os componentes do artigo 1º do Decreto de nº 10.046/2019 recebem três categorias distintas, nos moldes do artigo 4º e incisos deste, são eles compartilhamento amplo; compartilhamento restrito e compartilhamento específico. O de nível amplo diz respeito a dados públicos sem restrição de acesso; o de nível restrito ocorrerá quando se tratar de dados protegidos por sigilo nos termos da legislação para execução de políticas públicas e os de nível específico cumpre-se nos termos da legislação, cujo compartilhamento e regras sejam definidos pelo gestor de dados.

Consubstanciado no teor do Decreto de nº 10.046/2019, esse institui o Cadastro Base do Cidadão, CBC, e o Comitê Central de Governança de Dados, CCGD. Diante disso, o CBC tem respaldo no artigo 16 do mencionado Decreto e foi instituído com a finalidade de aprimorar a gestão de políticas públicas; aumentar a confiabilidade dos cadastros de cidadãos existentes na administração pública, por meio de mecanismos de manutenção da integridade das bases de dados para torná-las qualificadas e consistentes; viabilizar a criação de meio unificado de identificação do cidadão para a prestação de serviços públicos; disponibilizar uma interface unificada de atualização cadastral, suportada por soluções tecnológicas interoperáveis das entidades e órgãos públicos participantes do cadastro; facilitar o compartilhamento de dados cadastrais do cidadão entre os órgãos da administração pública; e realizar o cruzamento de informações das bases de dados cadastrais oficiais a partir do número de inscrição do cidadão no CPF.

Já no caso do CCGD, presente no artigo 21 do Decreto em pauta, de forma sucinta, compete deliberar sobre orientações e as diretrizes para categorização dos níveis de compartilhamento já explanados; regras e parâmetros para o compartilhamento restrito; a forma de avaliação da integridade, da qualidade e da consistência de base de dados; as controvérsias sobre a validade das informações cadastrais e as regras de prevalência; orientações e diretrizes para integração dos órgãos e entidades do artigo 1º; a inclusão, na base integradora do CBC de novos dados; as propostas relativas à estratégia para viabilizar, econômica e financeiramente o CBC no âmbito do setor público, dentre outros.

Ainda no sítio da internet do Governo Digital é disponível sobre o CCGD sua composição, reuniões do CCGD acompanhadas de ata de reunião, Resoluções inerentes ao Comitê. Das resoluções presentes se sobrepõe a 4ª, datada de 14 de abril de 2020, que disponibiliza o Guia de Boas Práticas para Implementação da Lei Geral de Proteção de Dados na Administração Pública Federal.

Em síntese, esse Guia busca informar sobre as principais disposições da LGPD, apresenta como realizar o tratamento de dados pessoais e elaborar o Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais, descreve o ciclo de vida de tratamento de dados pessoais e apresenta padrões de segurança da informação. Isso é apenas uma das formas que a Administração Pública vem adotando para informar seus servidores, bem como ao público geral, de que está realizando atividades no sentido de alinhar os trabalhos para com a legislação de proteção de dados.

Portanto, demonstraram-se disposições gerais pertencentes ao Decreto de nº 10.046/2019, de uma forma geral tem-se uma avaliação positiva da aplicabilidade da LGPD para com a administração pública. Nesse diapasão, foi descrito sobre o Cadastro Base do Cidadão, bem como sobre o Comitê Central de Governança de Dados que, dentre outras disposições, e através da Resolução nº 4 disponibilizou o Guia de Boas Práticas para Implementação da Lei Geral de Proteção de Dados na Administração Pública Federal, um dos meios para adequação da administração com a LGPD.

7. OS REFLEXOS DA LGPD NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Dos conteúdos apresentados nos tópicos anteriores é possível observar um panorama geral sobre a influência da Lei Geral de Proteção de Dados na Constituição Federal, na Emenda Constitucional nº 115/2022, na Administração Pública e no Decreto de nº 10.046/2019. Ademais é cabível levantar alguns impactos/desafios e outras questões pelos quais a LGPD e a administração passam na visão de alguns autores e articulistas, como será demonstrado a seguir.

“Um dos grandes impactos da LGPD está relacionado à necessidade de se garantir os direitos dos titulares, alguns deles novos para o ordenamento jurídico e para as empresas públicas e privadas, tais como o direito à portabilidade dos dados pessoais.” (PINHEIRO, 2021, p.52). A partir disso, pode-se notar a preocupação com a adequação dos novos direitos elencados na Lei 13.709/18, sendo o direito à proteção de dados recentemente positivado na Constituição Federal, como já abordado em tópico anterior, um deles.

A relação da administração para com as adequações a LGPD é imprescindível para o bom fluxo dos procedimentos adotados nas atividades exercidas pela própria administração e deverá possuir um equilíbrio entre a letra de lei e a vivência prática, dessa forma será possível beneficiar os administrados através dos serviços públicos fornecidos.

Na tentativa de identificar o desafio a ser enfrentado pela Administração com relação ao compartilhamento dos dados pessoais MAGACHO e TRENTO (2021) destacam:

O grande desafio da Administração Pública será em relação ao compartilhamento dos dados pessoais sem comprometer a proteção e segurança das informações, desde a coleta até a sua destruição, visto que a interoperabilidade é permitida, observados os pressupostos do atendimento de políticas públicas ou da prestação de serviços públicos. (2021, p.16).

Como exposto pelas articulistas a Administração Pública também possui percalço a ser superando quando se tratar do compartilhamento de dados. Como já dito anteriormente, o tratamento de dados pessoais deverá estar em consonância com a Lei 13.709/18, uma vez que a Administração Pública é a principal protagonista na coleta de dados relacionada às atividades de sua competência, principalmente no atendimento de políticas públicas ou da prestação de serviços públicos.

Dessa forma, é com base no conteúdo demonstrado da LGPD, na previsão de inclusão do setor público em sua estrutura, principalmente quanto à administração pública, que a necessidade recorrente de adequação e utilização de dados pessoais na Administração Pú-

blica. Com o advento da chamada “sociedade da informação”, já totalmente inserida na conectividade da internet e no uso de meios tecnológicos, deve-se prezar pela transparência dos dados pessoais utilizados pela Administração Pública.

A implementação da LGPD dependerá de ações conjuntas dos setores que compõe a Administração Pública, com o escopo de buscar eficácia e eficiência no desenvolvimento de suas atividades, o que inclui também agentes públicos e o regime jurídico da proteção de dados.

Portanto, é possível concluir que os reflexos da LGPD na Administração Pública Brasileira existem e são a somatória da Lei 13.709/18, bem como a Emenda Constitucional de nº 155 de 2022 e o Decreto de nº 10.046/2019, como demonstrados do início ao fim deste artigo. A base está formada e o progresso da proteção de dados dependerá do alinhamento da norma em tela com a administração em benefícios dos cidadãos.

8. CONCLUSÃO

Diante do exposto, restou demonstrado que a Lei Geral de Proteção de Dados, ou LGPD, dispõe sobre a proteção de dados pessoais, a referida norma possui o escopo de proteger direitos constitucionais fundamentais, sua relevância está em tratar dados pessoais e o Poder Público, neste ato com enfoque na Administração Pública, muito tem a contribuir para a eficácia da teoria e da prática.

Foram analisadas as principais disposições da Lei 13.708/2019 dentro da realidade da chamada “sociedade da informação” que contém exponencial acesso aos meios tecnológicos e a disposição de dados pessoais. Ademais, através dessa análise foi possível vislumbrar sua base estruturante, fundamentos, aplicabilidade, e demais disposições relevantes através do conteúdo presente na norma e na visão de alguns autores e articulistas.

Também se observou que os efeitos da proteção de dados ocorreram através da Proposta de Emenda à Constituição de nº 17/2019, que depois se transformou na Emenda Constitucional de nº 115/2022, cuja contribuição tornou a proteção de dados um direito fundamental e, além disso, modificou artigos importantes no texto constitucional vigente.

Sendo assim, a avaliação de como a LGPD está sendo aplicada na Administração Pública ocorreu através da somatória do disposto na Lei 13.709/18 com a realidade do Poder Público, destacou-se também algumas disposições do Capítulo IV sobre o Tratamento de Dados pelo Poder Público.

O Decreto de nº 10.046/2019 corrobora nesse sentido, dele foi explanado sobre disposições gerais e também sobre a Administração Pública, dessa vez limitada ao âmbito federal. Esse Decreto instituiu o Cadastro Base do Cidadão, CBC, e o Comitê Central de Governança de Dados, CCGD, suas especificidades foram abordadas e alinham-se as previsões da Lei Geral de Proteção de Dados.

Por fim, discorreu-se sobre os reflexos da LGPD na administração pública brasileira através de impactos/desafios e outras questões pelas quais a norma em tela e a administração passam. Muito embora ainda haja percalços a serem superados na via prática, obteve-se uma avaliação coerente do conteúdo abordado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 01/05/2022.

BRASIL. **Decreto nº 10.046** de 09 de outubro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10046.htm>. Acesso em 01/05/2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 115** de 10 de fevereiro de 2022. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm>.

Acesso em 02/05/2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709** de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em 02/05/2022.

CAMARA. **Proposta de Emenda à Constituição nº 17** de 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210757>>. Acesso em 01/05/2022.

GOVERNO DIGITAL. **Cadastro Base do Cidadão**. Disponível em: <<https://www.gov.br/governodigital/pt-br/governanca-de-dados/cadastro-base-do-cidadao-cbc>>. Acesso em 20/06/2022.

GOVERNO DIGITAL. **Comitê Central de Governança de Dados**. Disponível em: <<https://www.gov.br/governodigital/pt-br/governanca-de-dados/comite-central-de-governanca-de-dados#:~:text=O%20Comit%C3%AA%20Central%20de%20Governan%C3%A7a,meio%20de%20publica%C3%A7%C3%A3o%20dessa%20categoriza%C3%A7%C3%A3o%2C>>. Acesso em 24/06/2022.

GOVERNO DIGITAL. **Guia de Boas Práticas para Implementação na Administração Pública Federal**. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/seguranca-e-protecao-de-dados/guias/guia_lgpd.pdf>. Acesso em 24/05/2022.

GOV.BR. **Resolução Nº 4, de 14** de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-4-de-14-de-abril-de-2020-253999748>>. Acesso em 24/06/2022.

LOPES, Alan Moreira. **Direito digital e LGPD na prática – Advocacia digital prática**/ Alan Moreira Lopes – Leme, SP: Rumo Jurídico Editora, 2021.

MAGACHO, Bruna Toledo Piza; TRENTO, Melissa. **LGPD e compliance na Administração Pública**: O Brasil está preparado para um cenário em transformação contínua dando segurança aos dados da população? É possível mensurar os impactos das adequações ne-

cessárias no setor o público? Quais mudanças culturais promover para a manutenção da boa governança? *Revista Brasileira de Pesquisa Jurídica*, Avaré, v.2, n.2, p. 07-26, maio/ago. 2021. doi: 10.51284/rbpj.02.trento. Disponível em:<<https://ojs.eduvaleavare.com.br/index.php/rbpj/article/view/30/40>>. Acesso em: 02/05/2022.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Proteção de Dados Pessoais**: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD) / Patrícia Peck. – 3. Ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

Agentes de contratação e pregoeiro: erro legislativo ou *update* conceitual?

■
Glauco Terra Coêlho¹

RESUMO

Com o advento da nova lei de licitações, Lei 14.133/21, uma nova figura surge nos textos legais, o chamado agente de contratação, descrito no art. 8º da referida lei. O estudo aprofundado deste personagem será essencial nas futuras contratações administrativas, através dele ter-se-á a nova formação dos personagens de uma licitação, em especial no estudo específico do pregão, uma vez que no próprio corpo do artigo 8º, § 5º, informa-se que na modalidade pregão, o agente responsável pela condução do certame será designado de pregoeiro. O presente artigo utiliza-se do método dedutivo e discorre através de uma análise jurídica, fundamentando-se na legislação pátria, doutrina, jurisprudência do TCU e artigos acadêmicos. Na análise, percebe-se que, por muitos momentos, parece confundir-se o agente de contratação com o pregoeiro, principalmente quando observa-se o histórico, contudo através de análise comparativa, não se poderia afirmar que o agente de contratação seria sinônimo de pregoeiro, pois esse agente na realidade é um novo personagem, acrescido pela nova lei de licitações e o pregoeiro é um antigo personagem atualizado através da NLLC (Nova Lei de Licitações e Contratos- Lei 14.133/21).

Palavras-chave: Agentes de contratação, nova lei de licitações, lei 14.133, pregão, pregoeiro.

1. INTRODUÇÃO

No dia 1º de abril de 2021 foi publicada a Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC), uma lei inovadora, porém em muitos momentos com repetições de normas pretéritas. Dentre as inovações da nova Lei pode-se elencar mudanças nas modalidades de licitações, deixando de ser previstas as modalidades de tomada de preços e convite e passando a ser elencadas as seguintes modalidades: pregão, concorrência, concurso, leilão e o diálogo competitivo, descritos no art. 28. Além dessa inovação que inclui o pregão em uma lei geral e acrescenta uma nova modalidade, o diálogo competitivo, ainda tem a substituição da comissão de licitação pelo agente de contratação e pela comissão de contratação (GUIMARÃES et al., 2021).

¹ Mestrando em Direito Ambiental pela UEA. Pós-graduado em Direito Administrativo e pós-graduado em Licitações, Contratos e Orçamento Público pela USP. Graduado em direito. Professor da ENAP em penalidades nas contratações públicas e em direito administrativo. Ex-professor da ESAF. Servidor da Receita Federal do Brasil no setor de licitações e contratos.

A modalidade de licitação pregão, art. 28, I é utilizada para contratação de compras e serviços comuns, incluindo os serviços de engenharia (JUSTEN FILHO, 2021), e necessita, para conduzir o certame, do pregoeiro, anteriormente descrito na Lei 10.520/02, art. 3º, IV, e atualmente na NLLC, art. 8º, § 5º (BRASIL, 2021).

Vale ressaltar que atualmente o decreto 10.024/19, que regulamenta o pregão, na forma eletrônica, também cita a necessidade do pregoeiro para conduzir a sessão pública, conforme art.17 (BRASIL, 2021). Ou seja, a figura do pregoeiro é essencial para a modalidade pregão, tanto na forma presencial, como na forma eletrônica, no momento em que ele sempre aparece, reunindo em si, quase que totalmente, as atribuições conferidas pela Lei 8.666/93 à comissão de licitação. Inclusive, há comentários de que o pregoeiro exerce responsabilidade e autoridade em demasia (NIEBUHR, 2020).

Mesmo com a figura do pregoeiro sendo bastante solidificada, entre os doutrinadores e entre as legislações em voga, a Nova Lei elenca mais uma pessoa, o agente de contratação, que atua na contratação de objetos comuns e nas alienações.

