

REVISTA DA
AGU

volume 15 nº 02 - Brasília-DF, abr./jun. 2016

CLASSIFICAÇÃO — QUALIS B1

<http://seer.agu.gov.br>

Revista da da AGU	Brasília	v. 15	nº 02	p. 1-332	abr./jun. 2016
-------------------	----------	-------	-------	----------	----------------

Revista da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 6, lote 800 - Térreo -
CEP 70610-460 - Brasília/DF - Brasil. Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: escolaagu.secretaria@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro José Eduardo Martins Cardozo

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque Faria	Secretário-Geral de Consultoria
Renato Rodrigues Vieira	Procurador-Geral Federal
Paulo Henrique Kuhn	Procurador-Geral da União
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
José Levi Mello do Amaral Júnior	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretária-Geral de Contencioso

ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva	Diretora
Andrea Maria Nogueira Cajueiro Zanon	Vice-Diretora
Nélida Maria de Brito Araújo	Coordenadora Geral

ABNT(adaptação)/Diagramação: Niuza Lima /Gláucia Pereira

Capa: Niuza Lima

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da AGU / Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes
Leal. - Brasília : EAGU, 2002.
v. ; 23 cm.

Quadrimestral: n.1, 2002-n.14, 2007. Trimestral: n.15, 2008-.

Primeiro número editado como edição especial de lançamento.

Primeiro título da publicação: Revista da AGU: Centro de Estudos Victor Nunes
Leal Advocacia-Geral da União (2002-n.6, abr.2005). Altera o título para: Revista da
AGU : Escola da Advocacia-Geral da União (n.7, ago. 2005-2007). Continuada com o
título: Revista da AGU (2008-).

Apartir de 2015 houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá
numeração 1-4 em todos os anos subsequentes.

ISSN 1981-2035

I. Direito Público. II. Advocacia-Geral da União.

CDD 341.05
CDU 342(05)

Conselho Editorial

Juliana Sahione Mayrink Neiva - DF
André Luiz de Almeida Mendonça - ESP
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy - SP
Jefferson Carús Guedes - DF
Mariana Filchtiner Figueiredo - RS
Otávio Luiz Rodrigues Junior - SP
Regina Linden Ruaro - RS

EDITOR CHEFE

Juliana Sahione Mayrink Neiva - DF

VICE-EDITORES

André Luiz de Almeida Mendonça - ESP
Jefferson Carús Guedes - DF

EDITORES ASSISTENTES

Gláucia Maria Alves Pereira
Niuza Gomes Barbosa de Lima

Pareceristas Nacionais

Allan Carlos Moreira Magalhães - AM	Flávio Roberto Batista - SP
Alexandre Reis Siqueira Freire - DF	Grégoire Moreira de Moura - MG
André Luiz Santa Cruz Ramos - DF	Gustavo Augusto Freitas Lima - DF
André Petzhold Dias - AM	Icaro Demarchi Araujo Leite - ITA
Andrea de Quadros Dantas Echeverria - DF	José Tadeu Neves Xavier - RS
Carlos José de Souza Guimarães - RJ	Judivan Juvenal Vieira - DF
Carolina Yumi de Souza- SP	Karla Margarida Martins Santos - DF
Celso Hiroshi Iocohama - PR	Leonardo Vizeu Figueiredo - RJ
Clóvis Juarez Kemmerich - RS	Luís de Freitas Júnior - POR
Cristina Campos Esteves - MG	Luís Carlos Martins Alves Jr. - DF
Dalton Santos Morais - ES	Luis Cláudio Martins de Araújo - RJ
Denise Lucena Cavalcante - CE	Luiz Henrique Diniz Araújo - PE
Dimitri Brandi de Abreu - DF	Marco Antonio Perez de Oliveira - SP
Douglas Henrique Marin dos Santos - DF	Mariana Barbosa Cirne - DF
Eduardo Rocha Dias - CE	Natalia Camba Martins - SP
Eliana Pires Rocha - ESP	Omar Bradley Oliveira de Sousa - PB
Elomar Lobato Bahia - ARG	Oswaldo de Souza Santos Filho - SP
Eugênio Battesini - RS	Raimundo Márcio Ribeiro Lima - RN
Fabiano André de Souza Mendonça - RN	Raphael Greco Bandeira - DF
Fernanda Menezes - DF	Raphael Peixoto de Paula Marques - DF
Filipo Bruno Silva Amorim - RN	Rui Magalhães Piscitelli - DF
Flávia Danielle Santiago Lima - PE	Valdirene Ribeiro de Souza Falcão - SP

Pareceristas Internacionais

Gustavo Calvino - ARG
Nicolás Rodríguez García - ESP
Pedro Tomás Nevado-Batalla Moreno - ESP

SUMÁRIO

Editorial.....7

ARTIGOS

O ICMS - Importação e I.I. nos Downloads e a Legalidade de sua Fiscalização e Cobrança Analisados sob a Ótica das Garantias Constitucionais e da Lei do Marco Civil da Internet
ICMS - Import and Import Duty in the Downloads and the legality of its Supervision and Charging analyzed under the optics of Constitutional Guarantees and the Internet Marco Civil Law
Alexandre Tavares da Silva09

Atualidades Acerca do Regime dos Precatórios
Updates About Writs of Payment
André Luiz dos Santos Nakamura37

Licitações Sustentáveis: uma discussão à luz dos princípios da igualdade, da competitividade, da vantajosidade e da economicidade da licitação
Sustainable Criteria in Government Acquisition: a discussion in the light of the principles of equality, competitiveness, advantage and economy of the government acquisition
André Sekunda Gallina
Lissandra Espinosa de Mello Aguirre67

Direitos Humanos Sociais e Jurisprudência de Crise: um estudo a partir do caso “Da Conceição Mateus e Santos Januário versus Portugal”
Social Human Rights and Jurisprudence of Crisis: a study from the case “Da Conceição Mateus and Santos Januário against Portugal”
Gabriel Prado Leal93

A Evolução da Responsabilidade Civil e suas Implicações atuais no Direito de Família: análise da possibilidade de indenização por abandono afetivo
The Evolution of Liability ad its Implications Current in Family Law: analysis of the possibility of damages for emotional abandonment
Giulliano Caçula Mendes.....127

A Transação Tributária e o Mito da (In)disponibilidade dos Interesses Fazendários
The Transaction in Tax Conflicts and the Myth of Treasury’s Interests Indisponibility
João Ricardo Catarino
Guilherme de Mello Rossin155

A Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: objetiva ou subjetiva? <i>Civil Liability of State for Failure: objective or subjective?</i> Leonardo Bas Galupe Lagos.....	187
Regime Punitivo dos Atos de Improbidade Administrativa – Uma Revisão da Teoria da não Cumulatividade das Sanções <i>Punitive System of the Administrative Misconduct – A Review of Penalty’s not Cumulative Theory</i> Márcio Fernando Bouças Laranjeira.....	215
Orçamento e Transparência: uma conquista sem fim ou como a Gestão Pública flerta com a opacidade <i>Budget and Transparency: a conquest without end how Public Management flirting with opacity</i> Raimundo Márcio Ribeiro Lima	251
Regulação da Mídia, Opressão e Democracia: aproximações com a experiência Argentina <i>Media Control, Oppression and Democracy: approaches to the Argentinian experience</i> Ricardo Cavalcante Barroso	291

PARECER

PARECER Nº 361/2016/CGAA/CONJUR-MEC/CGU/AGU <i>Alexandre Magno Fernandes Moreira.....</i>	317
--	-----

EDITORIAL

Prezados Leitores, a Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal, tem o prazer de apresentar, a Revista da AGU nº 02, Volume 15, referente ao trimestre abril/junho de 2016.

Esta segunda edição do ano de 2016, da mesma forma que as anteriores, expõe artigos com uma variedade de temas que conduzem os leitores à reflexão e à interpretação, estabelecendo, dessa forma, uma ponte de diálogo com os autores e, conseqüentemente, estendendo o conhecimento à comunidade jurídica em geral.

O texto que abre a edição, tem por objeto, tema do direito tributário que trata da lei do Marco Civil da Internet, que possibilita ao Estado, fiscalizar as atividades de downloads sem que isso viole as garantias constitucionais ligadas ao sigilo, inviolabilidade e à privacidade das comunicações. O autor põe em causa se as ferramentas tecnológicas e as garantias da Administração Tributária, no que diz respeito a fiscalização, serão a possível solução para a celeuma da tributação do ICMS-Importação e do Imposto sobre Importação no caso dos downloads internacionais.

O segundo artigo, apresentado por dois autores, visa discutir se a realização de licitações sustentáveis ofenderia os princípios da igualdade, da competitividade, da vantajosidade e da economicidade da licitação. O exame da questão se dá pela alteração dada à Lei 8.666/93, através da Lei 12.349 que em 2010, incluiu, como objetivo da licitação, o desenvolvimento nacional sustentável, o que promoveu a realização de licitações sustentáveis pelos órgãos públicos.

O terceiro trabalho trata da atual disciplina dos precatórios. O autor faz uma análise da finalidade do regime dos precatórios, a possibilidade de acordo perante processos judiciais, bem como a inconstitucional demora no pagamento dos precatórios e as várias moratórias já realizadas.

Damos destaque ao quarto artigo, por se tratar, de acordo com seus avaliadores, de um tema atual e muito interessante. A abordagem e o conteúdo do trabalho se mostram extremamente satisfatórios. O trabalho estuda o papel da jurisdição internacional na proteção dos direitos sociais, tendo por base o caso “Da Conceição Mateus e Santos Januário *versus* Portugal”, julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. É uma análise a respeito da “humanização do Direito Internacional”, ou seja, a ocorrência, em demasia, de reclamações dos direitos sociais diretamente aos tribunais internacionais, questionando qual deve ser o papel de um tribunal internacional de direitos humanos na apreciação do cumprimento desses direitos pelos Estados nacionais.

O quinto artigo é o segundo assunto de natureza tributária tratado nesta edição. A pesquisa tem por objetivo analisar a admissibilidade da transação como meio alternativo para a solução de conflitos nas relações

tributárias, mediante concessões mútuas, e consequentemente, a extinção do crédito tributário, conforme prevê o Código Tributário Nacional.

O sexto trabalho apresenta como tema a responsabilidade civil do Estado por omissão a um terceiro que sofre dano. O objetivo do autor é expor os principais argumentos apresentados pela doutrina com relação a qual teoria deve ser aplicada nos casos de responsabilidade civil do Estado por omissão, se a teoria objetiva ou a subjetiva.

Como sétimo, temos um artigo no campo do direito administrativo. Neste estudo, analisa-se o regime punitivo dos atos de improbidade administrativa, em especial, a aplicação compulsória de determinadas sanções, nos casos em que, após regular processo judicial, tenha-se aferido a prática de conduta ímproba por servidor público, nos termos da Lei n.º 8.429/1992.

O oitavo artigo trata da relação entre orçamento e transparência como mecanismo de aperfeiçoamento da gestão fiscal, colocando em destaque a importância do controle social para transformação das instituições públicas. O trabalho discute, ainda, os relevantes aspectos conceituais da transparência, da acessibilidade de informações e da publicidade no contexto de uma gestão pública democrática.

Como nono artigo apresentamos um estudo que discute a importância da necessidade de uma regulação estatal e social do uso dos meios de comunicação de massa como providência capaz de realizar os valores fundantes de liberdade, igualdade e democracia numa perspectiva para além do liberalismo clássico. Como exemplo, o autor cita a experiência argentina, através da denominada ley de médios, que trará importante contribuição para influenciar o debate sobre a regulação da mídia no Brasil.

O décimo e último artigo faz uma análise histórica da evolução da responsabilidade civil e de como se tornou possível sua aplicação no campo dos direitos extrapatrimoniais, inclusive no campo do direito de família, destacando o polêmico acórdão prolatado pelo STJ no RESP 1.159.242/SP que condenou determinado pai a indenizar à filha por abandono afetivo.

Por fim, a Revista da AGU publica interessante Parecer do doutor Alexandre Magno Fernandes Moreira, Procurador do Banco Central, que tem como assunto o ensino de “ideologia de gênero” nas escolas.

A Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal finaliza essa apresentação agradecendo a todos os autores, Pareceristas e leitores que colaboram para a existência deste periódico e com um convite à leitura da Revista da AGU eletrônica disponível em: <http://seer.agu.gov.br>.

Juliana Sahione Mayrink Neiva
Diretora da Escola da AGU
Editora Chefe da Revista da AGU

RECEBIDO EM: 13/10/2015

APROVADO EM: 23/03/2016

O ICMS - IMPORTAÇÃO E I.I. NOS DOWNLOADS E A LEGALIDADE DE SUA FISCALIZAÇÃO E COBRANÇA ANALISADOS SOB A ÓTICA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E DA LEI DO MARCO CIVIL DA INTERNET

***ICMS - IMPORT AND IMPORT DUTY IN THE DOWNLOADS AND
THE LEGALITY OF ITS SUPERVISION AND CHARGING ANALYZED
UNDER THE OPTICS OF CONSTITUTIONAL GUARANTEES AND
THE INTERNET MARCO CIVIL LAW***

Alexandre Tavares da Silva

Advogado

ESA-PB Esacola Superior de Advocacia da OAB/PB

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os Estados e A Guerra Fiscal nas Compras On-Line; 2 Os Bens Corpóreos e Incorpóreos; 3 O ICMS; 4 O Imposto de Importação; 5 Download - O momento da ocorrência do fato gerador; 6 Lei do Marco Civil da Internet e As Garantias Constitucionais; 7 A Administração Tributária; 8 Possíveis Soluções de Fiscalização; 9 Conclusão; Referências.

RESUMO: Sob o aspecto da tributação feita nas compras via internet, especificamente quanto aos downloads de programas os mais diversos e álbuns de músicas dentre outros, classificados como mercadorias incorpóreas conforme veremos adiante, e feitos a partir de outros países, ou seja, naquelas compras em que se poderia cobrar ICMS – Importação e o I.I - Imposto de Importação, conforme se cobra nas compras de bens corpóreos, a rapidez da evolução tecnológica que avança por sobre os sujeitos passivos e ativos da relação tributária, faz com que o Fisco e o contribuinte sofram suas consequências no que se refere ao poder de exigir o tributo em tese devido, e de outro lado, as sequelas da insegurança jurídica diante da ausência de regulamentação. A Lei 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet parece ter entregue as ferramentas adequadas para que o Estado possa fiscalizar atividades de downloads sem que isso implique desrespeito as garantias constitucionais ligadas ao sigilo, inviolabilidade e à privacidade das comunicações. A EC 87/2015 que apazigou parte da guerra fiscal dos Estados membros em busca de parcela da receita sobre as aquisições de mercadorias corpóreas feitas via on-line, igualmente contribuiu para delinear o futuro da tributação on-line em nosso ordenamento. As ferramentas tecnológicas e as garantias da Administração Tributária no que diz respeito a fiscalização, aliadas ao novíssimo ordenamento constitucional e infra-constitucional disponível neste momento, serão a possível solução para a celeuma da tributação do ICMS-Importação e I.I no caso dos downloads internacionais?

PALAVRAS-CHAVE: Direito Tributário. Tributação On-line. Comércio Eletrônico. Imposto de Importação.

ABSTRACT: Under the aspect of taxation on purchases made on the Internet, specifically the downloads of various programs and albums of songs among others, classified as intangible goods as we shall see, and made from other countries, those purchases where could be charged ICMS - Import and II - Import Duty, as charged on tangible goods purchases, the speed of technological evolution makes the tax authorities and taxpayers suffer consequences in the relation to the power to require the tax theoretically due, and on the other hand, the consequences of the legal uncertainty in the absence of regulation. The Law 12.965/2014, known as the Civil Law of the Internet seems to have given the right tools for the state oversee downloads activities without disregard to constitutional guarantees linked to confidentiality, inviolability and privacy of communications. The Constitutional Amend nº 87/2015, that pacified the tax war of the member states on purchases made online, also contributed to outline the future of online taxation in our system. Technological tools and the guarantees

of the Tax Administration regarding supervision, combined with the new Constitutional Amend and Infra-constitutional laws available at this time, will be the possible solution to the ICMS-Import and Import Duty taxation in the case of international downloads?

KEYWORDS: Tax Law. Online Taxation. E-Commerce. Import Duty.

INTRODUÇÃO

Quando ocorrem mudanças significativas nas relações humanas, especialmente naquelas que traduzem melhorias na inter-relação entre as pessoas e os povos, surgem igualmente novos desafios para melhor incorporar o novo e ainda mais, implementá-lo de condições suficientes para que sua permanência e melhoramento possam ser constantes, sem que se perca nada do que se apresenta como solução para novos e velhos problemas. É na área do Direito que as novidades destas relações descarregam suas problemáticas no tocante a regulamentação que possibilite segurança jurídica para as mesmas. Para Marco Aurélio Greco¹ “O Direito Tributário não escapa a esta realidade. Ao contrário, a história mostra que, nos momentos de profunda transformação da sociedade, é este ramo do Direito um dos primeiros a sofrer os impactos do ‘novo’. Assim é, pois ele corresponde a um dos mais sensíveis campos do relacionamento entre cidadão e Estado, nele se configurando o contexto em que diretamente é necessário buscar o ponto de equilíbrio do binômio autoridade/liberdade”. É, pois, exigido, por ambas as partes, a tomar as rédeas da nova situação no intuito de estabelecer o justo tratamento diante das necessidades do Estado e da justiça fiscal.

A tributação na internet é o grande desafio trazido do mundo virtual para o mundo real, isso sem falar na problemática da jurisdição, dos espaços geográficos que inexistem nas relações cibernéticas, além de uma falta de órgãos centralizadores/fiscalizadores no âmbito da grande rede. Sobre os cuidados que se deve ter ao buscar soluções, alerta o professor Marco Aurélio Greco²: “critérios que assegurem um equilíbrio, sob o ponto de vista axiológico, para que não se instaurem distorções e privilégios, seja por afastar a aplicabilidade absoluta das normas, seja por impor cegamente sua aplicação a hipóteses manifestamente inadequadas”

1 GRECO, Marco Aurélio. *Estabelecimento tributário e sites na internet*. Direito & internet: aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Edipro, 2000. p. 299-300.

2 GRECO, Marco Aurélio. *Estabelecimento tributário e sites na internet*. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito & internet: aspectos jurídicos relevantes*. Bauru: Edipro, 2001. p. 314.

Os governos de todo o planeta se encontram hoje quase sem alternativas diante da impossibilidade legal de se buscar uma taxaço nas transa oes ocorridas via internet, isto, em parte, graças as liberdades e garantias individuais que protegem a maioria dos cidadãos em quase todo o mundo; se por um lado isso   benéfico, por outro, tem trazido desequilíbrios e perdas na arrecada o para os Estados que precisam onerar ainda mais outros meios, o comércio tradicional, por exemplo, como forma de suprir os cofres públicos para a consecua o de seus objetivos institucionais.

O comércio eletrônico cresce exponencialmente, substituindo tradicionais formas de comércio pelas inovadoras ferramentas virtuais que possibilitam em poucos minutos a efetiva o de transa oes que demonstram capacidade contributiva, transferência de riquezas, negócios jurídicos de alta complexidade ou não, além de permitirem a mudança de titularidade de bens corpóreos e incorpóreos, este último, talvez, o que mais problemas traga quanto a sua identifica o e taxaço no mundo real, corpóreo, conforme veremos a partir de agora. As transa oes e trocas de mensagens que ocorrem via internet nem sempre se tratam de negócios jurídicos e/ou fatos tributáveis, podem ocorrer igualmente rela oes de cunho pessoal e particular. No universo da comunica o empreendida entre as pessoas na grande rede, pode ocorrer a troca de conteúdo via download e   isso que preocupa! O que pode ou não estar sendo transferido em um download   matéria que precisa ser examinada porque   a partir do conteúdo identificável dos downloads que se poderá pensar em taxar os mesmos.

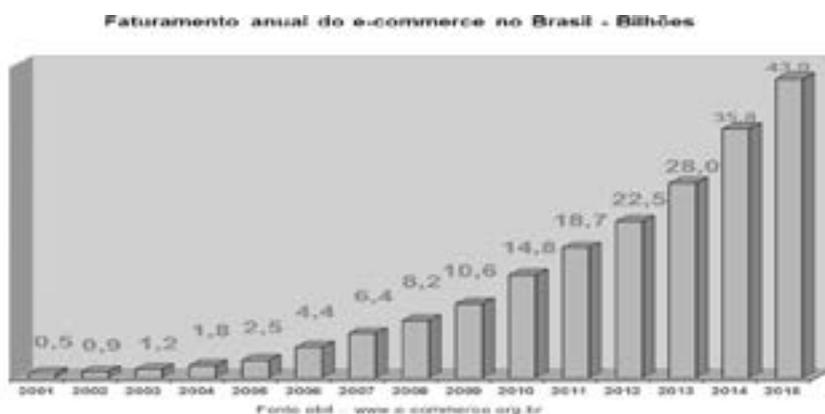
O comércio de bens corpóreos, aquelas mercadorias que estão ao alcance de nossos sentidos, tais como o carro, o pincel, o tablet, dentre outros, são as mercadorias que primeiro foram manipuladas via internet, e isso se deu apenas em substitui o ao antigos catálogos e revistas que expunham seus produtos e ficavam a espera de um contato pessoal ou telef nico que pudesse, por fim, concretizar a venda do produto que seria entregue fisicamente no local escolhido pelo cliente; se deu o mesmo com o mundo virtual, porém de forma mais dinâmica: o cliente acessa o endereço eletrônico do vendedor, escolhe seu produto, diz onde quer que o mesmo seja entregue e escolhe uma das muitas formas de pagamento disponibilizadas pela rede bancária, sem ter que tratar com qualquer pessoa, tudo via eletrônica.