A questão que a origem desta nova figura perfaz é se, diante de todo o cenário abordado, a figura do pregoeiro confunde-se com a figura do agente de contratação, na modalidade pregão, ou se são pessoas distintas? A análise desta questão se faz de forma essencial para compreender toda a sistemática da lei, desde a escolha dos servidores para serem pregoeiros ou agentes de contratação, sendo efetivos ou não, até toda a divisão de funções existentes entre esses conceitos.

2. DO PREGOEIRO

A antiga lei do pregão, lei 10.520/02, em seu art. 3º, IV, se referia ao pregoeiro da seguinte forma, *in verbis*:

IV- a autoridade competente designará, **dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro** e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor (BRASIL, 2019).²

O decreto do pregão eletrônico, Dec. 10.024/19, também se refere ao pregoeiro, dentre outros artigos, no art. 16, *ipsis litteris*:

Art. 16. Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem possuir a competência, designar agentes públicos para o desempenho das funções deste Decreto, observados os seguintes requisitos:

I - o pregoeiro e os membros da equipe de apoio **serão servidores do órgão ou da entidade promotora da licitação.**

(...)

2 Grifo meu.

§ 3º Os órgãos e as entidades de que trata o § 1º do art. 1º estabelecerão planos de capacitação que contenham iniciativas de treinamento **para a formação e a atualização técnica de pregoeiros**, membros da equipe de apoio e demais agentes encarregados da instrução do processo licitatório, a serem implementadas com base em gestão por competências. (BRASIL, 2019) ³

Observando a lei 8.666/93 depreende-se do texto, em seu art. 84:

Art. 84. Considera-se **servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público.**

§ 1º Equipara-se a servidor público, para os fins desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, assim consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público. (BRASIL, 1993)⁴

Através desta análise é perceptível observar que a antiga lei de licitações e contratos entendia servidor público de uma forma ampla, inclusive incluindo cargos comissionados neste entendimento, tanto é que a própria decisão do plenário do TCU no ano de 2014 assim também entendeu, *in verbis*:

Deve ser designada como pregoeiro pessoa pertencente ao quadro do órgão ou da entidade promotora do certame, **a menos que não se disponha de servidor qualificado para atuar na função, situação que justifica a excepcional designação de terceiro estranho à Administração.** TCU – Acórdão 2166/2014 – Plenário (SILVA, 2017).⁵

Ou seja, o próprio TCU (Tribunal de Contas da União) entende de forma ampla o servidor público, porém faz a restrição que apenas será possível estranho à Administração ser pregoeiro se não dispuser de servidor qualificado (SILVA, 2017).

Desta feita, o vínculo para a antiga Lei poderia ser tanto estatutário, quanto regido pela CLT, como também englobando cargos efetivos, cargos em comissão, contratados por tempo determinado ou empregados, a única exceção ficaria para os terceirizados que não poderiam ser pregoeiros (NIEBUHR, 2020).

No entanto, na Nova Lei de Licitações e Contratos o pregoeiro é apenas citado uma única vez, no § 5º do art. 8º, *in verbis*:

§ 5º Em licitação na modalidade pregão, o agente responsável pela condução do certame será designado pregoeiro (BRASIL, 2021).

3 Grifos meus.

4 Grifo meu.

5 Grifo meu.

Percebe-se que ocorreu uma mudança de texto no decurso da publicação da nova lei, ficando, sem uma definição precisa quanto ao pregoeiro que será escolhido, principalmente que este não aparece no rol das definições do art.6º da Lei 14.133/21.

3. DO AGENTE DE CONTRATAÇÃO

O Agente de Contratação aparece pela primeira vez na NLLC, é uma figura nova e ainda inexplorada, gerando algumas dúvidas. Descrito no *caput* do art. 8º como órgão unipessoal, tem uma concentração de poderes, a sua atuação ocorre em situações com complexidade de simples para mediana, o que gera um procedimento mais célere e simplificado (JUSTEN FILHO, 2021), porém, vale salientar que o termo Agente de Contratação não existiu pacificamente desde seu nascimento.

3.1 Histórico

Durante o período de análise legislativa da Nova Lei de Licitações e Contratos, o Senado Federal, através do Senador Fernando Bezerra Coelho, incluiu o termo “agente de licitação” no art. 7º do texto do substitutivo ao PLS 552/13, com o intuito de unificar o conceito em todas as modalidades de licitação do agente responsável por realizá-la (BRASIL, 2021). O problema ocorreu que ainda durante a tramitação e análise da NLLC, notou-se a necessidade de permanência do termo pregoeiro, pois já era um termo consolidado em todas as esferas federativas, assim como por toda a sociedade civil. Não se pode olvidar que todo o sucesso do pregão também se deve aos seus executores, os pregoeiros, caso ocorresse a modificação do termo, toda a consolidação efetuada durante anos, poderia ser perdida para iniciar de uma nova forma. Desta feita, o deputado Reinhold Stephanes Júnior (PSD-PR) apresentou a Emenda de Plenário 54/2019, justamente com o propósito de incluir, no artigo 8º do substitutivo adotado pela Comissão Especial do PL 1.292/1995, o parágrafo 7º com a seguinte redação: “em licitações na modalidade pregão, o agente responsável pela condução do certame será designado como ‘Pregoeiro’” (DE AMORIM, 2021). Além disso o nome de agente de licitação também fica sendo adotado no corpo da legislação em comento, até aprovação pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados em 05/12/2018 em sede do PL nº 1.292/1995, quando é substituído pelo nome “agentes de contratação” (DE AMORIM, 2021).

É relevante informar que mesmo sendo adotado em todo corpo legal o termo «agente de contratação», no art. 169, I da NLLC, consta em seu bojo o termo «agente de licitação» (DE AMORIM, 2021), talvez um esquecimento do legislador, no momento em que foram alteradas as outras nomenclaturas, conforme demonstrado preteritamente.

4. ANÁLISE LEGISLATIVA DO AGENTE DE CONTRATAÇÃO E DO PREGOEIRO

Conforme o art. 8º da NLLC, (2021) tem-se, *in verbis*:

Art. 8º A licitação **será conduzida por agente de contratação**, pessoa designada pela autoridade competente, **entre servidores efetivos ou empregados públicos**

dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação.

§ 1º O agente de contratação será auxiliado por equipe de apoio e responderá individualmente pelos atos que praticar, salvo quando induzido a erro pela atuação da equipe.

§ 2º Em licitação que envolva bens ou serviços especiais, desde que observados os requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, o agente de contratação poderá ser substituído por comissão de contratação formada por, no mínimo, 3 (três) membros, que responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, ressalvado o membro que expressar posição individual divergente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que houver sido tomada a decisão.

§ 3º As regras relativas à atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e à atuação de fiscais e gestores de contratos de que trata esta Lei serão estabelecidas em regulamento, e deverá ser prevista a possibilidade de eles contarem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno para o desempenho das funções essenciais à execução do disposto nesta Lei.

§ 4º Em licitação que envolva bens ou serviços especiais cujo objeto não seja rotineiramente contratado pela Administração, poderá ser contratado, por prazo determinado, serviço de empresa ou de profissional especializado para assessorar os agentes públicos responsáveis pela condução da licitação.

§ 5º Em licitação na modalidade pregão, o agente responsável pela condução do certame será designado pregoeiro.⁶

Tendo em vista o art. 8º supramencionado, percebe-se que o agente de contratação será obrigatoriamente servidor efetivo, porém a dúvida ocorre quando a análise discorre quanto ao pregoeiro, pois o §5º supramencionado, além de ser o único local onde é citado a figura do pregoeiro, ainda não esclarece se ele também será efetivo ou não, pois nas legislações pátrias pretéritas, conforme já demonstrado neste artigo, não fazia tal exigência. Entretanto, como a nova legislação revoga a anterior, entende-se que o estudo necessita debruçar-se na nova legislação, sendo este o caso, poder-se-á constatar que para o pregoeiro ser-lhe-á aplicável todo o regramento do agente de contratação (GUIMARÃES et al, 2021).

Assim temos:

Tabela 1: Modalidades Licitatórias e Seus Agentes.

PREGÃO	PREGOEIRO
CONCORRÊNCIA	AGENTES DE CONTRATAÇÃO OU COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO
BENS OU SERVIÇOS ESPECIAIS	FACULTATIVO: COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO

Fonte: COELHO, Glauco Terra.

6 Grifo meu

5. CONSULTA PÚBLICA SEGES Nº 02/2022 E A VISÃO DA UNIÃO

A Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital, no aviso de consulta pública, realizou a consulta acerca da minuta de decreto de regulamentação do art. 8º, § 3º da NLLC, estabelecendo as regras, dentre outras, dos agentes de contratação, porém nada citando quanto aos pregoeiros, nem muito menos a legislação do art. 8º, § 5º, que os cita (BRASIL, 2022).⁷

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se contudo que o estudo realizado sobre o pregoeiro na Nova Lei de Licitações e Contratos, Lei 14.133/21, é de extrema relevância, pois, compreender esta figura é elucidar questões atinentes à modalidade de licitação mais utilizada pelo governo federal para efetivação de suas compras desde 2005 (BRASIL, 2021) quando já representava 50% das compras federais, assim como em 2018, quando representou, observando todos os entes federativos, 94,9% das licitações realizadas (DE AMORIM, 2021), já era efetuada por meio da modalidade pregão, com destaque ao pregão eletrônico, o que demonstra a força e a envergadura econômica em que este processo/procedimento está inserido.

Debruçar-se sobre a Nova Lei, neste íterim, é desvendar qual servidor pode realizar a licitação e quais os requisitos para poder fazê-la, evitando uma nulidade processual. Acresce-se ainda um ponto de grande monta, a efetividade do servidor que atua na licitação, pois, independente de qual dos dois personagens esteja sendo analisado, se o pregoeiro ou o agente de contratações, todos eles têm que ser efetivos, conforme explicitado no *caput* do art. 8º da Nova Lei.

Evitando ocasionar conclusões precipitadas, convém ressaltar que, mesmo com as mesmas atribuições exercidas, a título geral, tanto do agente de contratação, como do pregoeiro, não se pode afirmar que sejam expressões sinônimas, muito menos pode-se estabelecer que a diferenciação entre o agente de contratação e o pregoeiro seja apenas uma questão de nomenclatura, conforme uma parte da doutrina estabelece. O pregoeiro e o agente de contratações são figuras diferentes, (GUIMARÃES et al., 2021) por mais que o histórico e a formação da licitação permitam interpretar de forma divergente. As peculiaridades da função do pregoeiro, como, por exemplo, a execução de curso de formação e capacitação específica para pregoeiros, realizados de forma obrigatória, constantes em atos infralegais, demonstra estar diante de duas figuras diferenciadas e na NLLC, a regulamentação a ser redigida, também não deverá desvirtuar dessas exigências. A própria consulta pública desenvolvida pela Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital, demonstra que a regulamentação é específica para o art. 8º §3º, da Lei 14.133/21, onde é citado apenas sobre o agente de contratação e nada dispondo sobre o art. 8º, § 5º, da mesma Lei, que se refere ao pregoeiro, demonstrando com esta ocorrência, a ideia de duas figuras distintas, a serem regulamentadas em tempos distintos.

⁷ Tomando por base esta consulta, pode-se perceber que a União apenas tenta regulamentar o agente de contratação, dentre outros atores da licitação e contrato administrativo, porém não se preocupa com a figura do pregoeiro, nem muito menos de citar de forma genérica o ordenamento no art.8º, § 5º, como mesmas regras.

A partir deste momento, tendo ciência de que as funções do agente de contratação e pregoeiro são distintas, pode-se ter a certeza que a designação do servidor para exercício da atividade de pregoeiro tem que ser realizada por ato próprio e separadamente da designação para a atividade de agente de contratação (designação genérica), ou seja, há a possibilidade da ocorrência no mesmo ato administrativo, no entanto com as designações estipuladas separadamente.

Observando-se todo o exposto supramencionado, pode-se também concluir que, a partir da Nova Lei, as prefeituras em diversas cidades do Brasil terão que realizar inúmeras alterações no seu quadro de servidores da área de licitações, pois haverá a necessidade de, para adequar-se à legislação recente, os servidores não efetivos terem que ser retirados dos quadros de licitações, designando, a partir de então, os servidores efetivos, uma grande mudança em diversas prefeituras do Brasil, que deve ser entendida como relevante e fortalecedora para a atividade licitatória.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei 14.133** de 1º de abril de 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acessado em 15/11/2021.

BRASIL. **Notícias Comprasnet**. Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/noticias/noticias1.asp?id_noticia=189>. Acessado em: 15/11/2021.

BRASIL. **Decreto 10.024** de 20 de Setembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10024.htm. Acessado em 15/11/2021;

BRASIL. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=10/05/2022&jornal=608&pagina=1&totalArquivos=2>. Acessado em: 22/06/2022.

BRASIL. **Lei 10.520** de 17 de julho de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acessado em: 15/11/2021.

BRASIL. **Decreto 10.024** de 20 de setembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10024.htm Acessado em: 15/11/2021.

BRASIL. **Lei 8.666** de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acessado em: 15/11/2021.

BRASIL. **PLS559/13**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3801613&ts=1630413089477&disposition=inline>, acessado em: 15/11/2021.

DE AMORIM, Victor Aguiar Jardim. **A figura do “agente de licitação” (e a ausência do pregoeiro) no PL 1.292/1995.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-12/victor-amorim-figura-agente-licitacao-pl12921995>. Acessado em: 15/11/2021.

DE AMORIM, Victor Aguiar Jardim. **Enfim, quem é o “agente de contratação”?** Disponível em: https://sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=17556&n=undefined. Acessado em: 15/11/2021.

GUIMARÃES, Edgar. *et al.* **Licitações e Contratos Administrativos: Inovações da Lei 14.133/21.** 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pags: 1 e 2.

GUIMARÃES, Edgar. *et al.* **Licitações e Contratos Administrativos: Inovações da Lei 14.133/21.** 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pág: 105.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas.** 1ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pág: 29.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas.** 1ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pág:216.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico.** 8ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, pág. 121.

SILVA, Ieda Lúcia. **Quem pode ser Designado e Quem Pode Atuar Como um Pregoeiro?** Disponível em: <https://ofirlicitacoes.com.br/quem-pode-ser-designado-e-quem-pode-atuar-como-pregoeiro/> Acessado em: 15/01/2021.

Inteligência artificial e sua aplicação no campo do direito

Adriana Azevedo de Carvalho Derzi¹

RESUMO

Assim como a internet era em sua época, robôs e sistemas de inteligência artificial (IA) são a próxima tecnologia transformadora de nosso tempo. Estes estão se tornando parte da vida cotidiana e estão levando a mudanças substanciais na sociedade: em breve, esperamos ver robôs realizando todo tipo de tarefas, desde dirigir caminhões até melhorar o trabalho de muitos profissionais, ou mesmo substituir os humanos no campo de batalha. Eles também estão substituindo eletrodomésticos analógicos para criar casas inteligentes e interconectadas. Por isso, o Direito tem que lidar com essa tecnologia disruptiva para garantir o respeito aos direitos fundamentais da Carta dos Direitos Fundamentais da Organização das Nações Unidas – ONU e das constituições dos Estados. Além disso, ao regular com antecedência e de forma inteligente, os formuladores de políticas têm a oportunidade de influenciar como essas tecnologias serão projetadas e funcionarão assim que chegarem ao mercado. Uma regulamentação efetiva também criará confiança na segurança de dispositivos e aplicativos, além de garantir o respeito à proteção de dados, essencial para que consumidores, empresas e administrações públicas incorporem essas inovações com garantias legais e éticas.