1 OS ESTADOS E A GUERRA FISCAL NAS COMPRAS ON-LINE

No Brasil, desta nova forma de comércio, surgiu o desequilíbrio de arrecada o de ICMS, isto porque os Estados que tradicionalmente vendiam seus produtos (Rio, São Paulo, Paraná) eram aqueles em que as

empresas de comércio on-line com suas lojas virtuais estavam estabelecidas, além de outras que buscavam por lá se estabelecerem, agraciadas pela legislação que reforçava as desigualdades regionais. Isso ocorria porque a fórmula antiga de repartição do ICMS permitia que fosse aplicada a alíquota interna, geralmente alta, àqueles compradores não contribuintes do imposto e localizados em outro estado, ficando 100% do imposto para o Estado de origem do produto. Este desequilíbrio começou a chamar a atenção dos Estados compradores que perceberam a queda na arrecadação enquanto aqueles outros tinham aumento de receita, deixando visível mais uma das injustas facetas do nosso pacto federativo que há tempos pede por uma nova redefinição.

A título ilustrativo vejamos a evolução gráfica³ do comércio eletrônico no Brasil, podendo imaginar o quanto lucravam os Estados vendedores:



Diante da pressão dos Estados compradores, em recentíssima alteração, na data de 16/04/2015 foi promulgada a Emenda Constitucional Nº 87 de 2015, que alterou a sistemática de cobrança do ICMS nas operações interestaduais destinadas a não-contribuintes do imposto, corrigindo a distorção arrecadatória em desfavor dos Estados compradores, vejamos a Emenda:

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

3 *Evolução da Internet e do e-commerce*. Disponível em: <www.e-commerce.org.br/stats.php>. Acesso em: 08 maio 2015.

Art. 1º Os incisos VII e VIII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 155

[...]

§ 2º

[...]

VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;

a) (revogada);

b) (revogada);

VIII - a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída:

a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto;

b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto;

[...] (NR)

Pela nova redação, não teremos diferenciação entre as operações destinadas a consumidores finais, ou seja, tanto faz se forem contribuintes ou não. Em ambos os casos, será devido o diferencial de alíquota para o Estado destinatário que poderá ficar com alguma parte dessa receita no que diz respeito aquelas transações feitas pelos não-contribuintes do imposto. A responsabilidade pelo recolhimento do diferencial de alíquota será determinada pela condição do destinatário. Quando este for contribuinte do ICMS, será responsável pelo recolhimento, quando não for, caberá ao remetente esta responsabilidade.

Evitando não impactar bruscamente a arrecadação dos Estados remetentes, a EC 87/15 estabelece que essa mudança será gradual, conforme art. 99 do ADCT:

Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 99:

Art. 99. Para efeito do disposto no inciso VII do § 2º do art. 155, no caso de operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte localizado em outro Estado, o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual será partilhado entre os Estados de origem e de destino, na seguinte proporção:

I - para o ano de 2015: 20% (vinte por cento) para o Estado de destino e 80% (oitenta por cento) para o Estado de origem;

II - para o ano de 2016: 40% (quarenta por cento) para o Estado de destino e 60% (sessenta por cento) para o Estado de origem;

III - para o ano de 2017: 60% (sessenta por cento) para o Estado de destino e 40% (quarenta por cento) para o Estado de origem;

IV - para o ano de 2018: 80% (oitenta por cento) para o Estado de destino e 20% (vinte por cento) para o Estado de origem;

V - a partir do ano de 2019: 100% (cem por cento) para o Estado de destino.

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos no ano subsequente e após 90 (noventa) dias desta.

Parece ter havido solução mas não foi bem assim. A problemática tratada pela emenda trata do comércio de bens corpóreos, aqueles que ao serem comprados tem que dar saída do estabelecimento do vendedor para o seu destinatário final, o consumidor; trata-se do comércio que, por sua natureza, tem que ter suas mercadorias fisicamente movidas de um para outro lugar. Nestas relações, o comprador informa, dentre outros dados, onde deverá ser entregue o produto adquirido, o que facilita a identificação de qual Estado receberá o crédito do imposto e ainda de quem é a responsabilidade pelo recolhimento do imposto devido. Pergunta-se agora: E nos casos em que as compras realizadas disserem respeito a produtos/bens/mercadorias incorpóreas?

É sabido que o volume de transações patrimoniais ocorridos diariamente na internet não se referem apenas a bens corpóreos e o que fazer para tributar-se aqueles outros bens, ditos incorpóreos?

2 OS BENS CORPÓREOS E INCORPÓREOS

A princípio temos que buscar definir o que seriam bens incorpóreos e a nossa legislação não define objetivamente o que seriam tais bens, no entanto, podemos extrair essa definição, por exemplo, quando da análise da segunda parte do artigo 191 do Código Comercial, que data do ano de 1850, vejamos:

É unicamente considerada mercantil a compra e venda de efeitos móveis ou semoventes, para os revender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso; compreendendo-se na classe dos primeiros a moeda metálica e o papel moeda, títulos de fundos públicos, ações de companhias e papéis de crédito comerciais, contanto que nas referidas transações o comprador ou vendedor seja comerciante.

Para o autor Pedro Guilherme Accorsi Lunardelli⁴, fica clara a distinção entre bens corpóreos e incorpóreos – mercadorias: “(...)parece-nos terem sido levados à condição de critério definidor desse termo a característica de o objeto estar relacionado à prestação de um contrato de compra e venda mercantil, e pelo menos um dos partícipes desta relação preencher as qualidades de comerciante. Acessória, portanto, seria a característica de tal objeto ser um bem corpóreo”.

Se o autor entende que ações de companhias, papéis de crédito comerciais, títulos de fundos públicos são passíveis de compra e venda mercantil, mesmo tendo em conta sua óbvia natureza não corpórea, não há porque não dizermos que não temos uma definição do termo mercadoria incorpórea. Podemos inferir que mercadoria é tudo aquilo que é passível de comércio, não apenas por suas características intrínsecas, mas pela qualidade que a mesma possua de estar apta ao comércio, ser passível de mudança de titularidade, com onerosidade, e dentre outras coisas, independente do meio que lhe sirva de transporte, poder ser transferida, deslocada.

Pontes de Miranda⁵ concebe como mercadoria bens corpóreos, bem como os incorpóreos:

A expressão “mercadoria” que se empregou, estritamente, no sentido de bem, corpóreo ou incorpóreo, com que se comercia (= mercancia),

4 LUNARDELLI, Pedro Guilherme Accorsi. Tributação na Internet. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n. 59. p. 83. ago. 2000.

5 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. t. 15, Campinas: Bookseller, 1999. p. 449.

somente se referia a bem que pode entrar em circulação comercial (Código Comercial, arts. 200, 201, 219, 446, 816, 874, etc.), ou em sentido, estritíssimo, de bem comercial que não fosse dinheiro, papéis de crédito, efeitos e valores (Código Comercial, arts. 10, 4, 33, 273, etc.): há de ser recebida, hoje, no sentido de qualquer bem, corpóreo ou incorpóreo, inclusive moeda, papel-moeda, títulos de crédito, créditos documentados, propriedade intelectual e propriedade industrial, que possa ser alienado como elemento de circulação comercial, portanto desde a produção (indústria, agricultura).

Apenas para lembrar, a energia elétrica também passou por toda essa celeuma sobre se seria ou não tratada como mercadoria, até que finalmente passou a ser tratada como tal, nos termos do atual art. 150, §3^o⁶, que permite a cobrança do ICMS sobre as operações relativas à energia elétrica.

Sobre a energia elétrica, José Eduardo Soares de Melo⁷ elucida:

Mercadoria, tradicionalmente, é bem corpóreo da atividade empresarial do produtor, industrial e comerciante, tendo por objeto a sua distribuição para consumo, compreendendo-se no estoque da empresa, distinguindo-se das coisas que tenham qualificação diversa, segundo a ciência contábil, como é o caso do ativo permanente.

Este conceito sofreu ampliação constitucional ao submeter o fornecimento de energia elétrica (coisa incorpórea) ao âmbito de incidência do ICMS, enquadrando-o no espectro mercantil (art. 155, § 3^o, CF).

O Código do Consumidor em seu artigo 3^o, parágrafo 1^o inclui na categoria de produtos, aqueles ditos imateriais ou incorpóreos: “§ 1^o Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”. Ora, era preciso que a proteção ao consumidor definisse o que fosse produto tendo em vista que as mercadorias não mais se resumem a objetos físicos, palpáveis através de nossos sentidos humanos, tendo passado a ser percebidas através de outros meios, tais como o computador, o celular, e os moderníssimos vídeos games dentre uma infinidade de aparelhos que precisam ser ou

6 § 3^o. À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do *caput* deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País. (Redação dada pela Emenda Constitucional n^o 33, de 2001).

7 MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS: teoria e prática*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2003. p. 18.

estarem abastecidos com produtos incorpóreos, programas de computador e downloads de jogos que lhes emprestam “vida” e utilidade.

Respeitando a competência tributária do art. 110 do CTN⁸, ao interpretar uma norma, fica o interprete autorizado a buscar os significados de um termo nos ramos do direito privado, isto, autorizado pelo artigo 109 do CTN⁹. Urge, pois, dar interpretação extensiva ao conceito de mercadoria, que passaria a abarcar desde a energia elétrica, passando pelos títulos públicos e ações de empresas até os downloads de softwares, programas, jogos e outros serviços trafegados pela internet.

3 O ICMS

Visto que bens incorpóreos podem ser inseridos no contexto do termo Mercadoria, resta saber quando esses bens devem ser tributados via ICMS e ainda II – Imposto de Importação quando for o caso.

O caso mais comum de dúvida nesses casos não se refere mais as compras de bens corpóreos via internet, as quais foram recentemente pacificadas pela EC 87/2015, trata-se das transações on-line com bens incorpóreos, downloads tais como softwares, músicas, programas diversos, serviços, dentre outros, tendo em vista ainda a sua origem ou procedência, ou seja, quando forem feitos a partir de outros países, caracterizando verdadeira operação de importação via download. Vejamos.

É fato que a EC 87/2015 pacificou parte da disputa pelos créditos de ICMS, ocorre que agora haveremos de lidar com a segunda parte da tributação on-line: O que fazer quanto aos downloads feitos a partir de outros países? Deve-se cobrar ICMS e II? Como Fiscalizar e Cobrar? Há autorização legislativa para tal desiderato?

Não discutiremos o conteúdo em sí do download, se produto ou serviço, apenas a possibilidade de exigir-se o tributo quando devido e as formas de fiscalização e cobrança dos mesmos, além de pôr estas questões sob a ótica das garantias individuais de nosso ordenamento.

8 Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

9 Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Conforme já extensamente exposto, bens incorpóreos, dentre eles os downloads, podem ser compreendidos como mercadorias; em sendo mercadorias, estariam sujeitos ao ICMS-Importação e ao II? Entendemos que sim. Necessário se faz voltar a uma questão que ainda encontra-se pendente de julgamento no STF, a ADI nº 1.945 que teve origem no Estado do Mato Grosso quando o legislador daquela federação editou a Lei nº 7.098/98 que dentre outras coisas estabelece no art. 2º, § 1º, inciso VI da Lei a incidência de ICMS sobre operações com programas de computador, ainda que realizadas por transferência eletrônica de dados:

Art. 2º O imposto incide sobre:

I – operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos

similares;

[...]

§ 1º O imposto incide também:

[...]

VI - sobre as operações com programa de computador - software, ainda que realizadas por transferência eletrônica de dados. (grifo nosso)

Grande mérito do Estado Mato do Grosso em ter trazido à baila esta faceta do comércio eletrônico, contudo, deixou de dizer quais mecanismos seriam usados na fiscalização, como e quando se cobraria o tributo. Conforme dito, a indigitada ADI permanece pendente de julgamento, e autorizando o Estado do Mato Grosso a cobrar o imposto, contudo, a clareza e excelente didática do Min. Nelson Jobim na análise do tema merecem destaque:

O que se tem no comércio de programas de computador? Transfere-se um determinado bem que, no caso específico, é uma linguagem matemática binária que compõe os programas de software, dependendo da natureza e sofisticação. Como é que se transfere, através de um mecanismo eletrônico, se não se tinha acesso à internet? O programa era conduzido ao consumidor pelas vias de um disquete – não estou

falando em CD-ROM, e, sim, em programas de incorporação. [...] “E como isso é transferido para o seu disco rígido do seu computador? Pelo sistema que eles denominam “download”, ou seja, acessa, depois de feitos todos os mecanismos, você autoriza, e o computador fica parado uns 10, 15 minutos, dependendo do tamanho do programa, e você incorpora para dentro do programa. Qual é a diferença entre um e outro? É que a linguagem binária que compõe o “software”, ou é transmitida tendo como base um disquete ou por meio do sistema da Internet. Adquiro, então, o que se contém dentro do disquete ou aquilo que me é transmitido via sistema de Internet. Qual a diferença entre um bem e outro? Nenhuma. O que eu adquiri foi um sistema de software. A diferença fundamental foi a forma pela qual me foi transferido esse sistema.

Na verdade, o Min. Nelson Jobim, brilhantemente esclareceu que o que deve ser tributado é o conteúdo e não o meio físico usado para sua efetiva entrega; hoje, é o meio físico que é usado como parâmetro.

Vejamos e Ementa¹⁰:

Ementa

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito Tributário. ICMS. 2. Lei Estadual 7.098, de 30 de dezembro de 1998, do Estado de Mato Grosso.

Inconstitucionalidade formal. Matéria reservada à disciplina de lei complementar. Inexistência. Lei complementar federal (não estadual) é a exigida pela Constituição (arts. 146, III, e 155, § 2º, XII) como elo indispensável entre os princípios nela contidos e as normas de direito local. 3. Competência do Supremo Tribunal para realizar controle abstrato de constitucionalidade. Lei que dá efetividade a comando da Constituição Federal pela disciplina de normas específicas para o Estado-membro. 4. Restituição de valores cobrados em substituição tributária e fixação de critérios para o cálculo do imposto (arts. 13, § 4º, e 22, par. Único, da Lei impugnada). Delegação a decreto de matérias albergadas sob o manto da reserva legal. Existência de *fumus boni iuris*. 5. Discriminação do pagamento antecipado a determinado setor produtivo (art. 3º, § 3º, da Lei impugnada). Razoabilidade do critério objetivo em que repousa a distinção. Inexistência de violação ao princípio da isonomia. 6.

10 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1945&processo=1945>>. Acesso em: 08 maio 2015.

Previsão de incidência do ICMS sobre “prestações onerosas de serviços de comunicações, por qualquer meio” (art. 2º, § 2º, da Lei impugnada). Dispositivo cuja redação pouco destoa da determinação constitucional (art. 155, II). Ausência de relevância jurídica na fundamentação para o deferimento da liminar. 7. Previsão de incidência de ICMS sobre serviço de comunicação “iniciado fora do território mato-grossense” (arts. 16, § 2º, e 2º, § 3º, da Lei impugnada). Inexistência, em juízo preliminar, de interpretação extensiva a violar o regime constitucional de competências. 8. ICMS. Incidência sobre softwares adquiridos por meio de transferência eletrônica de dados (art. 2º, § 1º, item 6, e art. 6º, § 6º, ambos da Lei impugnada). Possibilidade. Inexistência de bem corpóreo ou mercadoria em sentido estrito. Irrelevância. O Tribunal não pode se furtar a abarcar situações novas, consequências concretas do mundo real, com base em premissas jurídicas que não são mais totalmente real, com base em premissas jurídicas que não são mais totalmente corretas. O apego a tais diretrizes jurídicas acaba por enfraquecer o texto constitucional, pois não permite que a abertura dos dispositivos da Constituição possa se adaptar aos novos tempos, antes imprevisíveis. 9. Medida liminar parcialmente deferida, para suspender a expressão “observados os demais critérios determinados pelo regulamento”, presente no parágrafo 4º do art. 13, assim como o inteiro teor do parágrafo único do art. 22, ambos da Lei 7.098/98, do Estado de Mato Grosso.

Em sentido contrário, o Recurso Extraordinário nº 176.626/SP¹¹, cuja ementa vem a seguir, estabeleceu, após a discussão sobre se a mercadoria seria bem corpóreo ou não, o fato de que apenas mercadoria corpórea seria admitida quando da incidência do ICMS, confundido o meio com o próprio conteúdo. Ora, verificando-se que “licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador” são mercadorias incorpóreas e ainda assim admitindo-se a cobrança do ICMS, então a criação do espírito (*corpus mysticum*) e suporte físico (*corpus mechanicum*) ficam confundidos num só objeto tributável. Ementa RE 176.626/SP:

I. Recurso extraordinário: prequestionamento mediante embargos de declaração (Súm. 356). A teor da Súmula 356, o que se reputa não prequestionado é o ponto indevidamente omitido pelo acórdão primitivo sobre o qual “não foram opostos embargos declaratórios”. Mas se, opostos, o Tribunal a quo se recuse a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte (RE 210.638, Pertence, DJ 19.6.98). II.

11 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Primeira Turma. Recurso extraordinário nº. 176626/SP. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Diário Justiça, Brasília, 11 dez 1998, p. 10; RTJ vol.168-01, p. 305.

RE: questão constitucional: âmbito de incidência possível dos impostos previstos na Constituição: ICMS e mercadoria. Sendo a mercadoria o objeto material da norma de competência dos Estados para tributar-lhe a circulação, a controvérsia sobre se determinado bem constitui mercadoria é questão constitucional em que se pode fundar o recurso extraordinário. III. Programa de computador (“software”): tratamento tributário: distinção necessária. Não tendo por objeto uma mercadoria, mas um bem incorpóreo, sobre as operações de “licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador”, matéria exclusiva da lide, efetivamente não podem os Estados instituir ICMS: dessa impossibilidade, entretanto, não resulta que, de logo, se esteja também a subtrair do campo constitucional de incidência do ICMS a circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo - como a do chamado “software de prateleira” (off the shelf) - os quais, materializando o corpus mechanicum da criação intelectual do programa, constituem mercadorias postas no comércio.

Em sendo aceito o pensamento do Min. Nelson Jobim na ADI nº 1.945, o que ficará claramente demonstrado é que em momento algum do passado, nenhuma das compras dos chamados softwares de prateleiras estava relacionado ao fato de terem sido objeto de licença, o que se tributou foi o conteúdo imaterial e intangível contido na mídia que lhe servia de suporte.

Mesmo pendente de julgamento, a ADI 1.945 já delinea o futuro da tributação de downloads e bens incorpóreos, deixando entrever que esta questão encaminha-se para sua superação, assim como foi com a EC 87/2015.

Continuando o pacífico entendimento do STF sobre o tema, vejamos:

De acordo com a Constituição de 1988, incide ICMS sobre a entrada de mercadoria importada do exterior. Desnecessária, portanto, a verificação da natureza jurídica do negócio internacional do qual decorre a importação, o qual não se encontra ao alcance do Fisco nacional. O disposto no art. 3º, VIII, da LC 87/1996 aplica-se exclusivamente às operações internas de *leasing*.” (RE 206.069, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 1º-9-2005, Plenário, DJ de 1º-9-2006.)

E sobre o momento de ocorrência do fato gerador, tem-se no STF¹² o seguinte entendimento:

12 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>. Acesso em: 08 maio 2015.

ICMS incidente sobre mercadoria importada. Momento da ocorrência do fato gerador. CF, art. 155, § 2º, IX, letra *a*. O Plenário do STF, no julgamento do RE 193.817-RJ, em 23-10-1996, por maioria de votos, firmou orientação segundo a qual, em se cuidando de mercadoria importada, o fato gerador do ICMS não ocorre com a entrada no estabelecimento do importador, mas, sim, quando do recebimento da mercadoria, ao ensejo do respectivo desembaraço aduaneiro.” (RE 224.277, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 25-5-1998, Segunda Turma, *DJ* de 26-6-1998.) Vide: RE 299.079, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30-6-2004, Primeira Turma, *DJ* de 16-6-2006.

Viu-se extensamente que o STF já consolidou sua jurisprudência no sentido de admitir a cobrança do ICMS-Importação.

4 O IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO

O Imposto de Importação não guarda tanta discussão quanto o polêmico ICMS, contudo, é importante observar que alguns tributos têm regulamento próprio com a função de facilitar sua pesquisa e estudo, isso de forma clara e consolidada, como é o caso do Regulamento Aduaneiro para o II e o IE, além do Regulamento do IPI do IOF, etc.