Palavras-chave: Direito. Informática. Inteligência Artificial.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo trata do tema “Inteligência Artificial e sua Aplicação no Campo do Direito”, cujo estudo se justifica pela necessidade de se verificar qual a importância do uso da inteligência artificial no exercício da função judicial, já que o exercício da função judicial está vinculado aos processos de pensamento realizados por aqueles que administram a justiça para resolver os conflitos submetidos à sua consideração, nos quais convergem a lei, os fatos, as provas, os critérios jurisprudenciais etc. Desta forma o artigo tem por objetivo geral analisar o uso da inteligência artificial e sua aplicação no campo do direito.

¹ A autora Psicóloga, Especialista e Trânsito - Perícia Psicológica; é Gerontologia Social com especialização em Políticas Públicas de Atenção a Família; Diretora Financeira da Abrapsit Amazonas (Associação Brasileira de Psicologia de Tráfego). Também é Advogada com especialização em Direito Previdenciário e Processo Previdenciário (Cursando); Associada da ABMCJ - Associação Brasileira de Mulheres de Carreira Jurídica; Acadêmica da ALCAMA - Academia de Letras e Culturas da Amazônia.

A relevância ao tema está no fato de que quando é levantada a possibilidade de usar ferramentas de computador para representar os processos mentais realizados pelos juízes antes da sentença, a resposta recebida é o preconceito daqueles que sustentam que é impossível substituir a apreciação subjetiva do juiz pela avaliação mecânica de um dispositivo, por mais sofisticado que este seja. No entanto, programadores de computador, juntamente com pesquisadores jurídicos, desenvolveram projetos de *software* que podem representar os processos de pensamento que os juízes realizam ao avaliar as provas e peças apresentadas pelas partes no julgamento levando-os a decidir de uma forma ou de outra.

Os acórdãos, no que diz respeito à secção dos considerados, são um reflexo de como os juízes estruturam os insumos cognitivos que lhes foram fornecidos durante o julgamento para chegar à conclusão que finalmente os leva a proferir uma sentença. Nesse sentido, pesquisadores em inteligência artificial e direito têm assumido a tarefa de elaborar projetos de sistemas computacionais que possam simular os processos de pensamento dos juízes, de modo que possam auxiliar o juiz na hora de decidir sem que isso implique na substituição da figura do aplicador da justiça.

A metodologia utilizada foi da pesquisa bibliográfica em livros e artigos científico que tratam do tema.

2. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, UMA ABORDAGEM DO ASSUNTO

A inteligência artificial é uma realidade e possui um papel muito importante na nossa rotina. Não apenas no campo do Direito, mas em sua essência, busca realizar com máquinas tarefas o que o ser humano pode realizar aplicando qualquer tipo de raciocínio. É uma automação de atividades que vinculamos aos processos de pensamento humano, como tomada de decisão, solução de problemas e aprendizado. Os sistemas computacionais, em inteligência artificial, devem ser capazes de simular características comumente associadas à inteligência do comportamento humano. Um sistema inteligente é aquele que exhibe um comportamento semelhante ao humano quando confrontado com um problema idêntico e somos incapazes de distinguir entre um ser humano e um programa de computador em uma conversa cega. Sistemas especialistas são programas que imitam o comportamento de um ser humano. Eles usam as informações que o usuário fornece para emitir um resultado sobre um determinado assunto. Portanto, o sistema especialista faz perguntas até que consiga identificar um objeto que esteja relacionado às suas respostas. Sistemas jurídicos especializados estão entre as aplicações da inteligência artificial.

Kurzweil (1994) diz que com base nas definições geralmente aceitas, um sistema especialista é considerado um sistema computacional capaz de fornecer respostas que, quando atribuídas a humanos, pressupõem processos inteligentes de natureza heurística (não algorítmica). Os sistemas especialistas tentam emular a tomada de decisão de um especialista humano em domínios de conhecimento bem definidos. O termo “pensamento” denota uma série de fenômenos neurofisiológicos que não podemos encontrar em máquinas, mas pode-se fazer uma máquina simular alguns processos de pensamento.

É importante observar que existem graus de colaboração entre especialistas artificiais e especialistas naturais, portanto, também existem vários tipos de sistemas especialistas que são: sistema que substitui o especialista, sistema que identifica o problema, sistema que ajuda a identificar o problema, e sistema que auxiliem na tomada de decisão.

Kurzweil (1994) destaca que os sistemas especialistas possuem três componentes principais: a) Uma base de conhecimento estruturada com bancos de dados relacionados aos conceitos do próprio domínio; b) Regras de decisão que descrevem os métodos para tomada de decisão em um campo especializado, e c) Máquina de inferência, também chamada de motor de inferência, um sistema que aplica regras de base de conhecimento à tomada de decisão e é capaz de conduzir o raciocínio para resolver um problema específico. O desenvolvimento de um sistema especialista é dividido em cinco fases: a) A definição do domínio ou subdomínio a que se refere; b) Definição dos problemas que serão resolvidos, isso é importante porque é necessário distinguir as cargas cognitivas para o agente humano e para o agente artificial; c) Identificação do grupo de especialistas; d) Aquisição do conhecimento - esta fase apresenta um grande problema na elaboração do sistema pois este tipo de conhecimento não está estruturado, mas sim no inconsciente do especialista, o que implica um desafio para o sistema especialista representar este tipo de conhecimento para o exterior, e) Essa representação é utilizada pela equipe de programação para gerar um protótipo que posteriormente terá que ser validado.

A atração de um sistema especialista é fundamentalmente sua disponibilidade e conveniência. Ao contrário de um ser humano que precisa dormir, comer, descansar, tirar férias etc., o sistema especialista está disponível 24 horas por dia, todos os dias do ano. Além disso, muitos sistemas podem ser criados especialistas, enquanto há um número limitado de especialistas humanos.

Asimov (2008) fala que ao contrário dos humanos, o especialista computadorizado nunca morre levando consigo seu conhecimento. O conhecimento de um sistema especialista pode ser facilmente copiado e armazenado, tornando muito difícil perdê-lo. É possível modelar em muito pouco tempo o conhecimento que levou aproximadamente uma década para ser adquirido pelo especialista humano com as técnicas apropriadas de aquisição e representação do conhecimento.

As novas tecnologias reduzem drasticamente as limitações por motivos de espaço, tempo e saturação de trabalho e permitem ampliar o conhecimento do especialista que o contém. Outra vantagem dos sistemas especialistas sobre os humanos é que o especialista computadorizado está sempre em pleno funcionamento quando um humano se cansa. Aqui estão algumas características de um sistema inteligente: a) um programa de computador que pode ser vinculado a outros elementos de transferência e conversão de informações; b) Ele tem um grande conhecimento sobre um problema que é resultado da experiência e realiza um raciocínio semelhante ao de um ser humano diante de um problema; c) Você pode operar com dados quantitativos e com dados qualitativos; d) Você pode tirar conclusões de dados vagos ou incompletos; e) Pode-se interromper uma linha de raciocínio para lidar com outra e ser capaz de retornar à sua linha anterior, e então f) Pode ter interfaces externas, ou consultar um banco de dados, ou seja, pode se comunicar com outras pessoas e ter a possibilidade de operar em diferentes ambientes.

3. MODELOS DE SISTEMAS ESPECIALISTAS

Dependendo de como os sistemas especialistas processam as informações que constituem sua base de conhecimento, é assim que são chamados no campo da computação e podem ser de dois tipos segundo Silva (2016).

A. Modelo de processamento simbólico (sistema especialista baseado em conhecimento). A capacidade de aprender, adquirir conhecimento e manipulá-lo inferencialmente e dedutivamente é chamada de raciocínio simbólico. A capacidade de manipular símbolos é a principal característica desse tipo de raciocínio. A concepção do computador, do ponto de vista do modelo de processamento simbólico, foi equiparada à mente humana, considerando-a um sistema físico capaz de gerar representações simbólicas internas do mundo e de projetar comportamentos com base em certas regras de processamento ou manipulação dessas representações. Os modelos computacionais que se baseiam no processamento simbólico assumem como base o fato de que: a) O pensamento humano é processamento de informação; b) O processamento da informação é computável pela manipulação de símbolos (suscetível de ser representado por regras formais); e c) O processamento de informações realizado pela mente humana é um processo simbólico porque suas relações representam algo sobre o mundo externo.

B. Modelo conexionista e redes neurais. Os modelos conexionistas surgiram como projetos alternativos aos modelos de processamento simbólico. Esses modelos tentam resolver problemas não algorítmicos a partir da experiência armazenada como conhecimento. O principal objetivo dos modelos conexionistas é entender o funcionamento do cérebro humano e emular seu comportamento. Os fundadores desses modelos pensavam que as operações lógicas poderiam ser realizadas simulando o processamento paralelo realizado por uma rede de “neurônios formais” conectados entre si. Ou seja, os modelos conexionistas tomam o cérebro humano como modelo para a construção de máquinas inteligentes que usam neurônios artificiais e concebem o computador como um meio de modelar o cérebro e imitar a arquitetura e a funcionalidade das conexões neurais.

As redes neurais são conjuntos de unidades massivamente interconectadas capazes de processar e armazenar informações modificando seus estados. Uma rede neural é composta por um conjunto de unidades (neurônios), cada uma com um conjunto de entrada e um conjunto de saída. Cada neurônio associa um determinado peso a cada uma das entradas; Além disso, o neurônio tem alguma contribuição (saída), esta é enviada para outros neurônios com os quais está conectado. Ante as dificuldades, com o objetivo de imitar algumas funções do cérebro humano, as novas arquiteturas para redes neurais têm se inspirado apenas em alguns fatos conhecidos sobre o funcionamento do cérebro, tendo grande relevância aquelas que dizem respeito ao tratamento de grandes quantidades de informações provenientes dos sentidos e da memória.

4. SISTEMAS DE PERITOS JURÍDICOS - SPJ

Para Bellman (1978), os sistemas periciais jurídicos, também chamados de sistemas jurídicos baseados no conhecimento, constituem a principal aplicação da inteligência artificial no campo do direito e são sistemas que auxiliam na tomada de decisões judiciais. É importante esclarecer que os sistemas jurídicos periciais ajudam a resolver problemas muito específicos. Existem diferentes tipos de problemas. Primeiro temos os problemas convergentes do tipo um, que sabemos, desde o início, qual é o critério de solução, como montar um quebra-cabeça. Tipo dois, problemas convergentes, em que a solução do problema não é determinada, mas é determinável, como é o caso das provas lógicas e das provas matemáticas, e há outro tipo de problema, divergente, que são aqueles em que para um único problema,

existem múltiplas soluções e o estado da solução é determinável de forma decisória, um exemplo disso são as controvérsias judiciais.

Os SPJs é um sistema informatizado que pode propor possíveis soluções para determinadas questões jurídicas, aplicando conhecimentos especializados na área, bem como aplicando seu raciocínio. De uma forma geral, tem-se procurado estabelecer estas aplicações como ferramentas de apoio aos operadores jurídicos em contextos como a assessoria ou assistência jurídica ou a função jurisdicional.

A principal característica que os diferencia dos sistemas de recuperação de documentos jurídicos é que, embora constituam grandes repositórios digitais de uma determinada classe de texto (geralmente o conteúdo de discursos legislativos e jurisprudenciais), facilitam a consulta automatizada, os SPJs, por sua vez, procuram emular alguns dos processos cognitivos realizados pelos operadores do direito (advogados, juízes, etc.), que guiados pelas regras de processamento de informações característico da profissão jurídica, manipulam os referidos discursos para solucionar os problemas colocados por sua interpretação e/ou aplicação quando confrontados com casos práticos no exercício de sua profissão. Segundo Russell e Norvig (2009) uma SPJ, como qualquer sistema especialista, é composta por: a) A base de conhecimento. Este contém uma representação simbólica de certos objetos e fatos que constituem o corpo de conhecimento especializado envolvido na execução de uma tarefa. Seu conteúdo determina o campo de atuação, bem como os problemas que podem ser resolvidos pelo sistema, ou seja, seu domínio operacional; b) O motor de inferência. Dispositivo que exhibe padrões ou sequências de raciocínio e busca em toda a base de conhecimento, o que possibilita ao sistema encontrar soluções para os problemas propostos; e c) A *interface* com o usuário.

É a parte do sistema que permite ao usuário entrar em contato com ele e obter a assessoria que procura. Geralmente esse contato é realizado na forma de interrogatório, pelo qual, a máquina obtém informações relevantes do problema específico, pelo usuário. Isso é importante, pois o sistema especialista por si só não fornece alternativas de solução.

O sistema especialista será capaz de aconselhar o usuário sempre que este interagir com o programa, fornecendo-lhe orientações sobre as quais deverá se pronunciar. Em outras palavras, as cargas cognitivas de qualquer sistema especialista sempre serão compartilhadas entre o usuário, que deve ser necessariamente uma pessoa versada na área do direito, e o sistema especialista.

4.1 Tipos de sistemas jurídicos especialistas

O funcionamento de cada um destes modelos pode variar consoante se baseie na literalidade do texto normativo ou se, pelo contrário, se baseie em tarefas típicas do processamento cognitivo de informática jurídica que se pode consultar o texto completo de toda a legislação federal vigente, inclusive a que já foi revogada. Da mesma forma, é possível consultar todas as reformas constitucionais, bem como o documento fonte, ou seja, o Diário Oficial onde essa reforma foi publicada. O Senado da República também tem seu próprio portal onde pode consultar o Diário do Parlamento e o Diário de Debates. Mais uma fonte são os portais dos governos onde se encontra material de grande valia em nível de publicações e legislações estaduais, federais e municipais.

A esse respeito, Susskind (2000) apud Carvalho (2018) comenta que: a saída desses sistemas (SPJ) será de natureza muito diferente daquela produzida por bancos de dados jurídicos como o *Lexis*, que atualmente auxiliam os praticantes da profissão jurídica a realizar buscas em lei substantiva. Os sistemas jurídicos especializados não são projetados para fornecer à comunidade jurídica dados brutos (fontes formais de direito) que são objeto de raciocínio e processos de solução de problemas jurídicos; em vez disso, eles fornecerão conhecimento - o resultado da interpretação dos dados brutos - para os usuários.