O fato gerador do II é a entrada da mercadoria no território nacional, art. 19 do CTN¹³: “Art. 19. O imposto, de competência da União, sobre a importação de produtos estrangeiros tem como fato gerador a entrada destes no território nacional.” Ou conforme art. 72, Decreto 6.759/2009 – Regulamento aduaneiro: “A entrada de mercadoria estrangeira no território aduaneiro”; resta claro que não basta a operação de compra, é necessário a entrada do produto/bem em território nacional. Podem ser contribuintes do imposto, segundo art.104, Decreto 6759/2009: (i) o importador, assim considerada qualquer pessoa que promova a entrada de mercadoria estrangeira no território aduaneiro; (ii) o destinatário de remessa postal internacional indicado pelo respectivo remetente; (iii) o adquirente de mercadoria entrepostada; e(iv) o arrematante de produtos apreendidos ou abandonados(art. 22, II, CTN).

Para o caso do Imposto de Importação, o autor Hugo de Brito Machado¹⁴ diz não ser possível a incidência de tal imposto, vez que a

13 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172Compilado.htm> Acesso em: 04 maio 2015.

14 MACHADO, Hugo de Brito. Tributação na Internet. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coordenador). *Tributação na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Centro de Extensão Universitária, 2001.

operação de download não se adequa a importação, ainda desconsiderando o software como produto ou bem material/corpóreo, afirmando, por exemplo, que existe incompatibilidade entre a importação de um carro importado que tem que cruzar nossas fronteiras e um software, que chega via download, estendendo ainda esse raciocínio para o caso do ICMS, que também afirma ser indevido pelos mesmos motivos; alega ainda que nosso ordenamento pátrio veda cobrança de tributos por analogia. O que se ver desse entendimento do autor é que o mesmo rechaça a idéia de bens incorpóreos considerados na categoria de mercadoria, que precisa ser sensorialmente distinguida pelos sentidos humanos.

Ora, verificando-se a ocorrência do ato de mercancia, com objetivo de lucro e a transferência da titularidade, possível é a cobrança do Imposto de Importação além do ICMS-Importação, sendo este inclusive o entendimento de Fernando de Oliveira Marques¹⁵, que busca nos elementos de presença do comprador no Brasil, compra onerosa e o site no exterior a justificativa para a cobrança do imposto de importação, por exemplo. Pensando da mesma forma, Paulo Scaff¹⁶ não nega a característica de mercadoria aos bens incorpóreos, ou seja, downloads dentre outros.

Na análise do art. 155, § 2º, IX o STF¹⁷ tem deixado claro os seguintes posicionamentos: aplicando entendimento sobre a Súmula 661: “Na entrada de mercadoria importada do exterior, é legítima a cobrança do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro.” que desmontou o Enunciado 660: “Não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto.”, conforme decisão abaixo:

O Supremo Tribunal Federal possui o entendimento consolidado no sentido de que não incide ICMS sobre importações realizadas por bens destinados ao consumo e ao ativo fixo, realizadas por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte habitual do referido imposto, antes da promulgação da EC 33/2001. Incidência da Súmula STF 660.” (AI 674.396-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 29-3-2011, Segunda Turma, DJE de 27-4-2011.) No mesmo sentido:

15 MARQUES, Fernando de Oliveira. Tributação na Internet. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coordenador). *Tributação na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Centro de Extensão Universitária, 2001. p. 230.

16 SCAFF, Fernando Facury. O Direito Tributário das futuras gerações. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coordenador). *Tributação na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Centro de Extensão Universitária, 2001.

17 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>. Acesso em: 08 maio 2015.

RE 331.444-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 7-2-2012, Primeira Turma, DJE de 15-3-2012.

descartou a possibilidade de cobrança do ICMS-Importação antes da promulgação da EC 33/2001¹⁸, que afirmou que a caracterização de bem como mercadoria independeria da qualidade jurídica do adquirente sendo constitucional a instituição do ICMS incidente sobre a importação de bens.

Em outro recente julgado¹⁹, tocou-se novamente na discussão entre a distinção do que seria ‘bem’ e ‘mercadoria’, deixando claro que essa é uma preocupação que sempre tem vindo à tona. Publicado em 20-3-2014:

Divergência entre as expressões ‘bem’ e ‘mercadoria’ (arts. 155, II, e 155, § 2, IX, *a*, da Constituição). É constitucional a tributação das operações de circulação jurídica de bens amparadas pela importação. A operação de importação não descaracteriza, tão somente por si, a classificação do bem importado como mercadoria (grifo do autor). Em sentido semelhante, a circunstância de o destinatário do bem não ser contribuinte habitual do tributo também não afeta a caracterização da operação de circulação de mercadoria. Ademais, a exoneração das operações de importação pode desequilibrar as relações pertinentes às operações internas com o mesmo tipo de bem, de modo a afetar os princípios da isonomia e da livre concorrência.” (RE 474.267 e RE 439.796, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 6-11-2013, Plenário, DJE de 20-3-2014.)

Ao dizer que “A operação de importação não descaracteriza, tão somente por si, a classificação do bem importado como mercadoria”, e entendendo como entendemos que bens incorpóreos se enquadram na categoria de mercadoria, entendemos estar superada a tese de que no caso do Imposto de Importação, não seria possível a incidência de tal imposto, vez que a operação de download não se adequa a importação, ainda desconsiderando o software como produto ou bem material/corpóreo.

5 DOWNLOAD - O MOMENTO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR

A princípio, é sabido que o fato gerador do II é a entrada do produto/bem no território nacional, conforme preconiza o CTN em seu artigo 19²⁰. Os

18 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo569.htm>>. Acesso em: 08 maio 2015.

19 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>. Acesso em: 08 maio 2015.

20 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 15 set. 2015.

downloads e, em geral, as formas eletrônicas de comércio desmaterializaram as operações que permitiam aos sentidos humanos a sua percepção imediata; se isso trouxe vantagens na dinâmica das relações, trouxe por outro lado o surgimento de dificuldades de verificação destas mesmas atividades para fins de identificar e exercer o poder coercitivo de cobrança, por parte do Estado, quando ocorrerem fatos tributáveis nestas novas relações.

Em função da tecnologia utilizada para seu transporte, estes bens não precisam passar diretamente pelas portas aduaneiras tradicionalmente estabelecidas, isto porque estes bens transitam no mundo dos bits e por meios que lhe são próprios, tais como cabos de fibra ótica e sinais de satélite, por exemplo. Assim sendo, o momento de verificação do fato gerador deve ser o do recebimento no dispositivo (computador, celular, tablete) do(s) download(s) ou ainda, quando o conteúdo fica disponibilizado para download em um servidor de internet localizado fisicamente no Brasil, o que implica dizer que o produto deu entrada no território nacional. Poder-se-ia até dizer que fato gerador ocorreria no momento em que houvesse a disponibilidade do produto/bem em um servidor estrangeiro, contudo, essa hipótese poderia confundir-se com o fato gerador do Imposto sobre a Renda que também fala da disponibilidade jurídica como seu fato gerador.

6 LEI DO MARCO CIVIL DA INTERNET E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

A Polêmica Lei do Marco Civil da Internet vem trazer segurança jurídica no âmbito das conexões de internet realizadas no Brasil. O Marco Civil da Internet é uma lei tão necessária quanto mal compreendida. Elaborado pelo Ministério da Justiça com sugestões da sociedade civil e da academia, o projeto de Lei do Marco Civil da Internet (Projeto de Lei 2.126/11) foi sancionado pela presidente Dilma Rousseff em 23 de abril de 2014 e converteu-se na Lei 12.965/2014.

É esta Lei que vem dar o primeiro passo para que o Estado/Fisco possa atuar em consonância com os provedores de acesso em busca de meios idôneos para se chegar a uma tributação justa e dentro dos parâmetros legais.

Esta Lei veio preparar o ambiente de responsabilidade compartilhada em que Provedores de Acesso à Internet, Sociedade Civil e Poder Público poderão estabelecer colaborações no sentido do Bem comum. Assim é, porque os dispositivos da lei atribuem responsabilidades pela guarda dos dados de conexão por período de tempo certo, impõem deveres de

sigilo, garantem o acesso as autoridades administrativas na forma da lei, disciplinando todos os passos que eventualmente permitirão acesso a dados restritos.

Inicia a lei com a proteção e garantia de direitos que são semelhantes aqueles outros já instituídos constitucionalmente no art. 5º, X e XII da CF/88²¹, conforme se verá nas comparações a seguir:

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;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Vemos que a Lei do Marco Civil da Internet²² repete os mesmos princípios em seu artigo 3º, reforçando as garantias constitucionais:

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

II - proteção da privacidade;

III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

IV - preservação e garantia da neutralidade de rede;

V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;

VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;

21 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 07 maio 2015.

22 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 07 maio 2015.

VII - preservação da natureza participativa da rede;

VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A lei torna a se referir as garantias ainda em seu artigo 7º, I, II, III:

Art. 7º - O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

[...]

Se estendendo igualmente pelo artigo 8º:

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no caput, tais como aquelas que:

I - impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou

II - em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil.

A proteção aos registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas ficou resguardada ainda pela devida requisição administrativa; no caso do Fisco, é ele que detém competência para acessar tais informações quando se tratar de identificação de contribuintes, conforme entende-se do § 3º do artigo 10²³:

§ 3º O disposto no caput não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

Proteção idêntica no artigo 11 e seu § 3º

§ 3º Os provedores de conexão e de aplicações de internet deverão prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações.

A responsabilidade pela guarda e o seu tempo também são mencionados nos artigos 14, 15 e 16 da mesma Lei, possibilitando que o Fisco possa acessá-los quando devidamente motivado.

Art. 14. Na provisão de conexão, onerosa ou gratuita, é vedado guardar os registros de acesso a aplicações de internet.

Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

§ 1º Ordem judicial poderá obrigar, por tempo certo, os provedores de aplicações de internet que não estão sujeitos ao disposto no caput a guardarem registros de acesso a aplicações de internet, desde que se trate de registros relativos a fatos específicos em período determinado.

§ 2º A autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderão requerer cautelarmente a qualquer provedor de aplicações de internet que os registros de acesso a aplicações de internet sejam guardados, inclusive

23 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 08 maio 2015.

por prazo superior ao previsto no caput, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 13.

§ 3º Em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser precedida de autorização judicial, conforme disposto na Seção IV deste Capítulo.

§ 4º Na aplicação de sanções pelo descumprimento ao disposto neste artigo, serão considerados a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes, eventual vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência.

Art. 16. Na provisão de aplicações de internet, onerosa ou gratuita, é vedada a guarda:

I - dos registros de acesso a outras aplicações de internet sem que o titular dos dados tenha consentido previamente, respeitado o disposto no art. 7º; ou

II - de dados pessoais que sejam excessivos em relação à finalidade para a qual foi dado consentimento pelo seu titular.

Está robustamente demonstrado que o acesso aos dados guardados por quem de direito, os provedores de acesso à internet, não se fará desordenadamente, ao arredo da constituição garantidora de liberdades e garantias individuais, consubstanciados igualmente na Lei do Marco Civil da Internet.

7 A ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

A CF/88 quando diz que sempre que possível os impostos serão baseados nos princípios da Pessoaalidade e Capacidade Contributiva, também abre campo para que o Fisco, respeitando os consagrados direitos individuais constitucionalmente previstos, com o fito de garantir objetividade e eficiência quando em busca pelo tributo devido e seu quantum, possa identificar o patrimônio, a renda e as atividades econômicas do contribuinte, conforme se extrai da leitura do art. 145²⁴, parágrafo 1º da Carta Maior. Vejamos:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

²⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

Acesso em: 15 set. 2015.

[...]

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Não raro, a fazenda discorda da informação prestada pelo sujeito passivo. No caso de empresas que realizam downloads de softwares, muitas vezes pagando altos valores, entendemos que a contabilidade da empresa deva registrar contabilmente a aquisição, facilitando a tarefa do Fisco.

A administração tributária contida no CTN²⁵, recepcionado pelo nosso ordenamento como Lei Complementar, dos artigos 194 ao 200 trata da competência, poderes e formas de atuação da fazenda quando a mesma adentra na esfera da investigação de fatos por ela tido como inidôneos, praticados por sujeitos sob sua jurisdição.

O artigo 195²⁶ do CTN fala que o direito de examinar livros, mercadorias, arquivos não tem qualquer excludente legal; por analogia, estende-se aos provedores de acesso à internet a mesma faculdade da Fazenda. É importante lembrar que não são apenas poderes que a Administração tem, igualmente sujeita-se a deveres e responsabilidades que, em não sendo cumpridos, sujeitam a Administração e seus servidores às sanções administrativas e ainda na esfera penal.

Apenas como exemplo, quando o Brasil ratificou a Convenção 81 da O.I.T. (Organização Internacional do Trabalho) muito se discutiu sobre o eventual desrespeito à propriedade privada. Hoje em dia essa discussão está superada uma vez que se leva em conta o interesse coletivo, a fé pública e o dever de sigilo da autoridade fiscalizadora. A Convenção 81 da OIT, em consonância com a legislação federal, estipula que os

25 Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 09 maio 2015.

26 Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibí-los.
Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refram.

principais poderes da inspeção do trabalho são: livre acesso, investigação, injunção, poder de notificação para correção de irregularidade, poder de expedição de notificação de débito, poder de autuação, poder de autorização e autenticação, poder de mediação. São poderes conferidos a administração não para que sejam utilizados como agressão às liberdades e garantias individuais mas para que sejam trabalhadas com vistas a melhorias em todo o conjunto da sociedade.

8 POSSÍVEIS SOLUÇÕES DE FISCALIZAÇÃO

Sem a pretensão de demonstrar a solução para tão grande problemática, tendo em vista tudo quanto exposto até aqui, porque não imaginar solicitações do Fisco aos provedores de acesso para que informem quais sites utilizam-se de sistemas de recebimento e pagamento de valores utilizando-se da rede bancária (especificamente sites que detém domínio .COM, por exemplo, são em geral voltados para atividades comerciais, diferenciando-se daqueles com domínio .GOV que destinam-se a atividades governamentais e ainda aqueles .ORG que dizem respeito a atividades de ONG's); através dessa informação, o Fisco poderá intimar/notificar o sujeito passivo para que o mesmo utilize-se da forma de declaração para identificar quais atividades realizadas por ele são potencialmente tributáveis. Perceba-se que o Fisco não está adentrando no conteúdo de nenhuma atividade do usuário, ao contrário, está a convidá-lo para que o mesmo declare aquelas atividades sem que isso implique acesso direto aos dados, ao conteúdo propriamente dito.

Especificamente no caso dos Downloads internacionais, os provedores de acesso, na forma da lei e também através de convênios firmados com o Fisco, terão participação fundamental na tarefa de ajuda ao Fisco, tendo em vista que a lei 12.965/2014 já disciplina os requerimentos administrativos e suas formas de obtenção. Vejamos um exemplo de como poderia ocorrer uma possível fiscalização: 1. O fisco solicita informações ao provedor de acesso para que o mesmo identifique 'quantidade', 'volume' e 'origem' de downloads oriundos de outros países; 2. Com o endereço de origem dos downloads em mãos e visualizando movimentação que demonstre grande atividade, por amostragem, o Fisco pode identificar através de simples consulta ao próprio site de origem que o mesmo se trata de empresa voltada para o comércio, por exemplo, a venda de Jogos Virtuais; 3. Identificado que este site, voltado para o comércio de jogos, está enviando downloads para o país, o Fisco então solicita os dados dos usuários de destino dos downloads para que estes "declarem", de forma

idônea, através mesmo de comprovantes virtuais, que o conteúdo baixado não está sujeito a tributação na forma da lei.

Veja-se que em nenhum momento o Fisco teve acesso ao conteúdo privado dos downloads, trabalhando no sentido apenas de identificar, por amostragem, quais fatos podem ser tributados e ainda, solicitando do usuário responsável pelo download, não a descrição do que conteúdo, mas se o mesmo é ou não sujeito a tributação na forma da lei; ocorre o mesmo com as regiões de fronteira físicas em nosso extenso continente, no qual é impossível fiscalizar todos e ao mesmo tempo e o Fisco é obrigado a fazer uma fiscalização por amostragem nos aeroportos e regiões de fronteiras, por exemplo.

9 CONCLUSÃO

A ADI nº 1.945, ainda pendente de julgamento, é possivelmente o ponto final, senão o início do “fim” dessa longa discussão sobre bens corpóreos/incorpóreos no caso dos softwares e downloads via internet. O voto do Min. Nelson Jobim que liminarmente admitiu a cobrança de ICMS nos downloads, se acompanhado pelos demais ministros levará a tomada de outras posições mais condizentes com a modernidade dos fatos ocorridos no âmbito da internet.

Baseado nas garantias constitucionalmente descritas, principalmente aquelas contidas nos incisos X e XII do artigo 5º da CF/88, e ainda aliada as garantias e procedimentos da Lei do Marco Civil da Internet – Lei 12.965/2014, a Administração Tributária encontra o suporte constitucional e infra-legal para cumprir seu Poder/Dever de buscar formas de manutenção do Estado, buscando tributar os fatos que ocorram, sejam no mundo real/corpóreo seja no mundo virtual/downloads sem violar a esfera particular/privada dos usuários de internet no Brasil.

É esse o objetivo que deve ser atingido: O bem comum, a justiça fiscal, a correta e adequada tributação de fatos que estão ocorrendo por debaixo dos olhos do Fisco e que, caso não sejam adequadamente identificadas e tributadas, irão contribuir para a oneração fiscal de outras atividades que sofrerão o peso da paralisia do Estado diante dos novos fatos sociais ocorridos no âmbito da Internet.

É a partir deste marco que pensamos ser o momento de o Estado exercer o seu Poder/Dever de buscar suas fontes de custeio, sem se deixar intimidar por desvios artificiosos que buscarão encobrir os fatos

tributáveis que interessam ao Estado. A alternativa quanto aos Downloads de mercadorias incorpóreas passará pela integração do Fisco com o mundo da tecnologia, onde este possibilitará ao primeiro o acesso a ferramentas existentes e em vias de implantação, não sem respeitar as Garantias Individuais Constitucionalmente estabelecidas e os Princípios Basilares do Direito Tributário e dentre estes, o mais importante para esta problemática, o Princípio da Estrita Legalidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Recurso extraordinário n.º 176626/SP*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Diário Justiça, Brasília, 11 dez 1998, p. 10; RTJ vol.168-01, p. 305.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADIN n.º 1945. direito administrativo e outras matérias de direito público*. controle de constitucionalidade. processo legislativo. direito tributário. Impostos. icms/ imposto sobre circulação de mercadorias. Relator: Min. Cármen Lúcia, 21 de janeiro de 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1945&processo=1945>>. Acesso em: 08 maio 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp> Acesso em: 08 maio 2015._____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 08 maio 2015.

_____. *Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990*: Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 20 maio 2015.

_____. *Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em 05 maio 2015.

_____. *Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Institui o Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 05 maio 2015.ss

Evolução da Internet e do e-commerce. Disponível em: <<http://www.ecommerce.org.br/stats.php>>. Acesso em: 08 maio 2015.

GRECO, Marco Aurelio. *Estabelecimento tributário e sites na internet*. Direito & internet: aspectos jurídicos relevantes, São Paulo: Edipro 2000. p. 299-300.

GRECO, Marco Aurelio. Estabelecimento tributário e sites na internet. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto. *Direito & internet: aspectos jurídicos relevantes*. Bauru: Edipro, 2001. p. 314.

LUNARDELLI, Pedro Guilherme Accorsi. Tributação na Internet. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n. 59. p. 83, ago. 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. “Tributação na Internet” In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coordenador). *Tributação na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Centro de Extensão Universitária, 2001.

MARQUES, Fernando de Oliveira. “Tributação na Internet” In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coordenador). *Tributação na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Centro de Extensão Universitária, 2001. p. 230.

MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS: teoria e prática*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2003. p. 18.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Book-seller. 1999. t. 15, p. 449.

SARAIVA. *Código Tributário Nacional e Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SCAFF, Fernando Facury. “O Direito Tributário das futuras gerações”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Tributação na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Centro de Extensão Universitária, 2001.

RECEBIDO EM: 25/10/2015

APROVADO EM: 22/12/2015

ATUALIDADES ACERCA DO REGIME DOS PRECATÓRIOS

UPDATES ABOUT WRITS OF PAYMENT

*André Luiz dos Santos Nakamura
Procurador do Estado de São Paulo*

*Doutorando em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana
Mackenzie (UPM). Mestre em Direito do Estado pela PPUC/SP. Especialista
Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado
(ESPGE). Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo na UNIP*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Acordo em Processo Judicial – Compatibilidade com o regime dos precatórios; 2 Procedimento de expedição e pagamento dos precatórios; 3 Inadimplência dos Precatórios; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente artigo pretende traçar um panorama acerca da atual disciplina dos precatórios. Será feita uma análise da finalidade do regime dos precatórios, a possibilidade de acordo perante processos judiciais, bem como a inconstitucional demora no pagamento dos precatórios e as várias moratórias já realizadas.