4.1.1 Sistemas baseados em regras de produção

As primeiras tentativas de desenvolver SPJ foram realizadas por Sergot e seu grupo de lógicos britânicos. Seu objetivo era transformar a Lei da Nacionalidade Britânica, de 1981, em uma série de declarações condicionais da forma “se [...] então [...]” para que um provador de teoremas pudesse derivar posteriormente as consequências resultantes de sua aplicação. Podemos representar o exposto da seguinte forma: O artigo 1.1 da referida lei estabelece que uma pessoa nascida no Reino Unido será britânica após a entrada em vigor da lei, se no momento do nascimento seu pai ou mãe: a) É um cidadão britânico ou b) Reside no Reino Unido. O sistema desenvolvido por Sergot interpreta o dispositivo legal acima da seguinte forma: 1) X adquire a cidadania britânica na data Y, se X nasceu no Reino Unido e X nasceu na data Y; e Y é posterior à entrada em vigor da lei, e X tem um progenitor que cumpre os requisitos do artigo 1.1 na data Y.

Para a Revista de Direito (2018), o problema que este modelo SPJ representa está relacionado com a manutenção e atualização da base de conhecimento. Mudanças nos órgãos reguladores, devido à introdução de novas legislações, podem resultar na necessidade de reescrever todo o banco de dados. Além disso, há a possibilidade de inexistência no ordenamento jurídico de enunciado normativo referente à presunção de fato.

4.1.2 Modelo positivista explícito subjacente

Os criadores deste tipo de SPJ, assumiram que os operadores do direito ao aplicarem as normas, constroem um silogismo denominado (silogismo jurídico) que implica a subsunção de determinados fatos no pressuposto normativo que os contempla, o que permite deduzir soluções para os casos. O referido silogismo é constituído por uma premissa maior (uma norma jurídica), uma premissa menor (um enunciado que descreve um fato) e a conclusão que vincula as consequências jurídicas levantadas no pressuposto normativo ao fato específico descrito na premissa menor.

A premissa maior consiste em um enunciado explícito contido no discurso do direito positivo (legislação e/ou jurisprudência), o que significa que as normas jurídicas se identificam com os enunciados que compõem as principais fontes do direito, por isso as elegeu como o elemento mais relevante para sua representação.

O estudo das possibilidades de adaptação ou criação de um esquema de representação adequado para a manipulação computacional do conhecimento jurídico é denotado pela expressão representação do conhecimento jurídico.

Esse modelo da SPJ tem recebido críticas quanto ao seu bom funcionamento porque os juízes interpretam os enunciados do discurso jurídico positivo no momento de proferir

sentenças, ou seja, lançam mão de elementos extranormativos para a aplicação da lei. Isso fica evidente nos considerandos de cada sentença, onde os argumentos utilizados pelo juiz para justificar o sentido atribuído aos enunciados normativos comprovam que eles não são aplicados mecanicamente e sem nenhuma controvérsia.

O exposto denota que o juiz, em seu exercício de interpretação, adequa a lei a determinados padrões de valor, sem que isso implique modificação da lei legislada, mas como se fosse uma descrição da lei vigente tal como deveria ter sido pensada pelo juiz, legislador.

Para Felipe (2017) a crítica a esse tipo de SPJ é que não há nada de errado em considerar o raciocínio jurídico como um silogismo. O que se critica é pensar que os pressupostos do pensamento jurídico, as normas jurídicas pertinentes e a descrição dos fatos decisivos, são obtidos por procedimentos mecânicos.

Não é que os juízes não utilizem o raciocínio dedutivo para fundamentar uma decisão, mas sim que a escolha das premissas e das regras de inferência para o seu raciocínio requerem um verdadeiro esforço criativo.

4.1.3 Modelo construtivista

A principal vantagem que apresenta sobre o modelo positivista explícito é que concebe a norma jurídica não como os enunciados explícitos contidos nos corpos normativos comumente identificados com o termo direito objetivo, mas sim como o esquema mental resultante do processamento de tal enunciados por meio de regras de raciocínio jurídico, que se integram a outros saberes de que o operador do direito dispõe, como os advindos do discurso da teoria geral do direito, das teorias sobre as atividades jurídicas (argumentação e interpretação), ou da dogmática jurídica (termos com suas campos semânticos específicos).

Para o modelo construtivista, tanto o discurso do direito positivo quanto o das diferentes disciplinas teóricas que mencionamos constituem uma certa classe de *inputs* cognitivos cujo processamento dá origem à constituição de sistemas de crenças nas mentes dos operadores jurídicos, chamada de “realidades hermenêuticas”, cuja função não consiste em descrever o que algo é intrinsecamente, mas sim, graças à função constitutiva da linguagem, registram programas comuns nas mentes dos juristas que é essencial conhecer para participar em contextos de comunicação jurídica, como controvérsias jurídicas, assessoria jurídica, disputas acadêmicas, etc.

Derivado do exposto, Ford (2015) verifica que para o modelo construtivista o critério para identificar o direito começa com a identificação do discurso do direito positivo, que é concebido como o material sobre o qual ocorre a realização de diversas operações cognitivas por aqueles que operam a lei.

Consequentemente, o termo “sistema jurídico” denota não o conjunto de textos jurídicos, mas aquele integrado por todas as normas que podem ser derivadas de tais textos através da aplicação de regras de raciocínio jurídico e sua combinação com insumos de outro tipo, reconhecidos como tal pela comunidade jurídica.

Segundo Haugeland (1985), no caso do judiciário, podemos pensar nele como uma espécie de mente coletiva paraconsistente. Essa ideia de paraconsistência que vem da lógica — mesmo individual — pressupõe que, diante das mesmas circunstâncias em diferentes contextos, podemos decidir de maneiras diferentes. Se levarmos isso para o campo judiciá-

rio, perceberemos que todos os integrantes do judiciário podem atuar de forma paraconsistente, dando soluções diversas para os mesmos tipos de casos. Se o juiz consegue identificar diferentes tipos de enunciados e aplicar a regra da revogabilidade, é porque previamente pressupostos esquemas cognitivos da teoria geral do direito. A SPJ do modelo construtivista tenta fazer uma determinação de quais são as regras que desempenham um papel importante nesses processos de integração cognitiva. Essas regras são de natureza não lógica, são basicamente processos de associatividade, deslocamento e condensação. Isso se deve às características da individualização cognitiva, ou seja, quando diferentes.

Sabendo que sujeitos — juízes — são apresentados com as mesmas entradas cognitivas, é completamente normal que eles façam construtos diferentes. Isso nos leva a questionar a ideia de que os provedores de justiça devem resolver em algum sentido específico. Se os juízes decidem diferentemente, não é porque eles estão agindo de forma negligente, na verdade eles agem de acordo com princípios cognitivos naturais. Se os juízes decidem de forma diferente, não é porque eles estão agindo de forma negligente, eles estão agindo de acordo com os princípios cognitivos naturais.

4.1.4 Modelo de raciocínio jurídico baseado em casos

Para Silva (2016), Kevin Ashley, ao conceber esse tipo de SPJ, partiu da premissa de que um caso é o conjunto particular de circunstâncias empíricas que apresenta um problema com vistas a uma decisão, solução ou classificação como instância tipo. O raciocínio baseado em casos é a capacidade de resolver problemas raciocinando por analogia com problemas antigos. As explicações para os problemas são oferecidas em termos de experiências passadas.

Esses sistemas computacionais retomam a capacidade de resolver problemas por analogia típica dos humanos. Quando os seres humanos resolvem problemas, eles tendem a procurar semelhanças com outros problemas que enfrentaram, se encontrarem um semelhante, pegam o que funciona de sua resolução anterior e adaptam ao novo problema, portanto, esse tipo de SPJ requer: a) Um esquema de representação dos fatos; b) Um esquema de comparação para avaliar a relevância dos casos em relação a um problema e, c) Um mecanismo para comparar casos e obter inferências legais.

O raciocínio baseado em casos gerencia um banco de dados de casos resolvidos, de forma que, quando um problema é apresentado a ele, ele procura ver se ele é semelhante a algum outro armazenado em sua base de conhecimento. Se houver um problema semelhante, analise o quão semelhante eles são e aplique os operadores de modificação.

4.1.5 Sistema especialista baseado em regras e redes neurais

Asimov (2008), diz que essa SPJ foi idealizada por Andrew Stranieri da Universidade de Melbourne, na Austrália, cujo domínio é o direito de família e seu subdomínio é a divisão de bens, e tem como objetivo dar assessoria jurídica sobre a forma como devem ser distribuídos os bens das partes após a dissolução do vínculo matrimonial, bem como quem dos pais ficará encarregado da guarda do(s) menor(es).

Para efeitos de decisão sobre a divisão dos bens que compõem a união conjugal, o *Australian Family Law* leva em consideração as contribuições que cada uma das partes fez para o casamento fracassado, além dos recursos econômicos que as partes têm para enfrentar o futuro. Em vez de oferecer uma definição de contribuições e uma definição de necessidades, o estatuto apresenta uma lista de fatores a serem considerados ao fazer um julgamento de propriedade. Por exemplo: a idade, estado de saúde e recursos financeiros de cada uma das partes são explicitamente mencionados no estatuto como fatores relevantes para a tomada de uma decisão judicial, no entanto, não é especificada a ordem de importância que tem cada um desses fatores.

Embora o estatuto conste um rol categórico de fatos relevantes sem especificar como esses fatos se relacionam entre si, os idealizadores e programadores do sistema *Split-up* hierarquizaram esses fatores. O desenvolvimento dessa hierarquia exigiu conhecimentos específicos fornecidos por um grupo de especialistas.

Já para Carvalho (2018) foi desenhada uma hierarquia sofisticada, estruturada da seguinte forma: a) Para estabelecer as possibilidades de sobrevivência futura, são consideradas as possibilidades pessoais de cada um dos cônjuges (faixa etária, estado de saúde e possibilidades de emprego); Para determinar as possibilidades de emprego, o sistema exige saber se trabalha atualmente, se tem capacidade para o trabalho, qual é o seu nível de estudos e se há emprego disponível; b) Para o estabelecimento das obrigações com os dependentes econômicos, são tidos em consideração: o número de dependentes econômicos principais; o número de dependentes econômicos secundários; o número de dependentes com problemas graves de saúde e tipo de obrigações; c) Para apurar os recursos financeiros de cada uma das partes, o sistema deve especificar: os recursos salariais das partes (valor do salário e data de pagamento) e os recursos dos próprios negócios (bens que compõem o negócio e o valor dos renda que produz); d) As informações exigidas pelo sistema para determinar a contribuição dos cônjuges para as tarefas domésticas são: porcentagem de tempo que a esposa trabalhou, porcentagem de tempo que o marido trabalhou, cooperação nas tarefas domésticas e cooperação nas tarefas domésticas, criar os filhos de cada um dos divorciados.

Isso demonstra que os fatores que determinam o percentual de partilha são as contribuições do marido em relação às contribuições da esposa e o patrimônio do casamento. Os fatores relevantes para determinar as contribuições das partes para o casamento são a duração do casamento e a contribuição de ambas as partes para as tarefas domésticas. Para coletar dados para o desenvolvimento do programa *Split-up*, os programadores de computador leram e estudaram várias frases. Valores para fatores relevantes foram extraídos de cada caso. Muitos exemplos se mostraram contraditórios. Exemplos contraditórios são aqueles que exibem resultados diferentes quando recebem informações semelhantes ao computador. Em domínios não jurídicos, esse resultado é atribuído a ruídos durante o processo de registro da informação; porém, em domínios discricionários do direito, algumas contradições são esperadas, pois cada um dos juízes atribui um peso de prova diferente aos fatores relevantes em cada caso.

Para Felipe (2017), há muitas maneiras de lidar com esses tipos de contradições. Na elaboração de sistemas computacionais não jurídicos, as contradições resultantes podem ser ignoradas, uma vez que não afetam o funcionamento do sistema. No campo do direito, resultados contraditórios provavelmente se refletirão em um erro judicial. Por isso os idealizadores adotaram a estratégia de retirar do sistema especialista aqueles critérios que, segundo os especialistas, estão errados.

Para tanto, foram estabelecidas estratégias de negociação e compensação (*Trade offs* e Estratégias de Compensação) para o sistema, que funciona da seguinte forma: as partes em conflito devem atribuir um determinado valor numérico aos bens e direitos em disputa; Com base nesse valor, é preciso identificar quais pontos são negociáveis e a ordem em que serão negociados. O sistema seleciona como primeiro problema a ser resolvido aquele em que as partes têm o maior intervalo de separação — uma das partes atribuiu um valor numérico alto e a outra um valor numérico baixo —, e é aqui que a filosofia da adição é aplicado zero (jogo de soma zero), o que cada uma das partes ganha, a outra perde.

Para Ford (2015), os principais beneficiários do sistema de Cisão podem ser: a) Os mediadores, uma vez que lhes é possível carregar o sistema (*inputs*) com os fatos apresentados por cada uma das partes, examinar a previsão resultante e avaliar a hierarquia dos dados relevantes; b) Os advogados podem usar o sistema um grande número de vezes com cada cliente para explorar cenários hipotéticos, por exemplo, para ajudar a determinar a diferença no resultado se for argumentado que um cliente contribuiu igualmente para o trabalho doméstico em vez de argumentar que o cliente realizava a maior parte do trabalho doméstico. Uma consulta ao sistema fornece uma solução em ambos os cenários e ajuda o advogado a determinar com qual dos dois argumentos prosseguir.

5. CONCLUSÕES

O uso da tecnologia da inteligência artificial no exercício da função judicial não deve se limitar apenas à informática jurídica documental e à informática jurídica gerencial. As possibilidades de aplicação da tecnologia cognitiva e da informática metadocumental poderiam auxiliar desde uma simples consulta de uma pessoa comum, a advogados na construção de defesas de seus clientes até os juízes a otimizar o raciocínio para absorver e utilizar todas as informações adquiridas na tomada de decisões. Os engenheiros do conhecimento bem como os pesquisadores jurídicos, vem contribuindo diretamente para a consolidação desses objetivos e para a otimização desses resultados, mostrando que o conhecimento jurídico pode ser modelado, ampliado e incentivado para criar programas de computador que podem simular processos cognitivo baseados em um dos sistemas mais perfeitos e complexos já conhecidos, o cérebro humano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASIMOV, I. I. **Robot**. New York City: Bantam Spectra, 2008.

BELLMAN, R. **Artificial Intelligence: Can Computers Think?** Boston: Thomson Course Technology, 1978.

CARVALHO, A. G. P. **Juristas e Ludistas no Século XXI: A Realidade e a Ficção Científica do Discurso sobre o Futuro da Advocacia na Era da Informação**. p. 185 -199 in FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; COSTA, Henrique Araújo; CARVALHO, Angelo Gamba

Prata de (Coord.). Tecnologia jurídica e direito digital: I Congresso Internacional de Direito e Tecnologia - 2017. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FELIPE, B. F. da C. **Direitos dos robôs, tomadas de decisões e escolhas morais**: algumas considerações acerca da necessidade de regulamentação ética e jurídica da Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias | e-ISSN: 2526-0049 | Salvador | v. 4 | n. 1 | p. 01 – 16 | Jan/Jun. 2018

FORD, M. **The Rise of the Robots**: Technology and the Threat of Mass Unemployment. New York: Basic Books, 2015.

HAUGELAND, J. **Artificial intelligence**: The very idea. Cambridge: Mit, 1985.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO – UMA REALIDADE A SER DESBRAVADA. **Inteligência artificial**. Juris Poiesis, Rio de Janeiro, v. 20, n. 22, p.150-169, 30 abr. 2017.

KURZWEIL, R. **A era das máquinas inteligentes**. Equipe CONACYT/, 1994.

RUSSELL, S.; NORVIG, P. **Artificial Intelligence**: A Modern Approach. 3. Ed. New York City: Pearson, 2009.

SILVA, L. A. D. **Uso de técnicas de inteligência artificial para subsidiar ações de controle**. Revista do TCU, Brasília, v. 48, n. 137, p.125-137, 2016. Disponível em: <[Http://revista.tcu.gov.br/ojsp/index.php/RTCU/issue/view/68/showToc](http://revista.tcu.gov.br/ojsp/index.php/RTCU/issue/view/68/showToc)>. Acesso em: 24 de mai de 2023

Responsabilidade civil dos agentes públicos: uma análise sobre a legitimidade passiva nas ações ressarcitórias movidas por particulares

Paulo Vitor da Silva¹

RESUMO

O presente artigo tenciona apresentar a sistemática de responsabilidade dos agentes públicos por atos lesivos a terceiros a partir da disciplina constitucional da matéria. Para tanto, o breve trabalho aborda as controvérsias existentes no posicionamento doutrinário nacional e a evolução jurisprudencial sobre temática no âmbito dos tribunais superiores, concluindo pelo acerto do decidido pelo Supremo Tribunal Federal no bojo do Tema de Repercussão Geral nº 940, que estabeleceu que a legitimidade passiva para as ações ressarcitórias movidas por particulares é exclusiva do ente público. Eventual responsabilização do agente estatal somente é possível mediante ação regressiva movida pelo Estado, demonstrando-se o elemento subjetivo.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do Estado na Constituição Federal. Responsabilidade dos agentes públicos por atos lesivos a terceiros. Responsabilidade objetiva do Estado. Responsabilidade subjetiva do agente. Ação ressarcitória movida por particular. Legitimidade passiva. Teoria da Dupla Garantia.

1. INTRODUÇÃO

A responsabilização dos agentes públicos por atos de ofício é assunto que tem sofrido constante incremento legislativo e tem sido objeto de grandes debates doutrinários. Do mesmo modo, e não por outra razão, o assunto suscita interessantes divergências na jurisprudência pátria. A responsabilidade se dá em variadas instâncias, a saber: instância penal; por atos de improbidade administrativa; instância civil e instância administrativa.

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MINAS. Mestrando em Direito Constitucional – Sistema Constitucional de Garantia de Direitos – pela Instituição Toledo de Ensino – ITE Bauru.

A despeito do posicionamento doutrinário que enquadra a responsabilidade por atos de improbidade administrativa como espécie do gênero responsabilidade civil, não será este foco do trabalho, que tem como objeto a responsabilidade civil, digamos, em sentido estrito. O recorte feito, portanto, leva em conta primordialmente a instância civil, que tem por escopo o ressarcimento dos prejuízos causados pelo agente público a particulares e reflexamente à Administração Pública, já que o ente estatal é chamado a responder perante terceiros por atos praticados por seus prepostos.

Mesmo em âmbito restrito, observa-se uma profusão de normas tratando do assunto, desde a Constituição Federal, passando da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, até o Código de Processo Civil. Constata-se, ainda, a alternância de posicionamentos dos tribunais superiores nas últimas décadas sobre questões sensíveis relacionadas ao tema, como a (im)prescritibilidade da pretensão ressarcitória, a possibilidade da propositura de ação indenizatória pelo particular direta e exclusivamente em face do causador do dano, quando este atua na qualidade de agente público, o que tem igual reflexo na produção acadêmica.

Em face da relevância do assunto, mas sem o objetivo de esgotar o tema, que pode ser analisado sob diferentes enfoques, o presente trabalho tem por escopo tratar do arcabouço normativo que circunda a responsabilidade civil dos agentes públicos e da interpretação que lhe é dada pelos tribunais nacionais, abordando controvérsias doutrinárias a respeito do assunto.

O caminho a ser percorrido passa pela análise descritiva de regra matriz na Constituição Federal, acompanhado por análise da jurisprudência nacional relacionada ao tema e por revisão doutrinária específica.

Ao final, espera-se, a partir da descrição do cenário normativo, aliada à abordagem de temas atuais e relevantes relacionados à responsabilidade dos agentes estatais, lançar luzes sobre questões que ainda ensejam debates.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E DE SEUS AGENTES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição de 1988 dedicou capítulo próprio ao tratamento da Administração Pública, alçando o regramento da organização administrativa ao ápice do ordenamento jurídico pátrio. Isso decorre, sobretudo, das características do movimento constitucional do segundo pós-guerra, que floresceu na segunda metade do século XX, nominado por parte da doutrina por neoconstitucionalismo (SOUZA NETO, SARMENTO, 2017, p. 202), que reafirma a supremacia à Constituição, transformando o então Estado de Direito em Estado Constitucional de Direito. Nesse cenário, a Constituição passa a ser o centro do sistema a partir do reforço no reconhecimento de sua força como norma jurídica, irradiando suas normas e valores por todos os ramos do direito, o que, portanto, promove também uma ressignificação dos institutos de direito administrativo.

A responsabilidade civil do Estado retira seu fundamento principal do §6º, do artigo 37, da Carta Magna, que dispõe que *[a]s pessoas jurídicas de direito público e as de direito priva-*

do prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Ao final do dispositivo, em homenagem ao princípio republicano, o Constituinte ressalta a possibilidade de direcionamento da pretensão indenizatória em face do agente público causador do dano, na medida em que resta ao ente estatal *assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

Regra geral, a responsabilidade civil do Estado tem por fundamento a prática de ato ilícito, já que, nos termos do artigo 927, do Código Civil, a obrigação de indenizar recai sobre aquele que por ato desta natureza causa dano a outrem. O conceito de ato ilícito está nos artigos 186 e 187, do Código Privado, ao dispor que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola direito e causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito e que também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. A responsabilidade por ato ilícito é a hipótese mais comum.

Contudo, também é possível, em caráter excepcional, a responsabilização do Estado por atos lícitos, sempre que a atuação administrativa ocasionar prejuízo desproporcional a determinado particular, em benefício da coletividade. O fundamento, aqui, não é a atuação da Administração em contrariedade ao direito, mas a repartição isonômica dos encargos sociais, de modo a distribuir igualmente os benefícios e prejuízos decorrentes do agir administrativo. A título exemplificativo, uma obra essencial ao incremento da mobilidade urbana pode acarretar a inviabilidade de uma atividade comercial em razão do fechamento provisório ou definitivo de determinada rua, de modo que um particular prejudicado tem pretensão reparatória em face do ente estatal.

Embora o artigo 37, §6º, da Constituição Federal não disponha expressamente, é unânime tanto na doutrina quanto na jurisprudência que a responsabilidade civil dos entes nele citados é de natureza objetiva. Identificam-se duas teorias principais a embasar a responsabilidade: a teoria do risco administrativo e a teoria da repartição dos encargos sociais (OLIVEIRA, 2019, p. 795).

Sendo de natureza objetiva, tanto as pessoas jurídicas de direito público quanto as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público respondem pelos danos que seus agentes causarem a terceiros sem que haja a necessidade de demonstração de dolo ou culpa na conduta. Logo, são pressupostos da responsabilidade objetiva: a demonstração da conduta estatal, o dano experimentado, e o liame que os une, nomeado de nexos causal.

De outro lado, ao tratar da responsabilidade dos agentes públicos, o mesmo artigo 37, §6º, da Constituição Federal aponta para subjetivação da responsabilidade, de modo que se exige para o sucesso da ação de regresso, além dos pressupostos acima elencados, que o ente público seja capaz de demonstrar que agente estatal agiu movido pela intenção de causar o dano ou ao menos de forma culposa, inobservando o dever de cuidado que lhe cabia ao atuar.

Na interpretação deste dispositivo constitucional reside tormentosa questão na doutrina administrativista, acerca de legitimidade passiva para a ação ressarcitória movida por particular, se recai apenas sobre o ente público (ou privado prestador de serviços públicos), ou se cabe ao lesado escolher entre o ente estatal e o particular ou mesmo demandar em face de ambos em litisconsórcio, observando os ônus e bônus decorrentes da escolha, com posicionamentos respeitáveis em sentidos opostos.

Na jurisprudência, a celeuma acabou por ser pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 1.027.633, do estado de São Paulo, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgado pelo plenário em 14 de agosto de 2019, no qual foi fixada tese para o Tema 940 da repercussão geral.

2.1. A controvérsia acerca da legitimidade passiva na ação indenizatória movida por danos causados por agentes públicos

A questão cinge-se à interpretação do artigo 37, §6º, da Constituição Federal. A existência de responsabilidade civil do agente público é indiscutível. Debate-se, todavia, se o ordenamento jurídico admite a possibilidade de o cidadão lesado por condutas estatais propor demanda diretamente em face do agente público causador do dano, preposto da Administração Pública, ou se a normatização consagra o que a doutrina convencionou chamar de teoria da dupla garantia, admitindo-se ao lesado apenas demandar em face do ente público, que poderá demandar regressivamente em face do servidor, verificada a presença de dolo ou culpa do agente.

2.1.1. A posição da doutrina

A divergência acerca da possibilidade ou não de ajuizamento de demanda em face do agente causador do dano é encontrada na doutrina. Uma primeira corrente admite a possibilidade do ajuizamento de ação diretamente em face do agente causador do dano, independentemente de ação em face do ente público ou ainda em litisconsórcio facultativo com este, considerando a existência de responsabilidade solidária. Entre eles, cite-se José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, 2014, p. 585) que assim leciona:

Questiona-se, todavia, se é viável ajuizar a ação diretamente contra o agente estatal causador do dano, sem a presença da pessoa jurídica. Há autores que não o admitem. Outros entendem que é viável. Em nosso entender, acertada é esta última posição. O fato de ser atribuída responsabilidade objetiva à pessoa jurídica não significa a exclusão do direito de agir diretamente contra aquele que causou o dano. O mandamento contido no art. 37, § 6º, da CF visou a favorecer o lesado por reconhecer nele a parte mais frágil, mas não lhe retirou a possibilidade de utilizar normalmente o direito de ação. Há certa hesitação na jurisprudência com decisões proibitivas e permissivas.

[...]

Sendo assim, tanto pode o lesado propor a ação contra a pessoa jurídica, como contra o agente estatal responsável pelo fato danoso, embora seja forçoso reconhecer que a Fazenda Pública sempre poderá oferecer maior segurança ao lesado para o recebimento de sua indenização; por outro lado, a responsabilidade do agente livra o lesado da conhecida demora do pagamento em virtude do sistema de precatórios judiciais. Além dessas hipóteses, ainda pode o autor, no caso de culpa ou dolo, mover a ação contra ambos em litisconsórcio facultativo, já que são eles ligados por responsabilidade solidária.

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 1024):

Estamos em que o vitimado é quem deve decidir se aciona apenas o Estado, se aciona conjuntamente a ambos, ou se aciona unicamente o agente. Com efeito, não se pode extrair do dispositivo constitucional em pauta alguma impossibilidade do lesado voltar-se, ele próprio, contra o agente [...]

Seguem a mesma linha, ainda, o professor Diógenes Gasparini (GASPARINI, 2007, p. 984) e o professor Rafael Carvalho Rezende Oliveira (OLIVEIRA, 2019, p. 808).

Uma segunda corrente sustenta que, segundo a melhor interpretação do artigo 37, §6º, da Carta Federal, a ação indenizatória somente pode ser proposta em face do ente estatal ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, não cabendo ao lesado demandar diretamente em face do agente.

Reconhecendo a incidência do princípio da impessoalidade ao caso, leciona o professor José Afonso da Silva (SILVA, 2013, p. 679):

A obrigação de indenizar é da pessoa jurídica a que pertencer o agente. O prejudicado há que mover a ação de indenização contra a Fazenda Pública respectiva ou contra a pessoa jurídica privada prestadora de serviço público, não contra o agente causador do dano. O princípio da impessoalidade vale aqui também.

A mesma linha é seguida Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, 1997, p. 569) e por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2014, p. 737-738), para quem:

A reparação de danos causados a terceiros pode ser feita no âmbito administrativo, desde que a Administração reconheça desde logo a sua responsabilidade e haja entendimento entre as partes quanto ao valor da indenização.

Caso contrário, o prejudicado deverá propor ação de indenização contra a pessoa jurídica que causou o dano.

Pelo artigo 37, §6º, da Constituição Federal, quem responde perante o prejudicado é a pessoa jurídica causadora do dano, a qual tem o direito de regresso contra seu agente, desde que este tenha agido com dolo ou culpa.

Vê-se que a controvérsia está instaurada no pensamento de juristas de escol, o que demonstra a relevância do tema. Todavia, é unísono na doutrina o artigo 37, §6º, da Constituição Federal, prescreve, em regra, a responsabilidade objetiva do ente estatal, pautada na teoria do risco administrativo, e a responsabilidade subjetiva do agente público.

A questão está situada na amplitude da responsabilidade subjetiva do preposto estatal. Busca-se responder se esta se dá exclusivamente em face da administração ou se o lesado por sua conduta pode demandar-lhe buscando a reparação do prejuízo suportado.

Como destacado, em síntese, duas correntes em sentidos opostos resolvem a questão.

A primeira delas confere a escolha ao lesado, que pode demandar contra o ente estatal, contra o agente público ou contra ambos em litisconsórcio, privilegiando a reparação do dano sob a ótica de maior proteção àquele que o suporta. Uma segunda corrente, reputa inadequada a responsabilização direta do agente perante o lesado, sendo possível buscar-se apenas a reparação de danos em face da Fazenda Pública.

Diante da divergência, o segundo entendimento parece estar com a razão. Como se sabe, o Estado é uma ficção jurídica que não dispõe de vontade própria, de modo que se manifesta mediante atuação de seus órgãos e agentes públicos. Para explicar essa relação entre Estado e seus agentes surgiram algumas teorias², sendo a teoria do órgão, inspirada no pensamento do jurista alemão Otto Gierke, a atualmente aceita pela doutrina, cuja característica principal é bem delineada por José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, 2014, p. 13):

A característica fundamental da teoria do órgão consiste no princípio da imputação volitiva, ou seja, a vontade do órgão público é imputada à pessoa jurídica a cuja estrutura pertence. Há, pois, uma relação jurídica externa, entre a pessoa jurídica e outras pessoas, e uma relação interna, que vincula o órgão à pessoa jurídica a que pertence.