PALAVRAS-CHAVE: Precatórios. Inadimplência. Parcelamento.

ABSTRACT: This article aims to give an overview about the current course of the writs of payment. Will be an analysis of the purpose of the system of writs of payment, the possibility of agreement before court proceedings as well as the unconstitutional delay in payment of the writs and the various installment already done.

KEYWORDS: Writs of Payment. Default. Installment.

INTRODUÇÃO

O termo “precatório” deriva da palavra *precata*, que significa requisitar alguma coisa de alguém. O precatório é uma carta, expedida pelo juiz da execução ao Presidente do Tribunal, a fim de que, por seu intermédio, se autorizem e se expeçam as respectivas ordens de pagamento às repartições pagadoras.

A dívida pública era disciplinada na Constituição de 1824, no art. 179 - 23, no título que tratava das garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros. Entretanto, não havia a previsão expressa da obrigação de pagar e forma de fazê-lo não assegurava aos credores o recebimento dos valores devidos pela fazenda.

Sob a égide da Constituição de 1891, o art. 34 - 3º, atribuía ao Congresso Nacional a competência privativa para legislar sobre a dívida pública e estabelecer os meios para o seu pagamento.

A sistemática dos precatórios somente foi prevista na Constituição de 1934:

Art. 182. Os pagamentos devidos pela Fazenda federal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios à conta dos créditos respectivos, sendo vedada a designação de caso ou pessoas nas verbas legais.

A justificativa da sistemática dos precatórios era que, sob o sistema anterior, os pagamentos feitos em virtude de sentença judiciária, quando a Fazenda era condenada, processavam-se por intermédio das autoridades administrativas, sem obedecer a nenhum critério de ordem, ou cronológico, motivo pelo qual se verificavam abusos, que por vezes tomavam até aspectos escandalosos, mormente quando se tratava de créditos vultosos. A criação do precatório foi uma medida moralizadora e necessária, que evitou a antiga prática da advocacia administrativa que possibilitava o rápido recebimento dos créditos devidos pela Fazenda do Estado¹, em prejuízo dos demais credores.

1 Sobre a obrigatoriedade do pagamento das dívidas da Fazenda Pública pelo sistema do precatório assim se pronunciou Pontes de Miranda: “É o princípio constitucional contra uma das formas mais correntes de advocacia administrativa”. (PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com e Emenda n. 1 de 1969*. Tomo III. São Paulo: RT, 1969. p. 647)

A finalidade do Constituinte de 1934 foi moralizadora, mas com o decurso do tempo, apesar de constantes inovações, o que predominou e tem predominado é a constante frustração dos credores².

A Constituição de 1946 trouxe algumas novidades ao regime de precatórios até então existente: i) a inclusão das Fazendas estadual e municipal; ii) a abertura de dotação orçamentária específica para o pagamento dos precatórios; iii) o recolhimento das importâncias à repartição competente em vez de “ao cofre dos depósitos públicos”; iv) a atribuição de competência ao Presidente do Tribunal Federal de Recursos ou, conforme o caso, ao Presidente do Tribunal de Justiça, para expedição de ordens de pagamento, segundo as possibilidades do depósito; v) a ouvida do chefe do Ministério Público, em vez do Procurador-Geral da República, quando da requisição de sequestro da verba.

A Constituição de 1967 e pela Emenda Constitucional nº 01/69, por meio do §1º do art. 112 daquela e do art. 117 desta, tornou obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento dos seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até primeiro de julho.

Por fim, a Constituição de 1988, atualmente, disciplina os precatórios da seguinte forma:

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). (Vide Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais

2 Cf. VARGAS, Jorge de Oliveira; ULIANA JUNIOR, Laércio Cruz. Precatório: moeda ou mero pedaço de papel? *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, Belo Horizonte, ano 7, n. 41, set./out. 2009. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=63274>>. Acesso em: 8 abr. 2015.

débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 4º Para os fins do disposto no § 3º, poderão ser fixados, por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 6º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 7º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios incorrerá em crime de responsabilidade e responderá, também, perante o Conselho Nacional de Justiça. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 8º É vedada a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor

da execução para fins de enquadramento de parcela do total ao que dispõe o § 3º deste artigo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 9º No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 10. Antes da expedição dos precatórios, o Tribunal solicitará à Fazenda Pública devedora, para resposta em até 30 (trinta) dias, sob pena de perda do direito de abatimento, informação sobre os débitos que preencham as condições estabelecidas no § 9º, para os fins nele previstos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 11. É facultada ao credor, conforme estabelecido em lei da entidade federativa devedora, a entrega de créditos em precatórios para compra de imóveis públicos do respectivo ente federado. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 13. O credor poderá ceder, total ou parcialmente, seus créditos em precatórios a terceiros, independentemente da concordância do devedor, não se aplicando ao cessionário o disposto nos §§ 2º e 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 14. A cessão de precatórios somente produzirá efeitos após comunicação, por meio de petição protocolizada, ao tribunal de origem e à entidade devedora. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 15. Sem prejuízo do disposto neste artigo, lei complementar a esta Constituição Federal poderá estabelecer regime especial para pagamento de crédito de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, dispondo sobre vinculações à receita corrente líquida e forma e prazo de liquidação.

A finalidade do sistema de precatórios, com a consequente obrigação imposta ao Estado de estrita observância da ordem cronológica de apresentação da requisição judicial de pagamento, tem por finalidade: (a) assegurar a igualdade entre os credores e proclamar a inafastabilidade do dever estatal de solver os débitos judicialmente reconhecidos, (b) impedir favorecimentos pessoais indevidos e (c) frustrar tratamentos discriminatórios, evitando injustas perseguições ditadas por razões de caráter político-administrativo³.

Trata-se de um sistema que garante os pagamentos decorrentes de sentença judiciária, de modo a evitar protecionismo. A regra inscrita no art. 100 da CF – cuja gênese reside, em seus aspectos essenciais, na Constituição de 1934 (art. 182) – tem por objetivo precípuo assegurar a submissão incondicional do poder público ao dever de respeitar o princípio que confere preferência jurídica a quem dispõe de precedência cronológica (*prior in tempore, potior in jure*).

1 ACORDO EM PROCESSO JUDICIAL – COMPATIBILIDADE COMO REGIME DE PRECATÓRIOS

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal⁴, “o comportamento da pessoa jurídica de direito público, que desrespeita a ordem de precedência cronológica de apresentação dos precatórios, deve expor-se às graves sanções definidas pelo ordenamento positivo, inclusive ao próprio sequestro de quantias necessárias à satisfação do credor injustamente preterido”.

Não se tem admitido, nem mesmo, a celebração de transação com o poder público, em ações onde já foram expedidos os precatórios, em bases vantajosas para o erário, como por exemplo, com descontos nos valores devidos. O entendimento é que mesmo acordos vantajosos não podem autorizar a inobservância da ordem de precedência cronológica dos precatórios, pois semelhante comportamento – por envolver efetivação de despesa não autorizada por lei e por implicar frustração do direito de credores mais antigos, com evidente prejuízo para eles – enquadra-se no preceito incriminador constante do inciso V do art. 1º do Decreto-Lei 201/1967⁵.

3 Nesse sentido: RE 132031, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 15/09/1995, DJ 19-04-1996 PP-12220 EMENT VOL-01824-04 PP-00766

4 STF -AP 503, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 20-5-2010, Plenário, DJE de 1º-2-2013.

5 Cf. STF -AP 503, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 20-5-2010, Plenário, DJE de 1º-2-2013.

Entretanto, o advérbio “exclusivamente” previsto no artigo 100 da CF não exclui a possibilidade de a Fazenda Pública realizar transação com o particular, estipulando bases mais favoráveis à dívida, dispensando-se a expedição de precatório.

O que não se admite é que credores mais antigos sejam preteridos. Caso o precatório já tenha sido expedido, qualquer acordo, mesmo que mais favorável, somente pode ser realizado quando não mais existirem precatórios pendentes de pagamentos, sob pena de quebra de ordem⁶ ou somente pode ser executado após a regular dos demais precatórios constantes da fila de espera.

Após a propositura da ação, antes da sentença condenatória, nada impede o acordo entre o Poder Público e a outra parte da relação processual, fora do regime dos precatórios, sem ofensa ao art. 100 da Constituição Federal. Este tem a finalidade de evitar favorecimentos em detrimento ao princípio da igualdade de todos os credores da Administração Pública.

O regime dos precatórios não impede que a Administração Pública faça pagamentos fora do âmbito judicial; se assim fosse, não poderia realizar o pagamento de um contrato administrativo. Mesmo no âmbito judicial, não ocorrendo hipótese de favorecimento, antes da definitiva condenação e expedição de precatório, pode e deve o Poder Público buscar uma solução amigável fora da sistemática dos precatórios. Sobre o assunto, assim se manifesta Américo Luís Martins da Silva⁷:

6 “PAGAMENTO ANTECIPADO DE CREDOR MAIS RECENTE - CELEBRAÇÃO, COM ELE, DE ACORDO FORMULADO EM BASES MAIS FAVORÁVEIS AO PODER PÚBLICO - ALEGAÇÃO DE VANTAGEM PARA O ERÁRIO PÚBLICO - QUEBRA DA ORDEM CONSTITUCIONAL DE PRECEDÊNCIA CRONOLÓGICA - INADMISSIBILIDADE. - O pagamento antecipado de credor mais recente, em detrimento daquele que dispõe de precedência cronológica, não se legitima em face da Constituição, pois representa comportamento estatal infringente da ordem de prioridade temporal, assegurada, de maneira objetiva e impessoal, pela Carta Política, em favor de todos os credores do Estado. O legislador constituinte, ao editar a norma inscrita no art. 100 da Carta Federal, teve por objetivo evitar a escolha de credores pelo Poder Público. Eventual vantagem concedida ao erário público, por credor mais recente, não justifica, para efeito de pagamento antecipado de seu crédito, a quebra da ordem constitucional de precedência cronológica. O pagamento antecipado que daí resulte - exatamente por caracterizar escolha ilegítima de credor - transgredir o postulada constitucional que tutela a prioridade cronológica na satisfação dos débitos estatais, autorizando, em consequência - sem prejuízo de outros efeitos de natureza jurídica e de caráter político-administrativo -, a efetivação do ato de sequestro (RTJ 159/943-945), não obstante o caráter excepcional de que se reveste essa medida de constrição patrimonial. Legitimidade do ato de que ora se reclama. Inocorrência de desrespeito à decisão plenária do Supremo Tribunal Federal proferida na ADI 1.662/SP”. (Rcl 2143 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 12/03/2003, DJ 06-06-2003 PP-00030 EMENT VOL-02113-02 PP-00224)

7 SILVA, Américo Luís Martins da. *Precatório-requisitório e requisição de pequeno valor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 141.

[...] a nosso ver, caso haja lastro orçamentário dentro da rubrica “pagamento de sentenças judiciais” a Fazenda Pública não só pode como deve ir pagando, após o trânsito em julgado das sentenças proferidas em embargos à execução ou do devedor ou após decorrido o prazo para oferecer embargos sem que o tenha feito, os valores apurados em liquidação de sentença, até que se esgote o montante da previsão orçamentária. O que a Fazenda não pode fazer é escolher dentre esses casos que se encontram na mesma situação para realizar pagamento imediato, uma vez que isto é contrário aos objetivos das disposições constitucionais e legais a respeito da matéria, ou seja, entendemos que o principal objetivo do legislador, constituinte e ordinário, não seja o de impedir que a Fazenda Pública efetue o pagamento imediato da condenação judicial, caso possua a quantia necessária para cobrir os valores devidos e destinada para esse fim, mas sim, impedir que se privilegie alguns exequentes em detrimento de outros cujo processo de execução encontra-se na mesma fase. Assim, opinamos no sentido de que, desejando, a Fazenda Pública pode pagar as condenações antes que sejam expedidos os precatórios, desde que haja lastro orçamentário, que o faça em relação a todos os casos que se encontram na mesma situação ou respeite a antiguidade do trânsito em julgado da sentença que julgou os embargos ou do término do prazo para oferecer embargos, a fim de que não haja qualquer espécie de discriminação ou preterição.

A Administração pode celebrar acordos para evitar ser ré em ações judiciais. Pode, também, no âmbito de uma ação judicial, antes do término desta, realizar acordos para evitar a expedição do precatório e início da fase de execução coativa, se o acordo for vantajoso aos cofres públicos. Nesse sentido, Adilson Abreu Dallari⁸:

Na verdade, o grande empecilho à celebração de acordo para recebimento de créditos perante a Administração estaria na previsão constitucional da emissão de precatórios. Porém, como foi dito acima, o precatório é uma forma de execução coercitiva, que não se choca nem impede a solução consensual de pendências. Mesmo o pagamento de créditos perante a Fazenda Pública veio sofrendo modificações ao longo do tempo, de tal modo que essa forma de execução coercitiva não é mais única, não garante a certeza do pagamento e comporta expressamente pagamentos por outras vias...se é possível celebrar um acordo para evitar a propositura de uma ação judicial, com muito maior razão, numa

8 DALLARI, Adilson Abreu. Acordo para Recebimento de Crédito Perante a Fazenda Pública. *Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, n. 29, ano 7, jan./fev. 2005. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=50108>>. Acesso em: 24 set. 2014.

perspectiva de ordem lógica, também deve ser possível a celebração de um ajuste para dar fim a uma contenda judicial, dado que, nesta segunda hipótese, sempre haverá a presença vigilante do juiz da causa.

No mesmo sentido, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara⁹:

[...] a celebração de acordo para resolver demandas judiciais não caracteriza, por si só, uma violação ao princípio da impessoalidade ou a qualquer regra jurídica que vise a assegurar a sua aplicação...o acordo pode ocorrer já na fase de execução do processo, e antes mesmo da expedição de precatório. Ou seja, a dívida cobrada em juízo pelo credor particular, que se encontra em fase de execução judicial, é reconhecida como legítima pela Administração, que, para extinguir o litígio, aceita quitar o débito em condições que reputa vantajosas...Não há razão para imaginar que o pagamento decorrente desse tipo de acordo deva obedecer ao regime geral de quitação de débitos previsto no caput do art. 100 da Constituição. A ordem cronológica ali referida aplica-se exclusivamente aos pagamentos que devam ser efetuados em virtude de precatórios. Acordo que venha a ser celebrado, judicial ou extrajudicialmente, antes de expedido precatório, produz um dever de pagamento por si só. Não é, portanto, pagamento a ser realizado em virtude de ordem judicial, na forma determinada pela Constituição.

Acordos vantajosos em ações judiciais atendem às determinações da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000). Esta tem por objetivo a penalização do gasto público irresponsável, determinando o equilíbrio entre receitas e despesas públicas, estabelecendo limites para gastos, endividamento e contém dispositivos destinados a compelir a Administração Pública a liquidar pendências, como condição da obtenção de financiamentos para novos investimentos. Assim, a celebração de acordo num processo judicial pendente, em condições vantajosas para o Erário, é um ato em consonância com a disciplina da responsabilidade fiscal.

Ademais, não atende ao interesse público e aos objetivos da Lei de Responsabilidade Fiscal o aumento do estoque de precatórios. Os precatórios expedidos geram altos custos para a Administração, em razão da incidência

9 SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos na execução contra a Fazenda Pública. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=69424>>. Acesso em: 24 set. 2014.

de juros¹⁰ moratórios¹¹ e compensatórios¹². A não expedição de precatórios é uma medida que atende ao interesse de sanear as contas públicas.

Uma das formas de conseguir a realização do equilíbrio orçamentário e redução da dívida pública é a negociação de débitos pendentes. Na verdade, o regime dos precatórios busca evitar, somente, a celebração de acordo para recebimento de créditos ou pagamento de débitos pendentes que visem a favorecimentos pessoais, com preterição do direito de credores que aguardam o recebimento de seus direitos. Assim, um acordo durante o processo judicial, antes da condenação e da expedição do precatório, desde que atendidas às regras da Lei de Responsabilidade Fiscal não configura ofensa ao artigo 100 da Constituição Federal¹³, atendendo ao interesse público.

2 PROCEDIMENTO DE EXPEDIÇÃO E PAGAMENTO DOS PRECATÓRIOS

O Presidente do Tribunal inscreve o Precatório e determina que a Administração providencie a abertura de crédito para liquidar a dívida. O precatório inscrito até 1º de julho é pago até o dia 31 de dezembro do ano seguinte.

As Obrigações de Pequeno Valor (OPV) são créditos que, em razão de seu pequeno valor, não se submetem à fila dos demais credores. Somente créditos cujos valores sejam enquadrados nos limites previstos no art. 87 do ADCT ou nas leis emitidas pelos entes da Federação podem ser pagas fora do regime dos precatórios, vedado o fracionamento de valores para recebimento de parte do crédito para recebimento imediato de parte pelo sistema da OPV. O credor pode renunciar à parte de seu crédito para receber fora da sistemática dos precatórios. Em caso de cumulação de demandas, deve-se analisar o valor de cada autor; se este sozinho poderia

10 Sobre o tema: NAKAMURA, André Luiz dos Santos. Os Juros nas Desapropriações. In: COUTINHO, Nilton de Almeida (org). *Advocacia e Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 15/30.

11 Súmula 70 do STJ: “os juros moratórios, na desapropriação direta ou indireta, contam-se desde o trânsito em julgado da sentença”

12 Súmula 618 do STF: “na desapropriação, direta ou indireta, a taxa de juros compensatórios é de 12% ao ano”.

13 “O pagamento decorre de opção administrativa, que, para ser válida, deve se coadunar com a previsão orçamentária já existente, além de atender aos preceitos da boa administração, não se beneficiando das garantias e privilégios que a Constituição confere aos precatórios”. (SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos na execução contra a Fazenda Pública. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=69424>>. Acesso em: 24 set. 2014.)

receber por meio da Obrigação de Pequeno Valor, não pode ser penalizado por ter entrado em juízo em litisconsórcio¹⁴.

Contudo, a vedação de fracionamento de precatório do art. 8º do art. 100 da Constituição não veda a expedição de precatório da parte incontroversa. Este tem a finalidade de evitar fracionamentos propositais visando o pagamento de parte da condenação pelo regime das Obrigações de Pequeno Valor (OPV) e em parte pelo regime normal. Assim, desde que o recebimento se dê integralmente pelo regime do art. 100, perfeitamente possível a imediata expedição de precatório da parte incontroversa do débito, conforme orientação do STJ¹⁵:

Quando os embargos forem parciais, a execução prosseguirá quanto à parte não embargada.” (Artigo 739, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil). Prossegue a execução da parte não embargada quando há oposição de embargos parciais por parte da Fazenda Pública, assim considerados aqueles em que o embargante não impugna toda a pretensão do exequente embargado, mesmo quando os embargos são fundados em excesso da execução, na hipótese do inciso I do artigo 743 do Código de Processo Civil. O prosseguimento da execução, assim autonomizada, há de fazer-se na forma da Constituição da República, que preceitua a expedição de precatório como regra geral (artigo 100, caput) ou de execução direta, sem a expedição de precatório, para os pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer, em virtude de sentença judicial transitada em julgado (artigo 100, parágrafo 3º). A finalidade da norma acrescentada pela Emenda Constitucional nº 37/2002 (artigo 100, parágrafo 4º) é a de evitar que o exequente, intencionalmente, se valha da utilização simultânea dos dois sistemas de satisfação do seu crédito, quais sejam, o do precatório para uma parte da dívida e o do pagamento imediato (sem expedição de precatório) para outra parte, mediante o fracionamento, a repartição ou a quebra do valor da dívida, não incidindo sobre a execução da parte incontroversa da dívida, autorizada pelo artigo 739, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil.

14 STF: EMENTA CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PRECATÓRIO. FRACIONAMENTO. LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO. CRÉDITOS INDIVIDUALIZADOS. REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (RE 568645 RG, Relator (a): Min. MENEZES DIREITO, julgado em 06/02/2009, DJe-079 DIVULG 29-04-2009 PUBLIC 30-04-2009 EMENT VOL-02358-04 PP-00840.

15 REsp 714235/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 24/02/2005, DJ 09/05/2005, p. 490

Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil. Referidos créditos serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos. Contudo, ao contrário da OPV, os créditos de natureza alimentícia também se submetem ao regime dos precatórios, porém em outra fila, com prioridade. Nesse sentido é a Súmula 655 do STF:

A EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 100, “CAPUT”, DA CONSTITUIÇÃO, EM FAVOR DOS CRÉDITOS DE NATUREZA ALIMENTÍCIA, NÃO DISPENSA A EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO, LIMITANDO-SE A ISENTÁ-LOS DA OBSERVÂNCIA DA ORDEM CRONOLÓGICA DOS PRECATÓRIOS DECORRENTES DE CONDENAÇÕES DE OUTRA NATUREZA.

Atividade do Presidente do Tribunal em matéria de precatórios tem natureza administrativa, conforme Súmula 311 do STJ. Assim, ele não pode alterar o valor da execução, bem como decidir qualquer incidente da execução. A atividade dele se limita a cumprir o julgado. Qualquer ato do Presidente do Tribunal, em matéria de precatórios, que adentre nos limites do título executivo é abusiva e passível de mandado de segurança. E, conforme, a Súmula 733 do STF, não cabe recurso extraordinário (e nem especial) dos seus atos, por não terem natureza jurisdicional.

Os valores pagos pelo regime de precatórios devem ser atualizados monetariamente e remunerados com juros, em caso de atraso. Contudo, os juros de mora em precatório somente incidem após o prazo do art. 100, visto que antes disso não há mora. Nesse sentido a Súmula Vinculante nº 17 do STF: “Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos.” E, no período entre a liquidação da conta e a expedição do precatório, também, não correm juros, conforme já decidiu o STF¹⁶.

Caso o devedor não respeite a ordem cronológica de apresentação dos precatórios, pagando fora da ordem, existe o direito do credor preterido em obter o sequestro. Este pode incidir sobre o credor que recebeu fora da ordem e também sobre as contas da entidade pública devedora. Se houver omissão de previsão do valor do precatório no orçamento, também cabe sequestro. Qualquer credor preterido pode requerer o sequestro.

16 RE 298.616, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 31.10.2002, DJ 03.10.2003; AI 492.779 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 13.12.2005, DJ 03.03.2006; e RE 496.703 ED, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski

Em razão da supremacia do interesse público, bem como pelo fato de que os precatórios são pagos com recursos de toda a sociedade, permite-se a revisão de erros de cálculo em precatório a qualquer tempo – mesmo após o decurso do prazo de embargos, conforme prevê a lei 9.494/1997:

Art. 1º - E - da Lei 9.494/1997: São passíveis de revisão, pelo Presidente do Tribunal, de ofício ou a requerimento das partes, as contas elaboradas para aferir o valor dos precatórios antes de seu pagamento ao credor.

Caso existam diferenças a ser pagas em razão de pagamento a menor, deve-se iniciar um novo procedimento, para a expedição de um precatório complementar (que, na verdade é um novo precatório, com novo número de ordem, em razão da necessidade de inclusão de despesa no orçamento) qual seja, deve a Fazenda ser novamente citada para ter a oportunidade de impugnar a conta, conforme entendimento consolidado do STF¹⁷:

Precatório complementar – necessidade de citação: EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. NECESSIDADE DE CITAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA. RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA POR ESTA SUPREMA CORTE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

3 A INADIMPLÊNCIA DOS PRECATÓRIOS

A errônea interpretação do preceito de regência dos precatórios, ou seja, do artigo 117, da CF de 1967 (com a Emenda 01/69), levou à conclusão de que os valores deles constantes, atualizados em 1.º de julho, seriam pagos, até o término do exercício subsequente à respectiva apresentação, na forma nominal.

Na época, o Brasil vivia sob o fenômeno inflacionário, superior a trinta por cento ao mês, o que gerou um verdadeiro ciclo vicioso. O credor recebia o seu precatório, mas, entretanto, recebia, na verdade, um valor que oscilava entre três a cinco por cento do total devido. Tal fato forçava o credor a requerer ao Judiciário a expedição de novo precatório para pagamento das diferenças que, por sua vez, em razão do pagamento nominal, geravam novas diferenças e expedição de novos precatórios¹⁸.

17 RE 605481 RG, Relator (a): Min. ELLEN GRACIE, julgado em 29/04/2010, DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010 EMENT VOL-02411-05 PP-01114.

18 “Mas, como é sabido, vários pagamentos de requisitórios começaram a ser feitos com a entrega de dinheiro no valor neles constante, que era o de 1.º de julho do ano anterior, e não no valor corrigido até a

Em razão da errônea sistemática do pagamento nominal, começou-se a realizar grandes desapropriações sem os valores necessários existentes nos orçamentos, visto que as Fazendas Públicas contavam com o fenômeno inflacionário para desapropriar sem pagar as indenizações. Assim, a partir das grandes desapropriações para obras públicas durante o processo inflacionário, acumularam-se muitas dívidas que as Fazendas Públicas não pagaram¹⁹, conforme ressalta Marco Aurélio de Mello²⁰:

Iniludivelmente, tendo em vista a busca da realização de obras e, também, a delimitação temporal dos mandatos, proibida a reeleição, a sistemática consagrada jurisprudencialmente acabou por levar a sucessivas e pouco planejadas desapropriações, não se preocupando os governantes com a necessidade de conciliá-las com as dotações orçamentárias e, destarte com créditos abertos para tal fim. Projetaram-se, com isso, as liquidações dos débitos, a alcançarem toda e qualquer importância devida pela Fazenda Pública em razão de condenações sofridas. A par do pernicioso critério homenageando o valor nominal em detrimento do valor real, contavam ainda, as Fazendas, com a denominada ciranda financeira. Os recursos eram aplicados no mercado, multiplicando-se dia-a-dia, com isso havendo considerável aporte de numerário. A “bola de neve” formou-se...

Assim, o Estado brasileiro, em decorrência de governos irresponsáveis²¹ que desapropriavam sem ter valores nos orçamentos, possui hoje dívidas impagáveis. Anoto que, a partir da Constituição Federal

data do efetivo pagamento. Como os pagamentos são feitos entre seis e dezoito meses após a atualização de 1.º de julho, a diferença entre o valor de 1.º de julho e o da data do efetivo pagamento, se corrigido neste, é enorme. Não é preciso lembrar a astronômica inflação do final do Governo Sarney; basta lembrar a atual inflação, da ordem de 1.300% ao ano, para ver que o pagamento recebido é muitas vezes inferior ao pagamento devido”. (BARBI, Celso Agrícola. O precatório na Constituição de 1988. In: *Revista dos Tribunais*, v. 701, p. 17, mar. 1994)

19 Cf. SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 521.

20 MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. A eficácia dos precatórios. In: *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 20, p. 228, jul. 1997.

21 “Acresce que o Poder Público frequentemente nem ao menos obedece a esta exigência constitucional. Deixa ultrapassar os prazos sem lhes dar atendimento. É claro que seria caso de intervenção federal nos Estados, estadual nos Municípios (a teor dos arts. 34, V, “a”, ou 35, I), ou impeachment do Presidente da República (art. 85, VII). Só que nada disto acontece. Há centenas de pedidos de intervenção federal em Estados e Municípios, sem que sejam atendidos. Com isto, a responsabilidade do Estado no âmbito de inúmeros Estados e Municípios possui um indubitável caráter de “ficção”. Ou seja: sua existência em muitas partes do País tem uma realidade próxima àquela que se supõe seja a de um saci, de uma iara, de um gnomo ou de uma fada. Sem embargo, as pessoas do mundo jurídico escrevem sobre o tema – como eu mesmo venho fazendo – tal como se estivessem perante uma realidade. Se alguém duvida desta assertiva, basta verificar a documentação existente na Comissão de Precatórios da OAB de São Paulo, ou da Bahia, ou de Santa Catarina, ou do Rio Grande do Sul, para tomar apenas alguns exemplos. Precatórios trabalhistas do Ceará não são pagos há 20 anos”. (CELSONTO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 22. ed 2007. p. 1004, nota de rodapé nº 40)

de 1988, a qual assegura a justa e prévia indenização (art. 5º XXIV) não se pode pensar em pagamento de indenização de desapropriações por meio de precatório, quando houver imissão na posse²².

A recusa de pagamento de precatório, por implicar em descumprimento de ordem judicial, ensejaria fundamento para pedido de intervenção com fulcro no art. 34 a 36 da Constituição. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal restringiu muito a aplicação do instituto da intervenção em caso de não pagamento de precatório, pois houve o entendimento que a falta de recursos financeiros é justificativa escusável para o não pagamento²³:

EMENTA: INTERVENÇÃO FEDERAL. 2. Precatórios judiciais. 3. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. 4. Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos. 5. A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. 6. Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes. 7. Pedido de intervenção indeferido.

Conforme informação na Revista do Advogado nº 111, de abril de 2011, da Associação dos Advogados de São Paulo, as dívidas em precatórios dos Estados e Municípios ultrapassava, naquele ano, em 100 bilhões. É um problema que vem desde a promulgação da atual Constituição Federal e é motivada por governos irresponsáveis que endividaram gerações futuras, bem como pelos atuais políticos que preferem fazer novas obras a pagar as dívidas de seus antecessores.

Em razão do endividamento dos Estados e Municípios, a Constituição de 1988 previu o parcelamento de todos os precatórios em 8 parcelas, conforme redação do art. 33 do ADCT. Terminado tal parcelamento, os Estados continuaram endividados e, por meio da Emenda Constitucional 30, foi instituída a segunda moratória, desta vez em 10 parcelas, conforme art. 78 do ADCT:

Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em

²² Sobre o pagamento de indenização das desapropriações e precatórios, vide: Nakamura, André Luiz dos Santos. *A Justa e Prévia Indenização na Desapropriação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

²³ STF - IF 1317, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator (a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2003, DJ 01-08-2003 PP-00113 EMENT VOL-02117-20 PP-04147)

juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos.

§ 1º É permitida a decomposição de parcelas, a critério do credor.

§ 2º As prestações anuais a que se refere o caput deste artigo terão, se não liquidadas até o final do exercício a que se referem, poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora.

§ 3º O prazo referido no caput deste artigo fica reduzido para dois anos, nos casos de precatórios judiciais originários de desapropriação de imóvel residencial do credor, desde que comprovadamente único à época da imissão na posse.

§ 4º O Presidente do Tribunal competente deverá, vencido o prazo ou em caso de omissão no orçamento, ou preterição ao direito de precedência, a requerimento do credor, requisitar ou determinar o sequestro de recursos financeiros da entidade executada, suficientes à satisfação da prestação.

Porém, o art. 78 do ADCT foi considerado inconstitucional pelo STF²⁴:

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 30, DE 13 DE SETEMBRO DE 2000, QUE ACRESCENTOU O ART. 78 AO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. PARCELAMENTO DA LIQUIDAÇÃO DE PRECATÓRIOS PELA FAZENDA PÚBLICA.

1. O precatório de que trata o artigo 100 da Constituição consiste em prerrogativa processual do Poder Público. Possibilidade de pagar os seus débitos não à vista, mas num prazo que se estende até dezoito meses. Prerrogativa compensada, no entanto, pelo rigor dispensado aos responsáveis pelo cumprimento das ordens judiciais, cujo desrespeito constitui, primeiro, pressuposto de intervenção federal (inciso VI do art. 34 e inciso V do art. 35, da CF) e, segundo, crime de responsabilidade (inciso VII do art. 85 da CF). 2. O sistema de precatórios é garantia constitucional do cumprimento

24 ADI 2356 MC, Relator (a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator (a) p/ Acórdão: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 25/11/2010, DJe-094 DIVULG 18-05-2011 PUBLIC 19-05-2011 EMENT VOL-02525-01 PP-00054

de decisão judicial contra a Fazenda Pública, que se define em regras de natureza processual conducentes à efetividade da sentença condenatória trânsita em julgado por quantia certa contra entidades de direito público. Além de homenagear o direito de propriedade (inciso XXII do art. 5º da CF), prestigia o acesso à jurisdição e a coisa julgada (incisos XXXV e XXXVI do art. 5º da CF). 3. A eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte (redundantemente chamado de “originário”) não está sujeita a nenhuma limitação normativa, seja de ordem material, seja formal, porque provém do exercício de um poder de fato ou suprapositivo. Já as normas produzidas pelo poder reformador, essas têm sua validade e eficácia condicionadas à legitimação que recebam da ordem constitucional. Daí a necessária obediência das emendas constitucionais às chamadas cláusulas pétreas. 4. O art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado pelo art. 2º da Emenda Constitucional nº 30/2000, ao admitir a liquidação “em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos” dos “precatórios pendentes na data de promulgação” da emenda, violou o direito adquirido do beneficiário do precatório, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Atentou ainda contra a independência do Poder Judiciário, cuja autoridade é insuscetível de ser negada, máxime no concernente ao exercício do poder de julgar os litígios que lhe são submetidos e fazer cumpridas as suas decisões, inclusive contra a Fazenda Pública, na forma prevista na Constituição e na lei. Pelo que a alteração constitucional pretendida encontra óbice nos incisos III e IV do § 4º do art. 60 da Constituição, pois afronta “a separação dos Poderes” e “os direitos e garantias individuais”. 5. Quanto aos precatórios “que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999”, sua liquidação parcelada não se compatibiliza com o caput do art. 5º da Constituição Federal. Não respeita o princípio da igualdade a admissão de que um certo número de precatórios, oriundos de ações ajuizadas até 31.12.1999, fique sujeito ao regime especial do art. 78 do ADCT, com o pagamento a ser efetuado em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, enquanto os demais créditos sejam beneficiados com o tratamento mais favorável do § 1º do art. 100 da Constituição. 6. Medida cautelar deferida para suspender a eficácia do art. 2º da Emenda Constitucional nº 30/2000, que introduziu o art. 78 no ADCT da Constituição de 1988. Entretanto, mesmo após dois parcelamentos, os Estados continuaram endividados, o que gerou a promulgação da Emenda 62/2009. Esta parcelou os precatórios pendentes de pagamento pelo prazo de 15 anos ou, por prazo indeterminado, caso a Fazenda decida por optar pelo depósito de porcentagem do orçamento, na forma do regime especial previsto no art. 97 do ADCT:

Art. 97. Até que seja editada a lei complementar de que trata o § 15 do art. 100 da Constituição Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios

que, na data de publicação desta Emenda Constitucional, estejam em mora na quitação de precatórios vencidos, relativos às suas administrações direta e indireta, inclusive os emitidos durante o período de vigência do regime especial instituído por este artigo, farão esses pagamentos de acordo com as normas a seguir estabelecidas, sendo inaplicável o disposto no art. 100 desta Constituição Federal, exceto em seus §§ 2º, 3º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14, e sem prejuízo dos acordos de juízos conciliatórios já formalizados na data de promulgação desta Emenda Constitucional.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios sujeitos ao regime especial de que trata este artigo optarão, por meio de ato do Poder Executivo:

I - pelo depósito em conta especial do valor referido pelo § 2º deste artigo; ou

II - pela adoção do regime especial pelo prazo de até 15 (quinze) anos, caso em que o percentual a ser depositado na conta especial a que se refere o § 2º deste artigo corresponderá, anualmente, ao saldo total dos precatórios devidos, acrescido do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança e de juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança para fins de compensação da mora, excluída a incidência de juros compensatórios, diminuído das amortizações e dividido pelo número de anos restantes no regime especial de pagamento.

§ 2º Para saldar os precatórios, vencidos e a vencer, pelo regime especial, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devedores depositarão mensalmente, em conta especial criada para tal fim, 1/12 (um doze avos) do valor calculado percentualmente sobre as respectivas receitas correntes líquidas, apuradas no segundo mês anterior ao mês de pagamento, sendo que esse percentual, calculado no momento de opção pelo regime e mantido fixo até o final do prazo a que se refere o § 14 deste artigo, será:

I - para os Estados e para o Distrito Federal:

a) de, no mínimo, 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento), para os Estados das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, além do Distrito Federal, ou cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a até 35% (trinta e cinco por cento) do total da receita corrente líquida;

b) de, no mínimo, 2% (dois por cento), para os Estados das regiões Sul e Sudeste, cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a mais de 35% (trinta e cinco por cento) da receita corrente líquida;

II - para Municípios:

a) de, no mínimo, 1% (um por cento), para Municípios das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, ou cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a até 35% (trinta e cinco por cento) da receita corrente líquida;

b) de, no mínimo, 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento), para Municípios das regiões Sul e Sudeste, cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a mais de 35 % (trinta e cinco por cento) da receita corrente líquida.

§ 3º Entende-se como receita corrente líquida, para os fins de que trata este artigo, o somatório das receitas tributárias, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de contribuições e de serviços, transferências correntes e outras receitas correntes, incluindo as oriundas do § 1º do art. 20 da Constituição Federal, verificado no período compreendido pelo mês de referência e os 11 (onze) meses anteriores, excluídas as duplicidades, e deduzidas:

I - nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional;

II - nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, a contribuição dos servidores para custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira referida no § 9º do art. 201 da Constituição Federal.

§ 4º As contas especiais de que tratam os §§ 1º e 2º serão administradas pelo Tribunal de Justiça local, para pagamento de precatórios expedidos pelos tribunais.

§ 5º Os recursos depositados nas contas especiais de que tratam os §§ 1º e 2º deste artigo não poderão retornar para Estados, Distrito Federal e Municípios devedores.

§ 6º Pelo menos 50% (cinquenta por cento) dos recursos de que tratam os §§ 1º e 2º deste artigo serão utilizados para pagamento de precatórios em ordem cronológica de apresentação, respeitadas as preferências definidas no § 1º, para os requisitórios do mesmo ano e no § 2º do art. 100, para requisitórios de todos os anos.

§ 7º Nos casos em que não se possa estabelecer a precedência cronológica entre 2 (dois) precatórios, pagar-se-á primeiramente o precatório de menor valor.

§ 8º A aplicação dos recursos restantes dependerá de opção a ser exercida por Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, por ato do Poder Executivo, obedecendo à seguinte forma, que poderá ser aplicada isoladamente ou simultaneamente:

I - destinados ao pagamento dos precatórios por meio do leilão;

II - destinados a pagamento a vista de precatórios não quitados na forma do § 6º e do inciso I, em ordem única e crescente de valor por precatório;

III - destinados a pagamento por acordo direto com os credores, na forma estabelecida por lei própria da entidade devedora, que poderá prever criação e forma de funcionamento de câmara de conciliação.

§ 9º Os leilões de que trata o inciso I do § 8º deste artigo:

I - serão realizados por meio de sistema eletrônico administrado por entidade autorizada pela Comissão de Valores Mobiliários ou pelo Banco Central do Brasil;

II - admitirão a habilitação de precatórios, ou parcela de cada precatório indicada pelo seu detentor, em relação aos quais não esteja pendente, no âmbito do Poder Judiciário, recurso ou impugnação de qualquer natureza, permitida por iniciativa do Poder Executivo a compensação com débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra devedor originário pela Fazenda Pública devedora até a data da expedição do precatório, ressalvados aqueles cuja exigibilidade esteja suspensa nos termos da legislação, ou que já tenham sido objeto de abatimento nos termos do § 9º do art. 100 da Constituição Federal;

III - ocorrerão por meio de oferta pública a todos os credores habilitados pelo respectivo ente federativo devedor;

IV - considerarão automaticamente habilitado o credor que satisfaça o que consta no inciso II;

V - serão realizados tantas vezes quanto necessário em função do valor disponível;

VI - a competição por parcela do valor total ocorrerá a critério do credor, com deságio sobre o valor desta;

VII - ocorrerão na modalidade deságio, associado ao maior volume ofertado cumulado ou não com o maior percentual de deságio, pelo maior percentual de deságio, podendo ser fixado valor máximo por credor, ou por outro critério a ser definido em edital;

VIII - o mecanismo de formação de preço constará nos editais publicados para cada leilão;

IX - a quitação parcial dos precatórios será homologada pelo respectivo Tribunal que o expediu.

§ 10. No caso de não liberação tempestiva dos recursos de que tratam o inciso II do § 1º e os §§ 2º e 6º deste artigo:

I - haverá o sequestro de quantia nas contas de Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, por ordem do Presidente do Tribunal referido no § 4º, até o limite do valor não liberado;

II - constituir-se-á, alternativamente, por ordem do Presidente do Tribunal requerido, em favor dos credores de precatórios, contra Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, direito líquido e certo, autoaplicável e independentemente de regulamentação, à compensação automática com débitos líquidos lançados por esta contra aqueles, e, havendo saldo em favor do credor, o valor terá automaticamente poder liberatório do pagamento de tributos de Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, até onde se compensarem;

III - o chefe do Poder Executivo responderá na forma da legislação de responsabilidade fiscal e de improbidade administrativa;

IV - enquanto perdurar a omissão, a entidade devedora:

- a) não poderá contrair empréstimo externo ou interno;
- b) ficará impedida de receber transferências voluntárias;

V - a União reterá os repasses relativos ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e ao Fundo de Participação dos Municípios, e os depositará nas contas especiais referidas no § 1º, devendo sua utilização obedecer ao que prescreve o § 5º, ambos deste artigo.

§ 11 No caso de precatórios relativos a diversos credores, em litisconsórcio, admite-se o desmembramento do valor, realizado pelo Tribunal de origem do precatório, por credor, e, por este, a habilitação do valor total a que tem direito, não se aplicando, neste caso, a regra do § 3º do art. 100 da Constituição Federal.

§ 12. Se a lei a que se refere o § 4º do art. 100 não estiver publicada em até 180 (cento e oitenta) dias, contados da data de publicação desta Emenda Constitucional, será considerado, para os fins referidos, em relação a Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, omissos na regulamentação, o valor de:

I - 40 (quarenta) salários mínimos para Estados e para o Distrito Federal;

II - 30 (trinta) salários mínimos para Municípios.