Cite-se ainda a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 998):

A relação entre a vontade e a ação do Estado e de seus agentes é uma relação de imputação direta dos atos dos agentes ao Estado. Esta é precisamente a peculiaridade da chamada relação orgânica. O que o agente queira, em qualidade funcional – pouco importa se bem ou mal desempenhada –, entende-se que o Estado quis, ainda que haja querido mal. O que o agente nestas condições faça é o que o Estado fez. Nas relações não se considera tão-só se o agente obrou (ou deixou de obrar) de modo conforme ou desconforme com o Direito, culposa ou dolosamente. Considera-se, isto sim, se o Estado agiu (ou deixou de agir) bem ou mal.

Em suma: não se bipartem Estado e agente (como se fossem representado e representante, mandante e mandatário), mas, pelo contrário, são considerados como uma unidade. A relação orgânica, pois, entre o Estado e o agente não é uma relação externa, constituída exteriormente ao Estado, porém interna, ou seja, procedida na sua intimidade da pessoa estatal.

O Estado é, pois, apresentado pelo agente público, e não representado por este. O agir do agente público é o agir direto do Estado. A teoria do órgão é, inclusive, um desdobramento do princípio da impessoalidade que norteia a Administração Pública, conforme insculpido no artigo 37, caput, da Carta da República.

Logo, a ação do agente que causa dano ao particular é ação do Estado, em homenagem ao princípio da imputação volitiva. O agente não age em nome próprio, mas manifesta o querer do Estado, cujo resultado deve ser a este último imputado.

2 São antecedentes à teoria do órgão a teoria do mandato e a teoria da representação. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 86.

Da leitura do artigo 37, §6º, da Constituição Federal, não é possível extrair que o agente público responde ao particular. O constituinte entendeu por afastar essa responsabilização direta. O dispositivo consubstancia a responsabilidade do ente estatal perante o particular, quando aduz que *as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros*, e assegura também para o ente público o direito pleitear recomposição ao erário em face do agente público ao dispor que *fica assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*.

Há, portanto, uma dualidade de relações jurídicas: uma primeira entre o lesado e o ente estatal, objetiva, ensejadora da reparação do dano suportado; e uma segunda entre o agente público e o ente estatal, subjetiva, a demandar recomposição do patrimônio público em casos de atuação dolosa ou culposa.

Não há uma terceira relação jurídica a se formar entre particular e agente público. Não sendo o agente público, em sua personalidade natural, o causador do dano ao particular, mas sim o Estado, não cabe ao lesado demandar em face do agente.

Por esta corrente, é dispensável falar em maior ou menor eficiência na reparação do dano sofrido pelo lesado, uma vez que a discussão se resolve na legitimidade passiva para a ação, que, como já se viu, não alcança o agente público.

Não se afirma, aqui, de modo algum, a irresponsabilidade do agente público. Muito ao contrário. O que se quer demonstrar é que, em razão da teoria do órgão e do disposto no artigo 37, §6º da Lei Maior, o dano causado pelo agente público, nesta qualidade, ao particular é atribuído apenas ao Estado, mas agindo o preposto estatal, dolosa ou culposamente, este causa dano ao erário, de modo que deve ser chamado a recompor o prejuízo suportado pela coletividade (representada pelo Estado) com base em sua atuação.

A dupla garantia a que alude a doutrina, aliás, decorre do reconhecimento dessa dualidade de relações jurídicas. Dupla garantia que serve ao particular, ante a solvência do ente estatal que poderá suportar a reparação integral do dano, assim como serve ao agente público (e em última análise ao interesse público), a quem assegurada a liberdade em sua atuação, de modo a alcançar-se o interesse público.

A despeito da tese que aqui agasalhada já estar juridicamente demonstrada na ideia de duplicidade de relações jurídicas e, por conseguinte, na ilegitimidade passiva do agente público para a ação indenizatória movida por eventual lesado, à necessidade de garantia de liberdade ao agente público deve ser acrescentado um argumento de ordem pragmática.

A Administração Pública, em sentido objetivo, consiste no conjunto de atividades exercidas pelos órgãos e agentes públicos para o alcance do desiderato coletivo. Entre tais atividades insere-se o exercício do poder de polícia³, que é assim conceituado no artigo 78, do Código Tributário Nacional:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abs-

3 Ao lado do exercício do poder de polícia como atividades da administração, também: a prestação de serviços público, o fomento e a intervenção do Estado no domínio econômico. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 76. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 55-56.

tenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 1966)

Além do poder de polícia administrativo, o Estado é o único titular da persecução penal, que atinge a prática de crimes, que, como sabido, são os ilícitos mais graves no seio social. Como o Estado age por intermédio de seus agentes, são estes os responsáveis pela condução das ações que limitam/restringem direitos.

Vê-se que parcela da atividade estatal está ligada à restrição de direitos muitas das vezes relacionados a interesses individuais e de grupos de relevante poder econômico, de modo que a submissão do agir do agente público diretamente ao particular poderia gerar a proliferação de lides temerárias, de modo a desestimular a prática de atos de ofício contrários ao interesse econômico dominante, em prejuízo do interesse público⁴. Assegurar atuação livre aos agentes públicos é garantir, em última análise, o ideal republicano de um Estado efetivamente de Direito, no qual todos submetem-se igualmente ao ordenamento jurídico, sendo esta a melhor interpretação do arcabouço normativo.

Em conclusão, da interpretação seja literal, seja sistemática, do disposto no artigo 37, §6º, da Constituição Federal, mostra-se acertada a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema 940 da repercussão geral, que será explanada adiante.

Ao lesado por ato estatal, cabe buscar a reparação em face da Fazenda Pública, que, verificada a existência de dolo ou culpa do agente público, promoverá a ação de regresso para recomposição do erário. Por fim, pontue-se que a ação regressiva, nos casos admitidos, não constitui uma faculdade, mas um dever do Estado, de modo a assegurar a higidez do sistema de responsabilização.

2.1.2. A evolução jurisprudencial

Nos idos da década de 80, ainda sob a égide da Constituição Federal de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se manifestar a respeito do tema, fixando à época o entendimento aduzido pelo Ministro Moreira Alves, relator do Recurso Extraordinário nº 99.214-RJ, nos seguintes termos:

Essa é a orientação que se me afigura correta, e sua fundamentação demonstra que o disposto no art. 107 da Constituição Federal não impede que a vítima promova ação direta contra o funcionário com base na responsabilidade subjetiva prevista no art. 159 do Código Civil. Com efeito, o preceito constitucional, ao distinguir a responsabilidade do Estado como objetiva e a do funcionário como subjetiva, dando àquele ação

4 A título exemplificativo, veja-se: <<http://www.pge.sp.gov.br/visualizanoticia.aspx?id=3845>> Acesso em 17 de dezembro de 2019; <<https://apesp.org.br/2019/05/nota-de-repudio-as-medidas-de-retaliacao-do-dono-da-dolly-contra-a-atuacao-dos-procuradores-do-estado-de-sao-paulo/>> Acesso em 17 de dezembro de 2019.

regressiva contra este, visou apenas facilitar a composição do dano à vítima, que pode acionar o Estado independentemente de culpa do funcionário, não tendo, portanto, em mira, impedir ação direta contra este, se se preferir arcar com os ônus da demonstração de culpa do servidor para afastar os percalços da execução contra o Estado. O art. 107, ao aludir à ação regressiva do Estado contra o funcionário, demonstrada a culpa em sentido amplo deste, se referiu ao *quod plerunque accidit* (ao que ocorre comumente), não atribuindo ao funcionário faltoso o benefício de ordem, que não resulta implícito da referência à ação de regresso, uma vez que essa ação existe até em casos de solidariedade, e que contraria o princípio de que a administração pública, sem lei expressa em contrário, não pode isentar de responsabilidade seu servidor, por não ter aquela disponibilidade sobre o patrimônio público.

Note-se que o artigo 107, da Constituição Federal de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/1969, a que o voto do Ministro Moreira Alves faz referência, tem redação muito semelhante ao atual artigo 37, §6º, da Constituição Federal de 1988, senão vejamos:

Art. 107. As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

No mesmo sentido, verifica-se o entendimento fixado no Recurso Extraordinário nº 10 5.157-SP, de relatoria do Ministro Octavio Gallotti, julgado em 20 de setembro de 1985, de cujo voto extrai-se o seguinte trecho:

O fato de a Constituição garantir o direito de uma ação, em que a prova da culpa é dispensável e o pagamento assegurado pelas forças do erário, não priva o lesado da opção de agir diretamente contra o funcionário, culpado e solvável, em busca de um procedimento mais expedito de execução.

Ao servidor público, nenhum interesse legítimo se lhe atinge, porquanto estaria sujeito, de outro modo a suportar a ação regressiva, faculdade do Estado, indisponível pelo Administrador.

Sob o prisma meramente adjetivo, reputar sucessivo e obrigatório o regresso, seria instituir uma sinuosidade de todo incompatível com o princípio da economia processual.

Já na primeira década deste século, a posição jurisprudencial da Corte Suprema sofreu sensível modificação, o que se pode verificar, por exemplo, em paradigmático acórdão de relatoria do Ministro Ayres Britto, nos autos do Recurso Extraordinário nº 327.904-SP, proferido em 15 de agosto de 2006 e assim ementado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAU-

SAM. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO. O §6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Perceba-se que o julgado adota expressamente a teoria da dupla garantia, afirmando que o artigo 37, §6º, da Constituição Federal, consagra garantia tanto em favor do lesado quanto em favor do agente público. Nessa mesma linha, cite-se acórdão de relatoria do Ministro Marco Aurélio, proferido em 09 de setembro de 2008, nos autos do Recurso Extraordinário nº 344.133-PE, com a seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE - SEARA PÚBLICA - ATO DE SERVIÇO - LEGITIMAÇÃO PASSIVA. Consoante dispõe o §6º do artigo 37 da Carta Federal, respondem as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, descabendo concluir pela legitimação passiva concorrente do agente, inconfundível e incompatível com a previsão constitucional de ressarcimento - direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Em que pese a virada jurisprudencial no âmbito do Supremo Tribunal Federal, pacificada no entendimento oposto do anterior, no Superior Tribunal de Justiça é possível identificar precedente mais atual e no mesmo sentido da antiga jurisprudência da Corte Suprema, a exemplo do simbólico acórdão de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, nos autos do Recurso Especial nº 1.325.862-PR, proferido em 5 de setembro de 2013, pela 4ª Turma do tribunal, à unanimidade, cuja ementa vale transcrever:

RESPONSABILIDADE CIVIL. SENTENÇA PUBLICADA ERRONEAMENTE. CONDENAÇÃO DO ESTADO A MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INFORMAÇÃO EQUIVOCADA. AÇÃO INDENIZATÓRIA AJUIZADA EM FACE DA SERVENTUÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. DANO MORAL. PROCURADOR DO ESTADO. INEXISTÊNCIA. MERO DISSABOR. APLICAÇÃO, ADEMAIS, DO PRINCÍPIO DO DUTY TO MITIGATE THE LOSS. BOA-FÉ OBJETIVA. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO DANO.

1. O art. 37, § 6º, da CF/1988 prevê uma garantia para o administrado de buscar a recomposição dos danos sofridos diretamente da pessoa jurídica que, em princípio, é mais solvente que o servidor, independentemente de demonstração de culpa do

agente público. Vale dizer, a Constituição, nesse particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do risco administrativo; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto. Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, aliás, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante a Administração.

2. Assim, há de se franquear ao particular a possibilidade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor, suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos, se assim desejar. A avaliação quanto ao ajuizamento da ação contra o servidor público ou contra o Estado deve ser decisão do suposto lesado. Se, por um lado, o particular abre mão do sistema de responsabilidade objetiva do Estado, por outro também não se sujeita ao regime de precatórios. Doutrina e precedentes do STF e do STJ.

3. A publicação de certidão equivocada de ter sido o Estado condenado a multa por litigância de má-fé gera, quando muito, mero aborrecimento ao Procurador que atuou no feito, mesmo porque é situação absolutamente corriqueira no âmbito forense incorreções na comunicação de atos processuais, notadamente em razão do volume de processos que tramitam no Judiciário. Ademais, não é exatamente um fato excepcional que, verdadeiramente, o Estado tem sido amiúde condenado por demandas temerárias ou por recalcitrância injustificada, circunstância que, na consciência coletiva dos partícipes do cenário forense, torna desconexa a causa de aplicação da multa a uma concreta conduta maliciosa do Procurador.

4. Não fosse por isso, é incontroverso nos autos que o recorrente, depois da publicação equivocada, manejou embargos contra a sentença sem nada mencionar quanto ao erro, não fez também nenhuma menção na apelação que se seguiu e não requereu administrativamente a correção da publicação. Assim, aplica-se magistério de doutrina de vanguarda e a jurisprudência que têm reconhecido como decorrência da boa-fé objetiva o princípio do *Duty to mitigate the loss*, um dever de mitigar o próprio dano, segundo o qual a parte que invoca violações a um dever legal ou contratual deve proceder a medidas possíveis e razoáveis para limitar seu prejuízo. É consectário direto dos deveres conexos à boa-fé o encargo de que a parte a quem a perda aproveita não se mantenha inerte diante da possibilidade de agravamento desnecessário do próprio dano, na esperança de se ressarcir posteriormente com uma ação indenizatória, comportamento esse que afronta, a toda evidência, os deveres de cooperação e de eticidade.

5. Recurso especial não provido.

Diante deste julgado mais recente do Superior Tribunal de Justiça, a questão voltou à ordem do dia do Supremo Tribunal Federal, desta vez em sede de repercussão geral. Vislumbrava-se a possibilidade de nova alteração da jurisprudência da Corte Suprema nos autos do Recurso Extraordinário nº 1.027.633-SP, o que, contudo, não aconteceu. Julgando o tema 940 da repercussão geral, nos autos do referido recurso extraordinário, o Pretório Excelso reafirmou sua jurisprudência e fixou a seguinte tese:

Tema 940 – Tese fixada – A teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a

pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Logo, a atual jurisprudência acerca da interpretação do artigo 37, §6º, da Constituição Federal, está norteada pela teoria da dupla garantia, de maneira que o dispositivo consagra salvaguarda tanto ao lesado, que não precisa demonstrar a existência do elemento subjetivo para a responsabilização do ente público, como regra, quanto ao agente causador do dano, que responde apenas regressivamente perante a Administração Pública, em caso de dolo ou culpa.

3. CONCLUSÃO

A responsabilidade é intrínseca ao Estado Republicano, como encerramento da igualdade, que é seu pressuposto. Não devem existir privilégios em face da conduta lesiva estatal, que, como qualquer outra de mesma natureza, enseja a recomposição dos danos suportados pelos particulares. Em um Estado verdadeiramente de Direito, todos estão sujeitos ao ordenamento jurídico, sem nenhuma distinção.