§ 13 Enquanto Estados, Distrito Federal e Municípios devedores estiverem realizando pagamentos de precatórios pelo regime especial, não poderão sofrer sequestro de valores, exceto no caso de não liberação tempestiva dos recursos de que tratam o inciso II do § 1º e o § 2º deste artigo.

§ 14. O regime especial de pagamento de precatório previsto no inciso I do § 1º vigorará enquanto o valor dos precatórios devidos for superior ao valor dos recursos vinculados, nos termos do § 2º, ambos deste artigo, ou pelo prazo fixo de até 15 (quinze) anos, no caso da opção prevista no inciso II do § 1º.

§ 15. Os precatórios parcelados na forma do art. 33 ou do art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e ainda pendentes de pagamento ingressarão no regime especial com o valor atualizado das parcelas não pagas relativas a cada precatório, bem como o saldo dos acordos judiciais e extrajudiciais.

§ 16. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.

§ 17. O valor que exceder o limite previsto no § 2º do art. 100 da Constituição Federal será pago, durante a vigência do regime especial, na forma prevista nos §§ 6º e 7º ou nos incisos I, II e III do § 8º deste artigo, devendo os valores dispendidos para o atendimento do disposto no § 2º do art. 100 da Constituição Federal serem computados para efeito do § 6º deste artigo.

§ 18. Durante a vigência do regime especial a que se refere este artigo, gozarão também da preferência a que se refere o § 6º os titulares originais de precatórios que tenham completado 60 (sessenta) anos de idade até a data da promulgação desta Emenda Constitucional.

Houve a declaração de inconstitucionalidade do parcelamento proposto pela Emenda Constitucional 62/2009, nos processos ADI 4357/DF, ADI 4372/DF, ADI 4400/DF, ADI 4425/DF. O STF entendeu inconstitucional todo o art. 97 do ADCT. O fundamento da declaração de inconstitucionalidade é que a criação de um regime especial para pagamento

de precatórios para Estados, Distrito Federal e Municípios, resulta em nova moratória na quitação dos débitos judiciais da Fazenda Pública, um contingenciamento de recurso para esse fim com a consequente violação da cláusula constitucional do Estado de Direito, do princípio da separação de Poderes, do postulado da isonomia, da garantia do acesso à justiça, da efetividade da tutela judicial, do direito adquirido e da coisa julgada:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL NÃO CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE INTERSTÍCIO CONSTITUCIONAL MÍNIMO ENTRE OS DOIS TURNOS DE VOTAÇÃO DE EMENDAS À LEI MAIOR (CF, ART. 60, §2º). CONSTITUCIONALIDADE DA SISTEMÁTICA DE “SUPERPREFERÊNCIA” A CREDORES DE VERBAS ALIMENTÍCIAS QUANDO IDOSOS OU PORTADORES DE DOENÇA GRAVE. RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À PROPORCIONALIDADE. INVALIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA LIMITAÇÃO DA PREFERÊNCIA A IDOSOS QUE COMPLETEM 60 (SESSENTA) ANOS ATÉ A EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA (CF, ART. 5º, CAPUT). INCONSTITUCIONALIDADE DA SISTEMÁTICA DE COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS EM PROVEITO EXCLUSIVO DA FAZENDA PÚBLICA. EMBARAÇO À EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO (CF, ART. 5º, XXXV), DESRESPEITO À COISA JULGADA MATERIAL (CF, ART. 5º XXXVI), OFENSA À SEPARAÇÃO DOS PODERES (CF, ART. 2º) E ULTRAJE À ISONOMIA ENTRE O ESTADO E O PARTICULAR (CF, ART. 1º, CAPUT, C/C ART. 5º, CAPUT). IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CF, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DOS CRÉDITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS, QUANDO ORIUNDOS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CF, ART. 5º, CAPUT). INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME ESPECIAL DE

PAGAMENTO. OFENSA À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE DIREITO (CF, ART. 1º, CAPUT), AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES (CF, ART. 2º), AO POSTULADO DA ISONOMIA (CF, ART. 5º, CAPUT), À GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL (CF, ART. 5º, XXXV) E AO DIREITO ADQUIRIDO E À COISA JULGADA (CF, ART. 5º, XXXVI). PEDIDO JULGADO PROCEDENTE EM PARTE. 1. A Constituição Federal de 1988 não fixou um intervalo temporal mínimo entre os dois turnos de votação para fins de aprovação de emendas à Constituição (CF, art. 62, §2º), de sorte que inexistente parâmetro objetivo que oriente o exame judicial do grau de solidez da vontade política de reformar a Lei Maior. A interferência judicial no âmago do processo político, verdadeiro locus da atuação típica dos agentes do Poder Legislativo, tem de gozar de lastro forte e categórico no que prevê o texto da Constituição Federal. Inexistência de ofensa formal à Constituição brasileira. 2. O pagamento prioritário, até certo limite, de precatórios devidos a titulares idosos ou que sejam portadores de doença grave promove, com razoabilidade, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e a proporcionalidade (CF, art. 5º, LIV), situando-se dentro da margem de conformação do legislador constituinte para operacionalização da novel preferência subjetiva criada pela Emenda Constitucional nº 62/2009. 3. A expressão “na data de expedição do precatório”, contida no art. 100, §2º, da CF, com redação dada pela EC nº 62/09, enquanto baliza temporal para a aplicação da preferência no pagamento de idosos, ultraja a isonomia (CF, art. 5º, caput) entre os cidadãos credores da Fazenda Pública, na medida em que discrimina, sem qualquer fundamento, aqueles que venham a alcançar a idade de sessenta anos não na data da expedição do precatório, mas sim posteriormente, enquanto pendente este e ainda não ocorrido o pagamento. 4. O regime de compensação dos débitos da Fazenda Pública inscritos em precatórios, previsto nos §§ 9º e 10 do art. 100 da Constituição Federal, incluídos pela EC nº 62/09, embaraça a efetividade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), desrespeita a coisa julgada material (CF, art. 5º, XXXVI), vulnera a Separação dos Poderes (CF, art. 2º) e ofende a isonomia entre o Poder Público e o particular (CF, art. 5º, caput), cânone essencial do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, caput). 5. A atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança viola o direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) na medida em que é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. A inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (ex ante), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte

(remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período). 6. A quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, caput) ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros da mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (ex vi do art. 161, §1º, CTN). Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução da expressão “independentemente de sua natureza”, contida no art. 100, §12, da CF, incluído pela EC nº 62/09, para determinar que, quanto aos precatórios de natureza tributária, sejam aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário. 7. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC nº 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquinam o art. 100, §12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento, na mesma extensão dos itens 5 e 6 supra. 8. O regime “especial” de pagamento de precatórios para Estados e Municípios criado pela EC nº 62/09, ao veicular nova moratória na quitação dos débitos judiciais da Fazenda Pública e ao impor o contingenciamento de recursos para esse fim, viola a cláusula constitucional do Estado de Direito (CF, art. 1º, caput), o princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º), o postulado da isonomia (CF, art. 5º), a garantia do acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV), o direito adquirido e à coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI). 9. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente em parte. (ADI 4425, Relator (a): Min. AYRES BRITTO, Relator (a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-251 DIVULG 18-12-2013 PUBLIC 19-12-2013).

Modulando os efeitos da decisão, o Ministro Dias Toffoli decidiu manter pelo período de cinco anos, a contar da conclusão do julgamento da questão de ordem, a vigência das normas instituíram o regime especial de pagamento de precatórios — inclusive as modalidades alternativas de pagamento previstas no art. 97, §§ 6º, 7º e 8º do ADCT —, com destaque ainda para o art. 97, §§ 1º e 2º, do ADCT, o qual estabelece percentuais mínimos da receita corrente líquida — vinculados ao pagamento do precatório —, e o art. 97, § 10, do ADCT, que estabelece sanções para o caso de não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento de precatórios. O fundamento da modulação foi no sentido de que, apesar das impropriedades reconhecidas pelo STF em relação ao regime instituído pela EC 62/2009, esse sistema teria sido capaz

de movimentar a fila de precatórios como jamais teria ocorrido nos regimes constitucionais anteriores e que as mudanças trazidas pela referida emenda teriam propiciado incremento real no pagamento de precatórios pelos Estados-membros e pelos Municípios, conforme dados colhidos pelo CNJ. Assim, o Supremo Tribunal Federal (STF) determinou que todos os valores em atraso deverão ser quitados até 2020.

O aumento no volume de adimplência dos entes foi devido, em grande parte, ao estabelecimento de percentuais mínimos da receita corrente líquida, aos citados mecanismos alternativos de pagamento, bem como à possibilidade de compensação dos débitos. Em razão disso, ressaltou o Ministro Dias Tofoli que, se fosse necessário, após a declaração de inconstitucionalidade do regime especial criado pela EC 62/2009, adotar algum sistema normativo de transição para o regime geral de pagamento de precatórios, com alguma perspectiva de quitação do passivo dos entes federados pelos próximos anos, seria melhor que essa transição ocorresse tendo por base as próprias regras instituídas pelo Poder Constituinte Derivado²⁵, ou seja, é possível que sobrevenha nova Emenda Constitucional disciplinando o pagamento dos precatórios.

Mesmo que não seja definitivo, em razão da possibilidade de nova Emenda Constitucional, foi fixado pelo STF prazo para que o Poder Público pague até 2020 os cerca de R\$ 100 bilhões que deve a cidadãos ou empresas em decorrência de decisão judicial da qual não cabe mais nenhum recurso, mas cuja quitação vinha sistemática e ardilosamente protelando.

Entretanto, provavelmente, até 2020 não teremos todos os débitos de precatórios pagos, o que configura uma grande imoralidade administrativa. De todo o histórico, verifica-se que não é admissível que o Poder Constituinte Derivado tente, novamente, após duas emendas terem sido declaradas inconstitucionais, uma nova moratória dos precatórios. Deve o Poder Público, em todos os níveis da Federação, priorizar o pagamento do estoque de dívidas, como forma de proporcionar o saneamento das contas públicas e a adequada satisfação dos interesses dos credores da Fazenda Pública.

4 CONCLUSÕES

A introdução da sistemática de pagamentos pela Fazenda Pública, na Constituição Federal de 1934, por meio dos precatórios foi uma medida moralizadora e necessária, que evitou a antiga prática da advocacia

25 Informativo do STF nº 778 (16 a 20 de março de 2015)

administrativa que possibilitava o rápido recebimento dos créditos devidos pela Fazenda do Estado, em prejuízo dos demais credores.

O regime de pagamento por precatórios tem por finalidade assegurar a igualdade entre os credores e proclamar a inafastabilidade do dever estatal de solver os débitos judicialmente reconhecidos, impedir favorecimentos pessoais indevidos e frustrar tratamentos discriminatórios, evitando injustas perseguições ditadas por razões de caráter político-administrativo.

Caso o precatório já tenha sido expedido, qualquer acordo, mesmo que mais favorável, somente pode ser realizado quando não mais existirem precatórios pendentes de pagamentos, sob pena de quebra de ordem.

Após a propositura da ação, antes da sentença condenatória, nada impede o acordo entre o Poder Público e a outra parte da relação processual, fora do regime dos precatórios, sem ofensa ao art. 100 da Constituição Federal. O regime dos precatórios não impede que a Administração Pública faça pagamentos fora do âmbito judicial.

O artigo 117, da CF de 1967 (com a Emenda 01/69), levou à conclusão de que os valores deles constantes, atualizados em 1.º de julho, seriam pagos, até o término do exercício subsequente à respectiva apresentação, na forma nominal. Na época, o Brasil vivia sob o fenômeno inflacionário, superior a trinta por cento ao mês, o que gerou um verdadeiro ciclo vicioso. O credor recebia o seu precatório, mas, entretanto, recebia, na verdade, um valor que oscilava entre três a cinco por cento do total devido.

Em razão da errônea sistemática do pagamento nominal, começou-se a realizar grandes desapropriações sem os valores necessários existentes nos orçamentos, visto que as Fazendas Públicas contavam com o fenômeno inflacionário para desapropriar sem pagar as indenizações. Em razão disso, hoje algumas unidades da Federação têm dívidas quase impagáveis.

A Constituição de 1988 previu o parcelamento de todos os precatórios em 8 parcelas, conforme redação do art. 33 do ADCT. Terminado tal parcelamento, os Estados continuaram endividados e, por meio da Emenda Constitucional 30, foi instituída a segunda moratória. E por fim, foi instituída a terceira moratória, por meio de Emenda 62/2009.

As moratórias das Emendas 30 e 62 foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, temos que não pode e não deve o Constituinte Derivado tentar novamente qualquer tipo de novo

parcelamento, devendo, assim, os entes da Federação concentrar esforços para diminuir o volume da sua dívida de precatórios.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007.

BARBI, Celso Agrícola. O precatório na Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*, v. 701, p. 17, mar. 1994.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. v. IV. São Paulo: Malheiros, 2009.

HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: Doutrina e Prática*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARCATO, Antonio Carlos. *Código de Processo Civil Interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Julgada Inconstitucional*. São Paulo: RT, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. A eficácia dos precatórios. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 20, p. 228, jul. 1997.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *A Justa e Prévia Indenização na Desapropriação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

_____. Os Juros nas Desapropriações. In: COUTINHO, Nilton de Almeida (org.). *Advocacia e Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.

PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual da Fazenda Pública em juízo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com e Emenda n. 1 de 1969*. Tomo III. São Paulo: RT, 1969.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, Américo Luís Martins da. *Precatório-requisitório e requisição de pequeno valor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010.

SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de Execução e Cumprimento de Sentença*. 25. ed. São Paulo: Leud, 2008.

VARGAS, Jorge de Oliveira; ULIANA JUNIOR, Laércio Cruz. Precatório: moeda ou mero pedaço de papel?. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, Belo Horizonte, ano 7, n. 41, set./out. 2009. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=63274>>. Acesso em: 8 abr. 2015.

RECEBIDO EM: 12/11/2015

APROVADO EM: 21/12/2015

LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS: UMA DISCUSSÃO À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE, DA COMPETITIVIDADE, DA VANTAJOSIDADE E DA ECONOMICIDADE DA LICITAÇÃO

*SUSTAINABLE CRITERIA IN GOVERNMENT ACQUISITION: A
DISCUSSION IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLES OF EQUALITY,
COMPETITIVENESS, ADVANTAGE AND ECONOMY OF THE
GOVERNMENT ACQUISITION*

André Sekunda Gallina¹

Lissandra Espinosa de Mello Aguirre²

SUMÁRIO: Introdução; 1 Licitações sustentáveis; 1.1 Compras sustentáveis; 1.2 Afinal, é constitucional a realização de licitações sustentáveis?; 1.2.1 Licitações sustentáveis, ofensa ao princípio da economicidade e impacto na seleção da proposta mais vantajosa à Administração; 1.2.2 Licitações sustentáveis e a ofensa aos princípios da igualdade dos licitantes e da competitividade do certame;

¹ Contador. Servidor Público Federal. Aluno curso de Direito da UNIOESTE, Foz do Iguaçu/PR.
E-mail: andresekunda@gmail.com.

² Professora UNIOESTE. Integrante do Núcleo de Pesquisa da Unioeste, Hermenêutica Constitucional e Estado Contemporâneo. Aluna do Programa de Pós Graduação em Direito, Doutorado Interinstitucional, da UFPR. Mestre em Direito e Advogada. E-mail: lissandraaguirre@gmail.com

1.2.3 Afinal, para que realizar licitações sustentáveis?
Art. 225 da Constituição Federal e o princípio da garantia do meio ambiente equilibrado; 2 Considerações finais; Referências.

RESUMO: O presente estudo visa discutir se a realização de licitações sustentáveis ofenderia os princípios da igualdade, da competitividade, da vantajosidade e da economicidade da licitação. Como se sabe, a alteração da Lei 8666/93 em 2010, pela Lei 12349 incluiu como objetivo da licitação o desenvolvimento nacional sustentável, o que fomentou a realização de licitações sustentáveis pelos órgãos públicos. Ocorre que muitas críticas à realização dessas licitações são realizadas pela doutrina, especialmente no que se refere a ofensa aos princípios acima apontados. Conforme se verificou, as compras verdes não constituem mais mera norma programática, mas sim uma exigência constitucional, legal, e essencial ao desenvolvimento sustentável da nação, visto que a exploração desenfreada dos recursos naturais, sem o devido cuidado com o meio ambiente, pode até contribuir para, em um primeiro momento, gerar desenvolvimento, porém, em seguida, conduz invariavelmente à estagnação econômica e à recessão. Ao final, contatou-se a adequação das licitações sustentáveis com os princípios da igualdade, da competitividade, da vantajosidade e da economicidade da licitação e aos ditames constitucionais atinentes à proteção ambiental e ao desenvolvimento nacional sustentável.

PALAVRAS-CHAVE: Licitações Sustentáveis. Ofensa aos Princípios da Licitação. Constitucionalidade.

ABSTRACT: This paper aims to discuss if the application of sustainable acquisition process offend the principles of equality, competitiveness, advantage and economy of the Brazilian acquisitions. As it is known, the amendment on law 8.666/93 in 2010 by law 12.349/10 added as the aim of government bidding process for acquisitions the sustainable national development, which fostered the realization of sustainable procurements by public agencies. Yet, many criticisms of carrying out these auctions are made by the doctrine, especially regarding the offense to the principles above indicated. Once studied, it is concluded that “green purchasing” is no longer a mere programmatic provision, but a constitutional, legal and essential requirement to sustainable development of the nation, as the unbridled exploitation of natural resources without due care for the environment, may even contribute to, at first, induce development, then, conducing invariably to economic stagnation and recession. At

the end, the finding was for the maintenance of sustainable criteria with the principles of equality, competitiveness, advantage and economy of the acquisition and the constitutional principles relating to environmental protection and sustainable national development.

KEYWORDS: Sustainable Criteria in Government Acquisition. Offense to the Principles of the Government Acquisition. Constitutionality.

INTRODUÇÃO

Para contratar produtos e serviços, o Estado Brasileiro se utiliza de um procedimento público chamado licitação, em que é assegurado pela Constituição Federal igualdade de condições a todos os concorrentes.

A licitação possui previsão no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, que prevê que as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública. Esse inciso é regulamentado justamente pela Lei 8.666/93, que trouxe os mecanismos de efetivação do comando constitucional.

Sobre a obrigatoriedade da realização de licitações, esclarece Di Pietro³ que:

stão obrigados à licitação todos os órgãos da Administração Pública direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.666/93).

A exceção à realização das licitações se restringe aos casos previstos em lei, especialmente às hipóteses de licitação dispensada, dispensável ou inexigível, nos termos e condições taxativamente previstas nos artigos 17, 24 e 25, respectivamente, da Lei 8.666/93.

O conceito de licitação, em regra, não causa grande celeuma, tampouco maiores divergências na doutrina. Segundo Mello⁴, a licitação pode ser conceituada como:

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 393.

4 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros, 2004. p. 483.

[...] um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.

Para Meirelles⁵, a licitação “É o procedimento administrativo mediante o qual a administração pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”.

Na visão do administrativista Justen Filho⁶, a licitação:

É um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

Como visto, a licitação visa a realização das contratações necessárias ao funcionamento do Estado, com a seleção da melhor proposta, mais vantajosa e adequada a suprir a necessidade estatal. Entretanto, hodiernamente, a licitação assumiu mais um objetivo, que é a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, na forma do caput do art. 3º da Lei 8.666/93, alterado pela lei 12349/2010.

Para atender ao novo objetivo da licitação, alguns órgãos do Estado iniciaram ações para implementar licitações sustentáveis, porém, isto foi (e vem sendo) alvo de críticas, em especial sob o argumento de que a realização de licitações sustentáveis ofenderia, em tese, os princípios da igualdade, da competitividade, da vantajosidade e da economicidade da licitação.

Visando discutir a ocorrência ou não de ofensa aos princípios indicados, propõe-se um estudo que objetiva analisar se a realização de licitações sustentáveis, pelos órgãos públicos, ofende os princípios da igualdade, da competitividade, da vantajosidade e da economicidade da licitação.

5 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 260.

6 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 309.

O artigo pretende responder ao seguinte problema de pesquisa: a realização de licitações sustentáveis, pelos órgãos públicos, ofende os princípios licitatórios da igualdade, da competitividade, da vantajosidade e da economicidade?

Afim de responder a tal indagação, o artigo divide-se nos seguintes tópicos: introdução, uma seção sobre licitações sustentáveis, em que serão discutidos o conceito e breves noções sobre compras sustentáveis, se é constitucional a realização de licitações sustentáveis, se a realização de licitações sustentáveis ofende ao princípio da economicidade e se impacta na seleção da proposta mais vantajosa à administração, se a realização de licitações sustentáveis ofende aos princípios da igualdade dos licitantes e da competitividade do certame, a importância da realização de licitações sustentáveis, e por fim, as considerações finais.

1 LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS

Com a alteração do art. 3º da Lei 8666/93 no ano de 2010 pela Lei 12349, que acrescentou como objetivo da licitação a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, muito se tem discutido sobre as compras sustentáveis, em especial sobre sua legalidade, constitucionalidade, impacto na seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e seu impacto na concorrência do certame licitatório. Visando discutir todos esses assuntos é que propõe-se o presente estudo.

1.1 Compras Sustentáveis: Conceito e Breves Noções

A licitação visa a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração. Tradicionalmente, proposta mais vantajosa era aquela orientada pela licitação do tipo menor preço, ou seja, o produto ou serviço com o menor custo financeiro correspondia ao contrato mais vantajoso, devendo, portanto, ser contratado.

Ocorre que a visão de vantajosidade mais coadunada com a Constituição Federal deixa de observar tão somente esse aspecto mecânico do menor preço e passa a analisar a questão sob diferentes prismas.

No entendimento de Cretella Junior⁷:

7 CRETELLA JUNIOR, José. *Das licitações Públicas*: Comentários à Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, republicada no Diário Oficial de 6 de julho de 1994, conforme determinação do artigo 3º da Lei n.º 8.883, de 8 de junho de 1994, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 120.

Mais vantajosa não é a proposta de menor preço, mas a que se apresente mais adequada, mais favorável, mais consentânea com o interesse da Administração, observadas, sem dúvida, outras condições como o prazo, o pagamento do preço, a qualidade, o rendimento.

Já para Meirelles⁸, a proposta mais vantajosa é:

[...] aquela que melhor atenda aos interesses da Administração, e que nem sempre é o menor preço e portanto, proposta mais vantajosa será aquela que melhor servir aos objetivos da licitação, dentro do critério de julgamento estabelecido no edital ou convite.

Segundo Bertogna⁹ “[...] a proposta mais vantajosa somente pode ser aquela que atenda ao imperativo ético de preservação dos recursos naturais para as gerações futuras, relacionada, portanto, à aquisição de bens e serviços sustentáveis”.

Para Freitas¹⁰ “[...] a proposta mais vantajosa será sempre aquela que se apresentar a mais apta a gerar, direta ou indiretamente, o menor impacto negativo e, simultaneamente, os maiores benefícios econômicos, sociais e ambientais”.

Há, portanto, uma mudança no paradigma da proposta mais vantajosa, que deixa de ser aquela que obedece cegamente à busca pelo menor preço do bem ou serviço, alternando para aquela que observa os critérios ambientais em seu escopo.

O conceito de vantajosidade, então mecânico, passa a ser influenciado pelas normas constitucionais, em especial aquelas que tratam da proteção ambiental e do desenvolvimento nacional sustentável. Isso causa profundas mudanças na forma como se interpreta o instituto da licitação, ainda mais com a alteração da Lei 8666/93, que incluiu como objetivo do procedimento licitatório o desenvolvimento nacional sustentável.

8 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 273.

9 BERTOGNA, Veridiana. Princípios constitucionais ambientais aplicáveis às licitações sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 99.

10 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: Direito Ao Futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 238.

Sobre o conceito de licitação sustentável, Barcessat¹¹ comenta que:

A licitação sustentável, também denominada “eco aquisição”, “compra verde”, “licitação positiva” ou “compra ambientalmente amigável”, tem como objetivo precípua utilizar o poder de compra estatal visando a propiciar uma postura sustentável das empresas, que terão de se adequar às exigências caso queiram vender para o setor público.

Por sua vez, Souza¹² conceitua a compra sustentável como:

[...] a aquisição de produtos ou serviços que se mostrem eficientes, incluindo aspectos socioambientais, a exemplo dos bens que se servem de menos recursos naturais: a água e energia; materiais menos tóxicos; recicláveis; com maior vida útil e geram menos resíduos, enquadrando-se, assim, no conceito de atividade econômica e sujeita aos ditames constitucionais anteriormente referidos.

De forma resumida, as compras sustentáveis são aquelas que possuem menor potencial lesivo ao meio ambiente, mediante a utilização de materiais recicláveis, atóxicos, com maior economia de água e energia elétrica, dentre outros elementos.

A preocupação com a sustentabilidade possui uma razão de ser: a sociedade, e principalmente os governos, se deram conta que os recursos naturais são de fato esgotáveis, e a velha exploração desenfreada desses recursos, aliado a um sistema de crescimento econômico que desrespeita essas premissas leva à estagnação econômica e à recessão, pois um país sem recursos exploráveis não possui riquezas para impulsionar seu desenvolvimento.

Nesse sentido, Meneguzzi¹³ comenta que:

O mundo não é mais o mesmo. É necessário que não se gaste mal os recursos naturais como a água, as fontes de energia renováveis e não

-
- 11 BARCESSAT, Lena. Papel do estado brasileiro na ordem econômica e na defesa do meio ambiente: necessidade de opção por contratações públicas sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 69.
- 12 SOUZA, Lilian Castro de. Política nacional do meio ambiente e licitações sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 109.
- 13 MANEGUZZI, Rosa Maria. Conceito de licitação sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 40.

renováveis, para que mais pessoas - que precisam deles -, também as usufruam.

Em igual sentido é o entendimento de Villac¹⁴, que ao tratar do tema comenta que “[...] os recursos não renováveis e os renováveis que - utilizados com mais rapidez do que sua capacidade de recomposição - findam por colocar o homem diante de dilemas econômicos e ambientais”.

Ou seja, o cenário mundial é de esgotamento dos recursos naturais, e os Estados, em especial o brasileiro, passaram a agir ativamente, adotando posturas proativas no tocante ao desenvolvimento econômico, aliando-o a uma postura de cuidado com os recursos naturais, justamente por serem absolutamente necessários ao crescimento da nação e por estarem em franco processo de escassez.

No caso brasileiro, uma ação que vem sendo adotada é a (ainda tímida) realização de licitações sustentáveis, ou seja, a realização de compras públicas acrescidas do caráter ambiental, que atendem às necessidades de contratações dos órgãos públicos levando em conta elementos de sustentabilidade nos produtos e serviços contratados.

O Estado é um dos maiores consumidores na cadeia de mercado no qual está inserido. Portanto, possui forte papel indutor de demanda na economia, ao passo que realizando compras sustentáveis, afeta o mercado de tal maneira que compartilha essa responsabilidade e delega, aos fornecedores, seu dever de promoção do desenvolvimento econômico sustentável. Nesse sentido é o entendimento de Meneguzzi¹⁵ ao esclarecer que “Como o governo compra muito poderia estimular uma produção mais sustentável, em maior escala, além de dar o exemplo”.

Apresentados esses conceitos iniciais, a seguir será discutido se a realização das licitações sustentáveis encontra guarida constitucional, discutindo-se eventual ofensa aos princípios da licitação, bem como apresentando o posicionamento da literatura sobre o tema.

14 VILLAC, Teresa. Direito internacional ambiental como fundamento principiológico e de juridicidade para as licitações sustentáveis no Brasil. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 49.

15 MANEGUZZI, Rosa Maria. Conceito de licitação sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 23.

1.2 Afinal, é Constitucional a Realização de Licitações Sustentáveis?

Embora tenha havido a alteração da Lei 8666/93, que incluiu como objetivo da licitação a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, a discussão sobre a constitucionalidade da realização dessas licitações ainda não foi dirimida pela doutrina, em especial pelo fato de que, em tese, a realização de licitações sustentáveis geraria maior dispêndio financeiro ao Estado e constituiria ofensa ao princípio da competitividade da licitação.

Ao tratar da legalidade das licitações sustentáveis, Bim¹⁶ é enfático ao afirmar que “[...] o critério ambiental não é apenas razoável, mas obrigatório, além de pertinente e relevante, como consta na própria lei 8666/93”.

A respeito da constitucionalidade das licitações sustentáveis, Freitas¹⁷ não deixa dúvida: a realização de licitações sustentáveis é dever do Estado.

Por sua vez, Maneguizzi¹⁸ esclarece que a constitucionalidade e a legalidade da realização de licitações sustentáveis “[...] poderão ser extraídas do inciso VI do art. 170 e do art. 225 da Constituição Federal [...]”, ou seja, não haveria que se falar em inconstitucionalidade da realização de licitações sustentáveis.

Com igual posicionamento tem-se o entendimento de Barcessat¹⁹ ao esclarecer que:

[...] os artigos 170 e 225 da CF/88, mesmo antes da mudança legislativa (alteração da Lei 8666/93, em 2010), já fundamentavam e respaldavam totalmente eventuais “fatores de discrimen” que viessem a ser erigidos para propiciar e respaldar a utilização, pela administração, de licitações sustentáveis na aquisição de bens e serviços.

16 BIM, Eduardo Fortunato. Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 196.

17 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: Direito Ao Futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

18 MANEGUZZI, Rosa Maria. Conceito de licitação sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 40.

19 BARCESSAT, Lena. Papel do estado brasileiro na ordem econômica e na defesa do meio ambiente: necessidade de opção por contratações públicas sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 76.

Sobre a constitucionalidade das licitações sustentáveis, Bliacheris²⁰ comenta que “As “licitações verdes” têm fundamento no art. 225, caput, da Constituição [...]”.

Com igual entendimento tem-se o posicionamento de Ferreira²¹ ao comentar que “[...] não há dúvidas: as alterações promovidas na Lei Geral de Licitações são assumidas como absolutamente conformes à Constituição [...]”, ou seja, não há que se falar em inconstitucionalidade da realização de licitações sustentáveis.

Ainda sobre a constitucionalidade das licitações verdes, Bertogna²² menciona que:

[...] os princípios ambientais contidos no art. 225 da Constituição Federal fundamentam a opção do Poder Público pela aquisição de bens e serviços sustentáveis, representando a referida opção a proposta mais vantajosa para a Administração, de acordo com a Lei de Licitações.

Não se pode olvidar que, como discutido, a proteção ambiental, aliada ao crescimento sustentável, constituem deveres inalienáveis do Estado. Por essa razão, a realização de licitações sustentáveis vem ao encontro dessas duas obrigações estatais, pois ao mesmo tempo que protege o meio ambiente por meio da contratação de bens e serviços com menor impacto no ambiental, alavanca a economia fomentando a permanência e entrada de novas empresas fornecedoras de bens e serviços verdes.

Portanto, parece não restar dúvida quanto a constitucionalidade da realização das licitações sustentáveis, conforme amplamente defendido pela doutrina.

20 BLIACHERIS, Marcos Weiss. Licitações sustentáveis: política pública. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 145.

21 FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 66.

22 BERTOGNA, Veridiana. Princípios constitucionais ambientais aplicáveis às licitações sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 83.

1.2.1 Licitações sustentáveis, ofensa ao princípio da economicidade e impacto na seleção da proposta mais vantajosa à Administração

O princípio da economicidade é um dos fundamentos da licitação pública, e tem como enunciado, em síntese, a realização do maior volume de ações com o menor dispêndio financeiro possível. Ou seja, corresponde à máxima do fazer mais com menos.

Constitui um dos objetivos da licitação, embora não conste expressamente no rol de objetivos da licitação, constante do art. 3º, caput, da Lei 8666/93. Na constituição, o princípio da economicidade consta expressamente do caput do art. 70, que introduz a seção IX, que trata da fiscalização contábil, financeira e orçamentária.

Comentando o princípio em questão, Canotilho et al²³. esclarecem que:

Quanto à economicidade, que diz respeito ao critério de uso da menor quantidade de recursos públicos para atingir a maior gama de benefícios ou de beneficiários. Visa averiguar se o gasto público está sendo usado de maneira a permitir que cada unidade de recursos gere o maior benefício possível em termos de pessoas atingidas ou de benefícios a serem concedidos. Visa averiguar se não há desperdício no uso do dinheiro público.

O Estado tem o dever de realizar o máximo de ações com o menor gasto possível. Esse princípio, para as licitações, é chave, pois tem total relação com um dos critérios de adjudicação da licitação, que é a licitação tipo menor preço.

Para Barcessat²⁴, “O princípio da economicidade determina que os recursos financeiros sejam geridos de modo adequado, para que se obtenham os maiores benefícios pelos menores custos”.

Bugarin²⁵ aduz que o princípio da economicidade constitui “[...] busca permanente pelos agentes públicos da melhor alocação possível

23 CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2720.

24 BARCESSAT, Lena. Papel do estado brasileiro na ordem econômica e na defesa do meio ambiente: necessidade de opção por contratações públicas sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 78.

25 BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 129.

dos escassos recursos públicos para solucionar ou mitigar os problemas sociais existentes”.

Entretanto, contrapondo (em tese) esse princípio aparece a figura da licitação sustentável, que enuncia que o critério do menor preço (exclusivamente) não deve ser fundamento para a contratação de bens e serviços pelo Estado, pois esse enunciado não estaria coadunado com o objetivo constitucional de preservação e garantia da proteção ambiental.

A respeito do princípio da economicidade, Garcia e Ribeiro²⁶ esclarecem que:

É neste contexto que se inserem as licitações sustentáveis, admitindo-se que o Estado arque com um custo maior na aquisição de bens e serviços, mas utilizando seu poder de compra para reordenar o mercado e implementar outros valores constitucionalmente previstos.

Para Barcessat²⁷, não haveria nenhuma ofensa ao princípio da economicidade pela realização de licitações sustentáveis, isso porque:

Outrora, os exegetas mais conservadores poderiam argumentar que a incorporação da variável ambiental às licitações não atenderia ao princípio da economicidade. Todavia, tal argumento não mais se sustenta, vez que a adoção da variável ambiental às licitações atende a economicidade. Eventual aumento imediato de custo de produtos e serviços pode ser compensado, a médio e longo prazo, pela redução dos danos ambientais.

Para Meneguzzi²⁸, atributos de sustentabilidade nas compras públicas podem gerar, de fato, acréscimo no custo da contratação, porém, certamente haverá vantagem econômica de longo prazo para a Administração por diversas razões.

26 GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Licitações públicas sustentáveis. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 260, p. 231-254, maio/ago. 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/8836/7629>>. Acesso em: 20 out. 2015.

27 BARCESSAT, Lena. Papel do estado brasileiro na ordem econômica e na defesa do meio ambiente: necessidade de opção por contratações públicas sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 78.

28 MENEGUZZI, Rosa Maria. Conceito de licitação sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

Conforme apontado, o custo mais elevado de um bem ou serviço sustentável seria compensado pela diminuição do custo ambiental, dado o menor potencial lesivo ao meio ambiente.

Produtos ou serviços com características sustentáveis geram menos despesas com manutenção durante todo seu ciclo de vida. Alguns bens sustentáveis, inclusive, possuem ciclo de vida maior que os demais sem esses elementos, ou seja, possuem durabilidade maior, mostrando-se mais econômicos que bens não sustentáveis.

Nesse sentido, a própria legislação incentiva a contratação de bens e serviços que gerem vantagens para a Administração, por meio de menores custos ambientais e com manutenção, como é o caso do art. 4º, III, da Lei 12462/2011²⁹, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratação (RDC):

Art. 4º Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

[...]

III - busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;

Com entendimento semelhante, Bim³⁰ esclarece que:

Outro critério (a ser levado em conta) é a economia em todo o ciclo de vida, ou seja, na execução, conservação, operação e desmobilização/

29 BRASIL. Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nos 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 5 ago. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm> Acesso em: 10 set. 2015.

30 BIM, Eduardo Fortunato. Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 198.

descarte. Essas exigências também abrem espaço para a licitação sustentável.

Bim³¹ defende, ainda, que não se pode pensar na licitação sem levar em conta todos os custos ligados ao ciclo de vida do bem ou serviço. Além disso, Bim exemplifica ao dizer que “Não adianta o produto custar mais barato na hora de adquiri-lo se ele será mais caro em um segundo momento, na hora de instalá-lo, mantê-lo ou mesmo eliminá-lo”. Desta forma, a análise pura e simples do custo do bem por ocasião do término da licitação não pode ser o critério de seleção do produto ou serviço, pois se assim fôsse, produtos não sustentáveis sempre apresentariam preços menores que produtos sustentáveis.

Ao tratar do custo imediato do bem ou serviço sustentável face aos não sustentáveis, Laloë e Freitas³² comentam que:

Em muitos casos, os bens sustentáveis são mais caros, porque são produzidos inteiramente de acordo com toda a legislação trabalhista e ambiental. Isto significa que, não utilizam mão de obra informal nem trabalho infantil, e todos os impostos devidos são recolhidos. Esses produtos incluem custos que não são pagos por empresas que desrespeitam regras trabalhistas, previdenciárias e de direito ambiental. Portanto, a compra de produtos “menos competitivos”, que muitas vezes têm um preço inicial mais alto, será mais vantajosa durante seu ciclo de vida, pois evitará danos ao meio ambiente e contribuirá para a legalidade e a inclusão social, no médio e longo prazos.

Com posicionamento semelhante tem-se a visão de Terra, Csipai e Uchida³³ ao mencionar que:

[...] apesar do eventual preço superior no momento do julgamento da licitação, o objeto ambiental costuma atender ao requisito da

31 BIM, Eduardo Fortunato. Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 202.

32 LALOË, Florence Karine; FREITAS, Paula Gabriela de Oliveira. *Compras Públicas Sustentáveis: uma abordagem prática*. Salvador: Secretaria da Administração do Estado da Bahia - Saeb, 2012. p. 28. Disponível em: <http://www.comprasnet.ba.gov.br/sites/default/files/Compras_P%C3%BAblicas_%20Sustent%C3%A1veis.PDF>. Acesso em: 19 out. 2015.

33 TERRA, Luciana Maria Junqueira; CSIPAI, Luciana Pires; UCHIDA, Mara Tiek. Formas práticas de implementação das licitações sustentáveis: Três passos para a inserção de critérios socioambientais nas contratações pública. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 260.

economicidade a longo prazo, no âmbito da própria execução contratual, no decorrer de seu uso, manutenção e descarte. Por exemplo, quando a Administração adquire o chamado “computador verde”, cujos componentes contêm menor nível de substâncias tóxicas, ainda que pague preço maior, estará economizando recursos na fase de desfazimento do bem, pois não precisará adotar medidas especiais para evitar riscos de contaminação.

Desta forma, conforme esclarece Bim³⁴, “[...] o princípio da economicidade ou do melhor preço não é suficiente por si só e *prima facie* para barrar exigências ambientais nas licitações [...]”.

Ainda, não se deve olvidar que em vários momentos a legislação relativiza o princípio da economicidade do recurso público em prol de outras políticas públicas. Exemplo disso é o caso das margens de preferência em licitações, em que o Estado, visando fomentar um determinado nicho do mercado (micro e pequenas empresas) abre mão de contratar a proposta mais econômica para optar pela contratação do bem ou serviço a um custo mais elevado, porém, de uma empresa enquadrada como de pequeno porte.

Assim, a escolha das contratações verdes não ofenderia o princípio da economicidade, tampouco prejudicaria a seleção da proposta mais vantajosa, visto que deve-se levar-se em conta outros elementos na escolha do fornecedor, como o impacto ambiental do bem ou serviço, e não somente o preço do bem ou serviço a ser contratado.

Ademais, quanto a ofensa à economicidade, as contratações sustentáveis não ofendem de maneira alguma tal princípio, pelo contrário, pois elas se coadunam ao preceito do princípio à medida que, no médio e no longo prazo, contratações verdes gerariam economia em relação às contratações não sustentáveis, em especial pela diminuição dos custos ambientais, dos custos com manutenção, do aumento no tempo de vida útil do bem, e por fim na redução dos custos com descarte do produto ao término da sua vida útil.

Portanto, a realização das licitações verdes não ofende, segundo a doutrina, o princípio da economicidade do recurso público, tampouco a vantajosidade do certame licitatório. A seguir, analisar-se-á se a realização

34 BIM, Eduardo Fortunato. Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 204.

de licitações sustentáveis ofende o princípio da competitividade da licitação, causando prejuízos à condução do certame.

1.2.2 Licitações sustentáveis e a ofensa aos princípios da igualdade dos licitantes e da competitividade do certame

Os princípios da igualdade e da competitividade constituem alicerces de todo o processo licitatório, sendo que sua observância é obrigatória pelo Estado, sob pena de frustrar todo o arcabouço das licitações públicas.

Em suma, o princípio da igualdade preconiza que não serão concedidas vantagens abusivas a desleais a alguns licitantes em detrimento dos demais³⁵.

Por sua vez, o princípio da competitividade serve de freio para que a Administração se abstenha de incluir, nos seus editais licitatórios, cláusulas que tenham por objetivo frustrar ou impedir o acesso dos licitantes ao certame licitatório.

Ademais, quanto mais cláusulas que frustrem a competição, menos licitantes habilitar-se-ão a participar do certame, reduzindo as possibilidades da Administração de obter uma melhor contratação.

Desta forma, a discussão orbita em torno da inclusão de exigências de sustentabilidade na licitação e eventual frustração aos princípios da igualdade e da competitividade do certame, e se isso não inquinaria de inconstitucionalidade a licitação pela ofensa a esses preceitos.

Conforme esclarece Santos³⁶:

Segundo alguns entendimentos, a opção por determinados bens e serviços que atendem aos critérios de sustentabilidade contrariaria o princípio da competitividade, pois muitos desses bens e serviços não são tão usuais no mercado e são fornecidos por um número reduzido de empreendedores, o que reduziria a competitividade nas licitações.