O Estado, como ente abstrato, não age por si só, mas o faz mediante a atuação de agentes públicos, os quais devem responder pelos seus atos contrários ao direito, nos termos disciplinados pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, há grande número de normas sobre o tema, seja na Constituição da República ou de caráter infraconstitucional que, devidamente aplicadas pelas instituições competentes, asseguram a devida submissão de todos aos princípios basilares em um Estado Republicano de Direito.

Contudo, a responsabilidade dos agentes públicos, reconhecidamente inafastável em um regime republicano, deve se dar de modo adequado e suficiente a coibir desvios, sem paralisar a inovação na atuação do gestor público ao qual se apresentam diariamente novas demandas a solucionar. A criatividade legítima (em consonância com o ordenamento jurídico), como expressão da Administração Pública eficiente, assim como a liberdade para agir em busca do interesse público não podem ser obstaculizadas a pretexto de assegurar a higidez dos mecanismos de controle, que não constituem fins em si mesmos, mas instrumentos para a consecução dos fins do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. **O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Improbidade administrativa: Prescrição e outros prazos extintivos**. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013. São Paulo: Atlas, 2014.

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

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 3. reimpr. Belo Horizonte. Fórum, 2017

Nova lei de licitações: inovações e controvérsia

Lázaro Apopi Ferreira da Silva de Queiroz¹

RESUMO

A Lei nº 14.133/2021, a nova Lei de Licitações e Contratos Públicos, trouxe significativas mudanças para o cenário das contratações públicas no Brasil. Embora ela possa fortalecer os controles interno e externo e ampliar os casos de dispensa de licitação, sua implementação tem sido alvo de controvérsias e críticas, principalmente em relação ao aumento da judicialização das licitações e aos desafios na capacitação dos servidores públicos e adaptação das empresas ao novo modelo de licitação. Este artigo busca abordar os principais pontos da nova lei, incluindo o novo regime de contratação integrada, a inversão de fases, as novas modalidades de licitação e o fortalecimento do controle interno e externo, bem como apresentar reflexões sobre os desafios e as oportunidades trazidos pela nova lei para a gestão pública e para a sociedade.

Palavras-chave: Licitações, Administração Pública, Contratação, Desafios.

1. INTRODUÇÃO

A nova Lei de Licitações e Contratos Públicos (Lei nº 14.133/2021) foi sancionada em abril de 2021 e trouxe importantes mudanças para o cenário das contratações públicas no Brasil. Com o objetivo de modernizar e aprimorar a legislação vigente, a nova lei aborda temas como a simplificação de procedimentos, a redução de prazos e a introdução de novas modalidades de licitação. Dessa forma, é fundamental que gestores públicos e empresas estejam atentos às alterações trazidas pela nova lei para que possam se adequar às novas regras e garantir uma atuação eficiente e eficaz.

Embora a nova Lei de Licitações traga avanços interessantes, a sua implementação tem gerado controvérsias e desafios, tanto para a Administração Pública quanto para as empresas que participam dos processos licitatórios.

Nesse contexto, é fundamental que sejam discutidos os principais aspectos da nova lei, as mudanças que ela traz em relação à legislação anterior e as implicações práticas para a gestão pública e para a sociedade como um todo. Este artigo tem como objetivo analisar os principais pontos da nova Lei de Licitações, abordando temas como o novo regime de contratação integrada, a inversão de fases, a ampliação dos casos de dispensa de licitação, as novas modalidades de licitação e o fortalecimento do controle interno e externo.

¹ Advogado. Pós-graduando em Direito Público pela UEA. Pós-graduado em Direito Público: Constitucional, Administrativo e Tributário pela Estácio. Bacharel em Direito pela Uninorte. E-mail: adv.apopi@gmail.com

A partir dessa análise, busca-se apresentar uma visão geral das novidades trazidas pela lei, a fim de contribuir para uma melhor compreensão das novas regras e das implicações para a gestão pública e para a sociedade como um todo. De modo que seja possível oferecer uma visão abrangente das alterações trazidas pela nova lei e das implicações para a gestão pública, permitindo uma melhor compreensão das mudanças no sistema de contratações públicas do Brasil.

2. MUDANÇAS E NOVIDADES

2.1. Inversão de fases

Outra novidade trazida pela nova lei é a inversão de fases no processo de licitação. Com a nova regra, a fase de habilitação dos concorrentes passa a ocorrer somente após a análise e julgamento das propostas. Essa mudança tem como objetivo tornar o processo de licitação mais eficiente e ágil, pois evita que empresas sejam eliminadas do processo de licitação por questões burocráticas.

Antes da implementação da Nova Lei, a análise dos documentos para a habilitação de um licitante ocorria no início do processo. Agora, essa etapa foi movida para o final e se aplica somente às empresas que venceram a licitação. Em outras palavras, apenas a documentação do proponente vencedor é analisada e verificada quanto à regularidade. Pela Lei nº 8.666/1993, a verificação dos documentos dos licitantes era realizada antes do julgamento para determinar a melhor proposta para o governo, o Pregão Eletrônico era uma exceção, pois o julgamento das propostas ocorria antes da habilitação. Agora, a Nova Lei de Licitações segue essa mesma abordagem, unificando todos os mecanismos de competição de licitações em uma única norma geral.

Especificamente, em relação à inversão de fases, o art. 17 da nova lei estabelece as seguintes etapas sequenciais do processo de licitação: (I) Preparatória; (II) de divulgação do edital de licitação; (III) de apresentação de propostas e lances; (IV) de julgamento; (V) de habilitação; (VI) recursal e (VII) de homologação. As fases permanecem as mesmas, contudo, anteriormente, a habilitação era uma etapa anterior ao julgamento das propostas, uma condição para que o licitante pudesse apresentar sua proposta e competir. Com a nova lei os documentos são verificados e autorizados somente após o julgamento das propostas nos processos licitatórios em geral. Por esse motivo, é possível afirmar-se que houve uma “inversão de fases” no processo.

Se o proponente vencedor não atender aos requisitos exigidos para a habilitação, os responsáveis devem avaliar o proponente que ficou em segundo lugar. Essa inversão de fases otimiza a burocracia do processo, sem comprometer a rigidez necessária em relação à documentação exigida para se tornar um fornecedor de bens ou serviços do governo.

Vale ressaltar que a lei ainda prevê a possibilidade de realizar a habilitação antes da apresentação das propostas e do julgamento (art. 17, §1º), desde que essa necessidade seja devidamente fundamentada e justificada no edital da licitação.

A inversão de fases é uma mudança significativa no processo de licitação, uma vez que a fase de habilitação sempre foi considerada uma etapa preliminar. Com a nova regra, a habi-

licitação dos concorrentes passa a ser uma etapa posterior à análise e julgamento das propostas, o que pode gerar preocupações em relação à segurança jurídica do processo de licitação.

2.2. Dispensa de licitação

A nova Lei de Licitações e Contratos Públicos trouxe uma ampliação nos casos de dispensa de licitação, que são situações em que a Administração Pública pode contratar diretamente com uma empresa, sem a necessidade de realização de um processo licitatório.

A Lei nº 14.133/21 estabelece os casos em que é possível dispensar a licitação pública para contratar em seu artigo 75, apresentando um rol taxativo de situações em que a dispensa de licitação é permitida.

A nova lei abrange situações emergenciais e de calamidade pública, em que a falta de atendimento imediato pode causar prejuízos ou comprometer os serviços públicos e a segurança da população, incluindo obras, serviços, bens públicos, entre outros. Nesses casos, é possível realizar a contratação direta, por um período máximo de um ano, uma mudança em relação à lei 8.666/93, que estabelecia um prazo de 180 dias.

Outra novidade é a ampliação do valor das contratações que podem ser realizadas nessa modalidade. Obras e serviços de engenharia, assim como serviços de manutenção de veículos automotores, podem ser contratados diretamente se o valor for inferior a R\$ 100 mil. No caso de serviços e compras, eles podem ser contratados com dispensa de licitação se o valor for inferior a R\$ 50 mil.

A nova lei também flexibiliza a exigência de formalização de contrato nos casos de dispensa de licitação para compras que envolvem entrega imediata e integral dos bens adquiridos, sem obrigações futuras, como assistência técnica. Nesses casos, é possível adotar outros instrumentos, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

É importante esclarecer que, mesmo sem a necessidade de licitação, há uma série de formalidades a serem cumpridas para justificar a dispensa do procedimento licitatório, incluindo a escolha do fornecedor e a definição do preço. Apesar da nova lei ter ampliado o rol taxativo de possibilidades de dispensa, é fundamental destacar que a lei também estabelece a existência de um procedimento a ser seguido nesses casos. Portanto, embora a dispensa de licitação traga flexibilidades em certas situações emergenciais, é necessário seguir as regras e normas estabelecidas para não ferir a transparência, a eficiência e a legalidade desta contratação.

A ampliação dos casos de dispensa de licitação tem como objetivo simplificar os processos de contratação pela Administração Pública, para garantir maior agilidade e eficiência nas contratações, mas é importante ressaltar que a dispensa de licitação não significa dispensa de controle e fiscalização. A Administração Pública continua sendo responsável por garantir que os contratos firmados atendam aos requisitos legais e que os recursos públicos sejam utilizados de forma correta e eficiente. Até porque, deve-se salientar que a ampliação das possibilidades de dispensa de licitação não equivale à eliminação completa do processo licitatório. A nova lei estipula critérios específicos para a utilização da dispensa de licitação, e cabe à Administração Pública justificar suas decisões e garantir a transparência e a integridade dos processos de contratação.

2.3. Diálogo competitivo

A nova Lei de Licitações e Contratos Públicos trouxe a criação de uma nova modalidade licitatória, o Diálogo Competitivo, uma inovação em relação ao antigo regime de licitações. Essa modalidade de licitação foi criada para ser utilizada em casos específicos em que o poder público necessita de soluções inovadoras para um determinado problema ou projeto. Nos termos da Lei nº 14.133/2021:

“Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

(...)

XLII - diálogo competitivo: modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos;”

Em suma, essa modalidade de licitação só pode ser utilizada em casos específicos, como nos casos que envolvam inovações tecnológicas, incapacidade do poder público de atender suas necessidades com os recursos disponíveis atualmente ou quando é impossível especificar de forma precisa as exigências técnicas de um projeto, produto ou serviço.

O Diálogo Competitivo segue um conjunto de etapas bem definidas, garantindo transparência e possibilitando a escolha da solução mais adequada para a Administração Pública. A primeira etapa é o Edital de Pré-Seleção, por meio do qual a Administração convoca possíveis interessados, estabelecendo prazos e requisitos para participação nos diálogos. Após o encerramento do prazo estipulado no edital, ocorre a fase de Pré-Seleção, na qual a Administração Pública realiza uma análise criteriosa dos licitantes inscritos, selecionando aqueles que atendem aos requisitos pré-estabelecidos. A etapa seguinte é o Diálogo Competitivo em si, onde a Administração Pública realiza reuniões com os licitantes pré-selecionados. O objetivo desses encontros é promover um diálogo qualificado, no qual as partes possam discutir alternativas, esclarecer dúvidas e buscar soluções que atendam às necessidades do órgão contratante.

Após o Diálogo Competitivo, a Administração identifica a melhor solução e emite o Edital da Fase Competitiva. Nesse novo edital, são convocados todos os licitantes pré-selecionados, que terão a oportunidade de apresentar suas propostas com base nas definições mais precisas estabelecidas. Por fim, ocorre a Fase Competitiva, na qual os licitantes participantes apresentam suas propostas e a Administração Pública seleciona a empresa vencedora do certame, considerando critérios previamente estabelecidos.

É importante ressaltar que o Diálogo Competitivo busca estimular a concorrência e a busca por soluções inovadoras, ao mesmo tempo em que garante a transparência e a eficiência nas contratações públicas. Dessa forma, essa modalidade de licitação proporciona um ambiente propício para a obtenção de soluções mais adequadas e alinhadas às necessidades da Administração, promovendo o avanço tecnológico e a efetividade na prestação dos serviços públicos.

A modalidade de Diálogo Competitivo tem o potencial de estimular a inovação no setor público e de proporcionar a contratação de soluções mais eficientes e adequadas às necessidades da Administração Pública. No entanto, é importante que a sua utilização seja criteriosa, evitando-se a sua utilização indevida ou como um atalho para burlar as regras das licitações tradicionais.

A implementação do Diálogo Competitivo depende da capacidade da Administração Pública de conduzir o diálogo de forma eficiente e transparente, além de garantir a igualdade de oportunidades entre as empresas participantes e a ampla concorrência. A falta de transparência e isonomia no processo pode gerar questionamentos jurídicos e prejudicar a credibilidade da modalidade, por isso a sua implementação deve ser cuidadosa e criteriosa.

2.4. Controle externo e interno

A nova Lei de Licitações e Contratos Públicos também traz medidas para fortalecer o controle interno e externo das contratações públicas. Uma das principais alterações é a exigência de que as empresas contratadas para prestar serviços contínuos à Administração Pública implantem e mantenham sistemas de integridade, ética e compliance. Essa medida busca garantir que as empresas contratadas atuem de forma ética e transparente, e contribui para a prevenção e combate à corrupção.

Conforme a lei estabelece em seu artigo 169, as contratações públicas devem estar sujeitas a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e controle preventivo, incluindo o uso de recursos de tecnologia da informação, além disso, tais contratações devem estar subordinadas ao controle social e serem amparadas por três linhas de defesa. A primeira linha de defesa é composta por servidores, empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade. A segunda linha de defesa é formada pelas unidades de assessoramento jurídico e controle interno do próprio órgão ou entidade. Já a terceira linha de defesa inclui o órgão central de controle interno da Administração e o Tribunal de Contas.

E ainda, seguindo essas novas normas que a lei introduziu, nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deve estabelecer a obrigatoriedade de implementação de um programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de seis meses a partir da celebração do contrato. Tal programa será regulamentado e disporá sobre as medidas a serem adotadas, as formas de comprovação e as penalidades em caso de descumprimento. Tudo isso como uma maneira de fortalecer a integridade do processo licitatório.

Outra mudança importante que a nova lei trouxe foi a ampliação das competências dos órgãos de controle interno, que passam a ter a atribuição de realizar a supervisão e o acompanhamento das obras e serviços de engenharia executados por empresas contratadas pela administração pública. Isso possibilita uma maior efetividade na fiscalização e no controle dos gastos públicos, e ajuda a prevenir irregularidades e desperdícios de recursos.

A Nova Lei de Licitações e Contratos, Lei nº 14.133/21, reconheceu a importância dos programas de integridade como uma ferramenta essencial para promover um ambiente saudável, ético, íntegro e confiável.

Embora não sejam considerados requisitos obrigatórios para a habilitação, a nova lei exige que o vencedor da licitação relacionada a obras, serviços e fornecimentos de grande

porte, definidos como aqueles que excedem o valor de R\$ 228.833.309,04 (duzentos e vinte e oito milhões oitocentos e trinta e três mil trezentos e nove reais e quatro centavos), implemente tais programas. Essa exigência deve ser cumprida dentro de um prazo de seis meses a partir da celebração do contrato.

Os programas de integridade também são considerados indispensáveis para a reabilitação de empresas penalizadas. Portanto, é um requisito objetivo para que pessoas jurídicas sancionadas possam ser reabilitadas, priorizando e exigindo a adoção de boas práticas daqueles que desejam contratar com a Administração Pública.

Além de determinar quando os programas de integridade são obrigatórios nos casos mencionados acima, a Lei nº 14.133/21 também os valoriza como critério de desempate entre propostas comerciais, conforme estabelecido no Art. 60, inc. IV.

Além disso, a Lei nº 14.133/21, no Art. 156, §1º, inc. V, estabelece que o programa de integridade deve ser considerado ao aplicar sanções administrativas. Portanto, a adoção do compliance representa a possibilidade de penalidades mais brandas em caso de punição. Isso incentiva a cultura da integridade no setor privado.

Os programas de integridade são mecanismos e procedimentos internos que visam prevenir, detectar e corrigir desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos contra a administração pública, tanto em nível nacional quanto estrangeiro. Eles promovem uma cultura de integridade nas organizações, incluindo o estabelecimento de padrões de conduta, códigos de ética, políticas e diretrizes, além de treinamentos periódicos, análise de riscos, controles internos, canais de denúncia de irregularidades e medidas disciplinares.

É importante que as entidades, não apenas as empresas, se esforcem para implementar as melhores práticas de combate à corrupção e promoção da integridade, incluindo a seleção e supervisão de subcontratados e fornecedores. Esses instrumentos são conhecidos como programas de integridade.

Os programas adotados pelas diversas entidades devem estar em conformidade com o estabelecido pelo art. 56 do Decreto nº 11.129/22, que define os parâmetros para avaliação da suficiência e pertinência desses programas.

Esses parâmetros incluem o comprometimento da alta direção da organização, padrões de conduta, códigos de ética, políticas e procedimentos de integridade, treinamentos periódicos, análise de riscos, controles internos, medidas disciplinares, canais de denúncia de irregularidades, diligências na contratação de terceiros, monitoramento contínuo do programa de integridade e transparência em relação a doações para candidatos e partidos políticos.

Embora o Decreto seja aplicável apenas no âmbito federal, há uma tendência de nacionalização desses instrumentos. Os programas de integridade são ferramentas capazes de mitigar riscos à imagem, fraudes, comportamentos corruptos e antiéticos, prejuízos decorrentes de atos incorretos e perda de contratos, e também resultam em menor investimento na prevenção ao longo do tempo, maior competitividade, eficiência e boa reputação no mercado.

2.5. Tomada de preços e convite

A nova lei trouxe mudanças significativas em relação às modalidades de licitação previstas na legislação anterior. Uma das principais alterações foi a extinção das modalidades de Tomada de Preços e Convite. A Tomada de Preços era uma modalidade de licitação utiliza-

da para contratações de obras e serviços de engenharia de valor médio, entre R\$ 80.000,00 e R\$ 650.000,00, enquanto o Convite era utilizado para contratações de valor inferior a R\$ 80.000,00. Com a nova lei, essas modalidades foram extintas.

O fim da Tomada de Preços e do Convite, aparentemente, tem como objetivo simplificar o processo de contratação pública e reduzir a burocracia, o que pode vir a trazer benefícios para as empresas participantes e para a Administração Pública.

No entanto, é importante ressaltar que o fim da Tomada de Preços e do Convite não significa que a Administração Pública possa dispensar a realização de licitações para contratações de pequeno valor. A nova lei estabelece que a Administração Pública deve sempre utilizar a modalidade de licitação mais adequada para cada contratação, considerando critérios como a natureza do objeto, o valor estimado, o grau de complexidade, entre outros. Além disso, a extinção dessas modalidades de licitação certamente irá trazer impactos para as empresas que eram cadastradas para participar dessas modalidades, empresas pequenas que se utilizavam dessas modalidades para conseguir seus contratos e que agora precisam buscar outras formas de participação em processos licitatórios.

Em suma, o fim da Tomada de Preços e do Convite representa uma importante mudança nas modalidades de licitação previstas na legislação brasileira. Embora possa trazer benefícios em termos de simplificação e eficiência dos processos de contratação pública, é necessário que a Administração Pública continue a realizar licitações de forma transparente, visando garantir a igualdade de oportunidades entre as empresas participantes e a obtenção das melhores soluções para o interesse público.

2.6. Meio eletrônico

A nova lei fixou, por meio de seu artigo 12, incisos V e VI, que a norma geral para todas as contratações passa a ser o emprego do meio eletrônico, o que deve resultar em um processo mais eficiente, transparente e competitivo. Além disso, esta mudança busca tornar mais acessível participar de licitações em qualquer região do território nacional, eliminando assim processos físicos que limitavam geograficamente os competidores.

Com a digitalização, o procedimento torna-se mais econômico e menos burocrático, visto que o trâmite eletrônico reduz os custos com cartórios e elimina a necessidade de carimbos e reconhecimento de firma, substituindo-os por certificados digitais e assinaturas eletrônicas.

Contudo, é importante destacar que essa novidade, apesar de ser direcionada com as melhores intenções para modernizar os processos licitatórios, ainda enfrentará dificuldades de implementação, considerando que muitos órgãos, principalmente órgãos municipais pequenos, não possuíam a estrutura, o equipamento e o treinamento necessário para se utilizar apenas dos meios digitais. De modo que, apesar de ser uma inovação, ainda irá demorar um pouco até que esta norma possa atingir sua eficácia.

Nesse sentido, também cabe comentar aqui sobre uma das principais inovações trazidas pela nova legislação de licitações, a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). Trata-se do canal oficial para a divulgação de todas as licitações realizadas por entidades da Administração Pública, em qualquer localidade do Brasil.

No PNCP, estarão concentrados todos os editais, aditamentos, planos de contratação anuais, catálogos de padronização, atas de registro de preços e demais informações relacionadas às contratações, o portal entrou em funcionamento recentemente e só o tempo poderá dizer sua real capacidade e sua eficácia.

2.7. Mudanças no processo

Houveram diversas mudanças no que concerne ao processo, ao meio de disputa das licitações, como nos critérios de julgamento. Os critérios de julgamento são utilizados para determinar a proposta mais vantajosa. A nova legislação de licitações manteve os critérios de menor preço, melhor técnica (agora denominado “melhor técnica ou conteúdo artístico”), técnica e preço, e maior lance ou oferta. No entanto, também introduziu dois novos critérios: maior desconto e maior retorno econômico.

O critério de maior desconto, o qual já estava previsto na Lei do Pregão, passa a ser aplicável a todas as outras modalidades de licitação. Segundo ele, o vencedor será selecionado com base no maior desconto oferecido em relação ao objeto do contrato, tendo como referência o preço global estipulado no edital da licitação. Importante ressaltar que os descontos devem ser aplicados em todos os termos aditivos do contrato.

Maior retorno econômico.

Já o critério de maior retorno econômico, era previsto no antigo Regime Diferenciado de Contratação (RDC), este critério pode ser utilizado nos contratos de eficiência, ou seja, nos contratos de prestação de serviços que visam reduzir as despesas correntes. Nesse caso, a remuneração será estabelecida pela Administração, com base em um percentual equivalente à economia obtida na execução do contrato. Em outras palavras, o contratado será remunerado com base na eficiência da economia gerada para o poder público.

Entre outras mudanças, cumpre ressaltar o ocorrido com os modos de disputa. Na legislação anterior, as disputas podiam ser realizadas de duas maneiras: por meio de lances em envelopes lacrados ou de forma pública, como no caso do pregão. A nova lei introduziu pelo menos quatro modos de disputa: aberto, fechado, aberto/fechado e fechado/aberto.

No modo aberto, as propostas são apresentadas publicamente em lances sucessivos, podendo ser crescentes ou decrescentes, de forma semelhante ao antigo pregão. No modo fechado, as propostas permanecem em sigilo até a data e hora determinadas para a divulgação. No modo aberto/fechado, a disputa tem início de forma aberta e após um determinado período de tempo, apenas as melhores propostas prosseguem para uma fase de disputa fechada. No modo fechado/aberto, ocorre o oposto, os lances são apresentados inicialmente de forma sigilosa e as melhores propostas avançam para uma fase de disputa aberta.

E, uma das mudanças que veio não para inovar, mas para oficializar um meio já muito utilizado nas licitações, é o credenciamento. Este instituto que já vinha sendo utilizado na prática, foi oficialmente incorporado ao processo licitatório pela nova lei. Trata-se de uma modalidade de contratação direta em que a realização de uma licitação não é exigida. O credenciamento funcionará como um cadastro permanente para fornecedores interessados em atender a uma demanda específica. Assim, quando surgir a necessidade, os fornecedores cadastrados poderão ser contratados diretamente.

A lei determina que o edital de credenciamento permaneça sempre aberto para novos cadastros.

A administração poderá utilizar o credenciamento em três situações: Quando for viável e vantajoso realizar contratações simultâneas em condições padronizadas; Quando o beneficiário do serviço (como, por exemplo, o consumidor) puder escolher o fornecedor credenciado; e em mercados fluidos, nos quais a flutuação constante dos valores e condições contratuais inviabilize a realização de uma licitação.

3. CONTROVÉRSIAS E PROBLEMAS

Apesar de trazer importantes mudanças, a nova Lei de Licitações e Contratos Públicos tem enfrentado críticas e controvérsias em relação a alguns de seus pontos.

Um dos principais problemas enfrentados é o tempo de transição entre a antiga e a nova lei. Visto que, inicialmente, fora concedido um período de vacância de dois anos para que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios se adequassem às novas normas de licitação e a lei pudesse entrar efetivamente em vigor em abril de 2023. No entanto, dois se provaram por ser completamente insuficientes para a transição entre as leis, sendo que a grande maioria dos entes da Federação, especialmente os Municípios, não foi capaz de emitir regulamentos próprios que tipifiquem a nova lei a sua realidade, de modo que o período de vacância da Lei nº 14.133/2021 acabou sendo prorrogado até 29 de dezembro de 2023, a fim de ganhar mais tempo para que os órgãos e membros da Administração Pública se preparem para a vigência definitiva da nova lei.

Outra dificuldade é a exigência de garantias de propostas e de execução contratual, que pode ser um obstáculo para microempresas e empresas de pequeno porte que não tenham capital suficiente ou mesmo condições de oferecer tais garantias. Dependendo do caso, isto poderia ser até mesmo um limitador de concorrência na licitação, privando diversas empresas do segmento de sequer se cadastrarem ou enviarem suas propostas.

Mas a principal crítica à nova lei das licitações é quanto a sua aplicabilidade. A Lei nº 14.133/2021 é uma lei federal cujo teor aparenta, após uma leitura inicial, ser voltado para a esfera federal, mas a lei descreve ritos, normas, procedimentos e processos que devem ser utilizados por todos os membros da Administração Pública, sejam da esfera federal, estadual ou municipal, sendo este o grande problema. O Brasil possui diversos Municípios, muitos deles sem condições estruturais ou financeiras de oferecer tudo aquilo que a nova lei determina. Criando assim, um cenário de confusão na esfera municipal, visto que os Municípios deverão seguir a nova lei de licitações, bem como deverão elaborar decretos, leis municipais e regulamentos internos para disciplinar a lei na sua realidade, mas os mesmos deverão fazer com uma lei que, claramente, não reflete a sua realidade financeira, social ou estrutural.

Enfim, é importante ressaltar que a Nova Lei de Licitações representa uma tentativa de aprimorar o processo de licitação no Brasil e garantir maior eficiência e transparência nas contratações públicas. Apesar das dificuldades e controvérsias em relação a alguns pontos, é importante destacar que a nova lei pode sim ser um importante passo para a modernização do sistema de compras públicas no país, mas deve-se ter em mente que a lei ainda é nova e muito do que ela estabelece ainda é exclusivamente teórico e sem exemplos práticos, apenas o tempo e a experiência irão apontar quais os verdadeiros pontos fortes e fracos da nova legislação.

Cabe aos gestores públicos e à sociedade civil monitorar e avaliar o impacto da nova lei, a fim de garantir que ela atenda aos interesses da coletividade e que as empresas sejam tratadas de forma justa e igualitária no processo de contratação.

4. CONCLUSÃO

Com a Nova Lei de Licitações, espera-se que o processo de contratação de bens e serviços no Brasil seja mais eficiente, transparente e econômico. As mudanças trazidas pela nova legislação são significativas, abrangendo desde a fase preparatória até a execução do contrato.

Apesar dos desafios que a Nova Lei de Licitações enfrenta, sua aprovação pode representar um avanço na busca por um processo licitatório mais justo e eficiente no Brasil. No entanto, é preciso estar atento à sua implementação e aprimoramento, de modo a garantir que as mudanças propostas de fato atinjam seus objetivos e tragam benefícios à sociedade como um todo, do contrário a lei pode acabar por prejudicar o processo de compras públicas.

Assim, é fundamental que os gestores públicos e a sociedade em geral se mantenham sempre atualizados e informados sobre as mudanças trazidas pela Nova Lei de Licitações, de modo a garantir que as contratações públicas sejam realizadas de forma justa, transparente e eficiente, contribuindo para o desenvolvimento do país e o bem-estar da população.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 fev. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.133**, de 1º de abril de 2021. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2 abr. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/logistica-e-transportes/legislacao/lei-n-14-133-de-1-de-abril-de-2021>. Acesso em: 15 fev. 2023.

CÉSAR, Tayanne Pires. **Diálogo Competitivo**: Entenda mais sobre a nova modalidade de licitação. 18/08/2021. Disponível em: <https://figueiredocesar.com.br/2021/08/18/dialogo-competitivo-entenda-mais-sobre-a-nova-modalidade-de-licitacao/>. Acesso em 18/05/2023.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das leis**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: Lei nº 8.666/93. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEIRA, Leonardo Mota. **Dispensa de licitação na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos - Lei nº 14.133/2021**. Jus.com.br. 21/04/2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/90095/dispensa-de-licitacao-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-administrativos-lei-n-14-133-2021>. Acesso em: 18/05/2023.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 48. ed. São Paulo: Malheiros, 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2022.



Esta publicação foi editada e impressa na
Imprensa Oficial do Estado do Amazonas, em papel
Offset 70g/m² em setembro de 2023.

“

Art. 23 – Ao Procurador do Estado, sem prejuízo de outras atribuições, compete:

I – representar o Estado, privativamente, ativa e passivamente, em qualquer juízo ou instância e extrajudicialmente nos assuntos jurídicos de seu interesse;

”



AMAZONAS
GOVERNO DO ESTADO

 **CEJUR**



imprensa oficial
GOVERNO DO ESTADO DO AMAZONAS

ISSN 1807926-1



9 771807 926404