35 CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

36 SANTOS, Murillo Giordan. Poder normativo nas licitações sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 177.

Entretanto, esse posicionamento não se sustenta. A competitividade, como visto, refere-se à inclusão de cláusulas no edital licitatório que impeçam determinados fornecedores de participar da licitação em detrimento de outros. Seria o caso, por exemplo, de limitar a participação de licitantes de apenas uma região, de forma injustificada.

Ao inserir elementos de sustentabilidade na descrição do bem ou serviço, desde que isso conste de forma objetiva no edital da licitação e seja publicizado, não há qualquer ofensa aos princípios da licitação, em especial o da competitividade.

Nesse sentido é o entendimento de Barcessat³⁷ ao comentar que:

[...] a utilização do poder de compra do Estado através das licitações sustentáveis com a finalidade de regulação social, desde que respeitadas as normas e princípios constitucionais, está longe de ferir o princípio da igualdade, bem tampouco prejudica a competitividade.

Isso porque o Estado, ao fomentar as licitações sustentáveis, teria, por meio da lei, criado uma condição de desigualdade em favor dos fornecedores que oferecem bens e serviços sustentáveis, porém, pelo fato dessa desigualdade ter sido criada pela própria lei, não haveria desigualdade alguma, dado o caráter geral e genérico da lei.

Sobre isso, Barcessat³⁸ se posiciona no sentido de:

Temos, aqui um exemplo claro de “prestações positivas do Estado”, através da inserção de aparentes desigualdades na lei, que beneficiam o bem comum através da utilização do Poder de compra do Estado, via licitações sustentáveis com finalidades regulatórias.

Portanto, a possibilidade do Estado realizar licitações sustentáveis não ofenderia a igualdade, tampouco a competitividade do certame. Isso porque o administrador público, ao inserir no edital da licitação exigências de sustentabilidade, não está ferindo o princípio da isonomia (BARCESSAT, 2015).

Entretanto, para não ofender a igualdade e a competitividade do certame, é necessário que o administrador público, ao decidir pela realização

37 BARCESSAT, Lena. Papel do estado brasileiro na ordem econômica e na defesa do meio ambiente: necessidade de opção por contratações públicas sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 73.

38 Ibidem, p. 76.

da licitação sustentável, faça a completa descrição do bem ou serviço sustentável a ser contratado no edital da licitação, para evitar alegações de ofensa aos princípios licitatórios.

Nesse sentido é o entendimento de Meneguzzi³⁹ ao comentar que “[...] os critérios e práticas sustentáveis far-se-ão necessariamente descritos no edital ou carta-convite [...]”. Ou seja, caso a opção da Administração seja pela realização das licitações sustentáveis, desde que a descrição do objeto sustentável conste do edital, não há que se falar em ofensa aos princípios da igualdade e da competitividade do certame licitatório.

Garcia e Ribeiro⁴⁰ defendem que desde que previsto em edital a descrição do bem ou serviço sustentável a ser licitado, não há que se falar em ofensa aos princípios da licitação. “Ora, a inserção de critérios de sustentabilidade ambiental no objeto não implica qualquer violação ao princípio da isonomia”.

Portanto, como visto, a discussão acerca da restrição aos princípios da licitação pela inclusão de cláusulas de sustentabilidade tornou-se inócua. Nesse sentido, Santos⁴¹ comenta que:

O que antes gerava dúvidas no tocante ao princípio da isonomia frente à implementação das licitações sustentáveis, agora restou ultrapassado, uma vez que o artigo 3º da Lei nº. 8.666/93 autorizou explicitamente a introdução dos critérios ambientais nas licitações brasileiras.

Como visto, a realização das licitações sustentáveis não ofende os princípios da isonomia da licitação e da competitividade, desde que a descrição do bem ou serviço sustentável a ser contratado conste objetivamente detalhada no edital.

39 MENEGUZZI, Rosa Maria. Conceito de licitação sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 37.

40 GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Licitações públicas sustentáveis. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 260, p. 231-254, maio/ago. 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/8836/7629>>. Acesso em: 20 out. 2015.

41 SANTOS, Fabrício Vieira dos. A legalidade das compras públicas sustentáveis. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2774, p. 1, 4 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18421>>. Acesso em: 30 out. 2015.

Além de que, após a alteração da lei 8666/93, que incluiu como um dos objetivos da licitação o desenvolvimento nacional sustentável, positivou-se a questão, o que extirpou a possibilidade de realização de qualquer alegação de ofensa aos referidos princípios.

Evidente que descrições excessivamente detalhadas e desnecessárias, gerando direcionamentos e favorecimentos a um ou poucos licitantes flagrantemente ofenderiam aos princípios ora discutidos, o que deve ser coibido com rigor, inclusive, mediante impugnação do edital licitatório, oferecimento de denúncias ao Tribunal de Contas da União e ao Ministério Público, quando for o caso.

Afora isso, conforme apontado pela doutrina, mostra-se salutar a inclusão dessas cláusulas nos editais licitatórios, pois possibilitam a contratação de bens e serviços mais adequados às necessidades de proteção ambiental, com menor custo de manutenção e descarte, e principalmente, menor impacto no meio ambiente.

1.2.3 Afinal, para que realizar licitações sustentáveis? Art. 225 da Constituição Federal e o princípio da garantia do meio ambiente equilibrado

Após todos esses pontos discutidos, se as licitações sustentáveis ofendem ou não os princípios da vantajosidade, economicidade, igualdade e competitividade do certame licitatório, resta o questionamento: qual a finalidade da realização desse tipo de licitação?

A resposta é uníssona: para assegurar às futuras gerações o acesso a um meio ambiente equilibrado, na forma do art. 225 da Constituição Federal.

Ao comentar a finalidade da licitação sustentável, Barcessat⁴² comenta que a licitação sustentável “[...] tem como objetivo conferir maior eficácia social ao comando da Constituição Federal de 1988, que traz entre seus princípios a obrigação do poder público de garantir um meio ambiente equilibrado (art. 225) [...]”.

42 BARCESSAT, Lena. Papel do estado brasileiro na ordem econômica e na defesa do meio ambiente: necessidade de opção por contratações públicas sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 69.

Conforme já evidenciado, a sociedade como um todo, mas em especial o Estado, se deu conta que apenas preservando os recursos naturais é que há possibilidade de desenvolvimento econômico. O crescimento que não seja sustentável está, invariavelmente, fadado ao fracasso.

O próprio Supremo Tribunal Federal⁴³, ao discutir a questão ambiental, posicionou-se no sentido de que:

[...] a atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica [...].

Ou seja, não existe mais espaço, no Estado brasileiro, para a exploração desenfreada dos recursos naturais e ao crescimento econômico desordenado, desesperado, e que viole o direito das futuras gerações.

Conforme esclarece Santos⁴⁴, o Estado deve se abster de praticar atos que degradem ao meio ambiente (atuação negativa), ao tempo que deve combater práticas nocivas ao meio ambiente (atuação positiva). Assim, ao realizar compras sustentáveis, tanto evita maior degradação ambiental pela compra de bens com menor impacto sobre o meio ambiente, como incentiva a entrada de mais empresas com atuação ambientalmente correta no mercado.

A Constituição Federal exige a defesa e a garantia de um meio ambiente de qualidade para as futuras gerações. Nesse sentido, exige-se mais do Estado do que uma mera atuação fiscalizatória, no sentido de reprimir a ocorrência de danos ambientais e punir aqueles que eventualmente causam danos ao meio ambiente.

Para Bertogna⁴⁵ “[...] exige-se do Poder Público não somente a atuação repressiva, contida no Poder de Polícia. A Lei Magna exige

43 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3540*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello, data do julgamento: 01/09/2005, DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528.

44 SANTOS, Murillo Giordan. Poder normativo nas licitações sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

45 BERTOIGNA, Veridiana. Princípios constitucionais ambientais aplicáveis às licitações sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 89.

prestações positivas, por parte do Estado, visando a eficácia da proteção ambiental”.

Exige-se um Estado ativo, que faça mais que simplesmente fiscalizar. Para Bertogna (2015), o Estado cumpre a determinação constitucional quando posiciona-se no sentido de realizar a aquisição de bens e serviços sustentáveis.

Isso porque, agindo dessa forma, o Estado tanto contribui com o meio ambiente diretamente ao contratar bens e serviços sustentáveis, bem como induz o mercado a produzir mais bens e serviços sustentáveis, com intuito de vender para o Estado em uma futura licitação.

Nesse sentido, Bertogna (2015) comenta que o Estado contratante de bens e serviços sustentáveis atua como poderoso agente econômico, agido como ator, fiscalizador, regulador e indutor de demandas sustentáveis. Nesse sentido, Bliacheris⁴⁶ comenta que:

O Estado passa a ter um papel indutor, ao criar mercado para tais produtos (sustentáveis), possibilitando sua produção em uma escala maior, o que levaria à diminuição dos seus preços e facilitando o seu acesso por particulares.

Ainda, conforme Souza⁴⁷, a União Federal movimentada, com licitações, recursos da ordem de 10% do PIB brasileiro. Ou seja, a quantidade de recursos é enorme. Ao fomentar o mercado das licitações sustentáveis, com a quantidade de recursos envolvida, o Estado daria um passo gigantesco na busca pela proteção e garantia da qualidade do meio ambiente às futuras gerações.

Desta forma, toda a discussão sobre a realização das licitações sustentáveis gira em torno de uma única discussão, que é a proteção ao meio ambiente para as futuras gerações.

É por essa razão que o Estado deve fomentar cada vez mais essa política, visto que a atuação meramente repressiva não mais atende às

46 BLIACHERIS, Marcos Weiss. Licitações sustentáveis: política pública. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 147.

47 SOUZA, Lilian Castro de. Política nacional do meio ambiente e licitações sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

demandas atuais, exigindo do Estado participação ativa a frente desse processo, o que se materializa por meio da contratação verde.

2 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realização das licitações sustentáveis não pode mais ter o status de norma programática, mas sim deve ser encarada como uma necessidade pelo Estado, que deve adotar mecanismos para sua efetivação.

A licitação sustentável é aquela que visa a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, aliada à proteção e garantia ao meio ambiente, deixando de adotar, exclusivamente, o critério do menor preço como critério seletivo.

Por essa razão, surgiram questionamentos na doutrina sobre a existência de ofensa aos princípios da igualdade, da competitividade, da vantajosidade e da economicidade da licitação, porém, conforme verificado, tal entendimento não se sustenta.

Conforme discutido, a realização das licitações verdes não ofende o princípio da economicidade, visto que eventual custo adicional para contratação sustentável é compensado pelo menor impacto ambiental, bem como redução nos custos com manutenção do bem ou serviço contratado. Em relação à vantajosidade, como discutido, a interpretação mais coadunada à constituição é no sentido de que ela se refere não à escolha da proposta de menor valor, mas sim aquela que gera mais vantagens para a Administração, o que não se mede, exclusivamente, pela economia de caixa gerada.

De igual forma não ofende os princípios da igualdade e da competitividade da licitação, visto que a própria lei 8666/93 e a Constituição Federal fomentam a realização dessas licitações, sendo que se trata de uma desigualdade criada pela lei, não constituindo, portanto, ofensa a tais princípios.

Assim, pela análise da doutrina, resta perfeitamente legal e constitucional a realização das licitações sustentáveis, não havendo qualquer óbice à sua realização.

Como sugestão de futuras pesquisas, recomenda-se analisar quais as ações práticas que os órgãos públicos têm adotado para implementar

as licitações sustentáveis no âmbito das suas repartições, dando assim, efetividade ao comando legal e constitucional.

REFERÊNCIAS

- BARCESSAT, Lena. Papel do estado brasileiro na ordem econômica e na defesa do meio ambiente: necessidade de opção por contratações públicas sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- BERTOOGNA, Veridiana. Princípios constitucionais ambientais aplicáveis às licitações sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- BIM, Eduardo Fortunato. Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- BLIACHERIS, Marcos Weiss. Licitações sustentáveis: política pública. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- BRASIL. Constituição Federal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.
- BRASIL. *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.
- BRASIL. *Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002*. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 18 jul. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.

BRASIL. *Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011*. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nos 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória no 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei no 9.649, de 27 de maio de 1998. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 5 ago. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.

BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

CRETELLA JUNIOR, José. *Das licitações Públicas: Comentários à Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, republicada no Diário Oficial de 6 de julho de 1994, conforme determinação do artigo 3º da Lei n.º 8.883, de 8 de junho de 1994*, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

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

FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: Direito Ao Futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Licitações públicas sustentáveis. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 260, p. 231-254, maio/ago. 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/8836/7629>>. Acesso em: 20 out. 2015.

LALOË, Florence Karine; FREITAS, Paula Gabriela de Oliveira. *Compras Públicas Sustentáveis: uma abordagem prática*. 1. ed. Salvador: Secretaria da Administração do Estado da Bahia - Saeb, 2012. Disponível em: <http://www.comprasnet.ba.gov.br/sites/default/files/Compras_P%C3%BAblicas_%20Sustent%C3%A1veis.PDF>. Acesso em: 19 out. 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MENEGUZZI, Rosa Maria. Conceito de licitação sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2004.

SANTOS, Fabrício Vieira dos. A legalidade das compras públicas sustentáveis. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2774, 4 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18421>>. Acesso em: 30 out. 2015.

SANTOS, Murillo Giordan. Poder normativo nas licitações sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SOUZA, Lilian Castro de. Política nacional do meio ambiente e licitações sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3540*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello, data do julgamento: 01/09/2005, DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528.

TERRA, Luciana Maria Junqueira; CSIPAI, Luciana Pires; UCHIDA, Mara Tieko. Formas práticas de implementação das licitações sustentáveis: Três passos para a inserção de critérios socioambientais nas contratações pública. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

VILLAC, Teresa. Direito internacional ambiental como fundamento principiológico e de juridicidade para as licitações sustentáveis no Brasil. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

RECEBIDO EM: 23/09/2015

APROVADO EM: 25/11/2015

DIREITOS HUMANOS SOCIAIS E JURISPRUDÊNCIA DE CRISE: UM ESTUDO A PARTIR DO CASO “DA CONCEIÇÃO MATEUS E SANTOS JANUÁRIO VERSUS PORTUGAL”

***SOCIAL HUMAN RIGHTS AND JURISPRUDENCE OF CRISIS: A
STUDY FROM THE CASE “DA CONCEIÇÃO MATEUS AND SANTOS
JANUÁRIO AGAINST PORTUGAL”***

Gabriel Prado Leal

Procurador Federal de Categoria Especial

Mestre e Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra - Portugal

SUMÁRIO: Introdução; 1 O ponto de partida: a humanização do direito internacional; 1.1 O reconhecimento dos direitos sociais na esfera internacional; 1.2 O sistema europeu de proteção dos direitos humanos; 1.3 Algumas considerações sobre a eficácia dos direitos sociais; 2 O caso: “Da Conceição Mateus e Santos Januário versus Portugal”; 2.1 A crise econômica e as medidas de austeridade; 2.2 A decisão do Tribunal Constitucional de Portugal; 2.3 A decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos; 2.4 Análise comparativa entre as decisões; 3 Um (possível) ponto de chegada: por uma autocontenção vigilante; Referências.

RESUMO: Os direitos sociais estão, hoje, incorporados à agenda dos Estados nacionais. Entretanto, a recente crise econômica e as políticas de austeridade os colocaram em causa. Neste artigo, analisa-se o papel da jurisdição internacional na proteção dos direitos sociais, tendo por base o caso “Da Conceição Mateus e Santos Januário versus Portugal”, julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH). A análise se insere no contexto da “humanização do Direito Internacional”, isto é, da crescente possibilidade de os indivíduos reclamarem diretamente os seus direitos nas arenas internacionais, inclusive os direitos sociais. A justiciabilidade de direitos sociais, ainda que sejam eles deduzidos de direitos individuais, é reconhecida neste caso. O TEDH, apesar de adotar uma postura autocontida, fruto da correta aplicação da doutrina da margem de apreciação nacional, deixa claro que a sua atuação compreende o exame da proporcionalidade de medidas restritivas de direitos sociais. Trata-se, na verdade, de um equilíbrio pragmático: a Corte adota uma postura de um lado autocontida, mas de outro também vigilante.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Sociais. Justiciabilidade. Humanização do Direito Internacional. Pragmatismo. Proporcionalidade.

ABSTRACT: Nowadays, social rights are incorporated into the agenda of Nation States. However, the recent economic crisis and the austerity policies put them into question. In the following paper, the role of international jurisdiction in the protection of social rights is analyzed, from the case of “Da Conceição Mateus and Santos Januário against Portugal”, judged by the European Court of Human Rights (ECHR). The analysis uses the above mentioned case within the context of the “humanization of international law”, that is the growing ability of individuals to claim their rights - including social rights - directly in international arenas. The justiciability of social rights, although it is derived from individual rights, is recognized in this case. The ECHR, while adopting a self-restraint posture, due to the application of the margin of appreciation doctrine, makes it clear that its role includes examining the proportionality of restrictive measures of social rights. It is actually a pragmatic balance: the court adopts a position self-contained on one hand, but also vigilant on the other hand.

KEYWORDS: Social Rights. Justiciability. Humanization of International Law. Pragmatism. Proportionality.

INTRODUÇÃO

Ao longo do século XX, a chamada “questão social” foi incorporada à agenda dos Estados e da sociedade internacional. No plano estadual, constituições como a de Portugal (1976), da Espanha (1978), e do Brasil (1988) foram pródigas na previsão de direitos sociais. No plano internacional, diversos tratados de direitos humanos também procuraram reconhecer essa categoria/dimensão de direitos. Efetivamente, é difícil, hoje ou em futuro próximo, imaginar a sua supressão generalizada dos textos normativos nacionais e internacionais. É possível, pois, dizer que os direitos sociais tornaram-se parte do “sistema cultural de valores” compartilhado por grande parte da humanidade¹ – e, mais ainda, pelas sociedades europeias, responsáveis que são pela expansão do(s) modelo(s) mais conhecido(s) do Estado Social².

Além disso, o crescimento econômico vivenciado nas três décadas subsequentes à Segunda Grande Guerra - os chamados “anos dourados” do capitalismo³ - fez com que muitas pessoas realmente acreditassem que o “progresso” consubstanciava uma curva ascendente e contínua. O futuro parecia alentador. Daí a leitura - relativamente otimista, diríamos - da ideia de progressividade dos direitos humanos sociais, prevista no art. 2º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), como uma marcha sempre em frente.

O problema do nosso tempo, porém, é que “o futuro deixou de ser aquilo que era”⁴. Ainda nos anos 70, o modelo de Estado Social começou a dar mostras de esgotamento, o que implicou uma retomada de ideias (neo)liberais em vários países, a exemplo do que ocorreu nos governos Thatcher (Inglaterra) e Reagan (EUA). Já neste século, a crise econômica que assolou o mundo a partir de 2008 foi, para alguns, o golpe definitivo. Ainda que não se compartilhe dessa crença (o nosso caso), a verdade é que os direitos sociais (ou pelo menos a sua extensão) foram colocados em causa pelas políticas de austeridade impostas como medidas para controlar a crise. A marcha em frente passou a ser marcha a ré. Daí a afirmação de José Melo Alexandrino de que a pergunta – se o legislador estaria ou

1 QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais*. Teoria Geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 1999.

2 Para uma análise comparada dos vários modelos de Estado Social, cf. COCHRANE, Allan; CLARKE, John; GEWIRTZ, Sharon (ed.). *Comparing Welfare States*. 2. ed. London: Sage Publications, 2001.

3 Cf. TRINTIN, Jaime; ROSSONI, Sandra. Os Anos Dourados do Capitalismo. Breve Abordagem Sobre o Crescimento Capitalista. *Revista de Ciências Humanas da UNIPAR*, v. 7, nº 27, p. 49-60, 1999.

4 A citação é do escritor e poeta francês Paul Valéry: “Le problème de notre temps/c'est que le futur n'est plus ce qu'il a été”.

não vinculado por um princípio da vedação do retrocesso social – pode parecer, atualmente, sarcástica⁵.

De todo o modo, é evidente que ninguém gosta de perder direitos ou de tê-los reduzidos. O retrocesso, pois, é sempre uma decisão política complexa e delicada, que dificilmente deixará de enfrentar resistências. Assim, em um mundo em que a judicialização das grandes questões da vida é cada vez mais comum, é natural que os tribunais nacionais sejam chamados a opinar/decidir sobre a tal marcha a ré. Por outro lado, tampouco é estranho ver essa discussão (ou a judicialização dela) sair do plano nacional para o plano internacional, sobretudo na Europa, cujos problemas – e também as soluções – passam por discussões e políticas tomadas não por Estados isoladamente, mas pelo bloco europeu⁶.

Considerando o exposto, a nossa proposta é debater algumas questões relacionadas com a judicialização dos direitos sociais em tempos de crise econômica. Nosso foco, porém, não é (apenas) a judicialização interna (nos Estados), mas a judicialização internacional, designadamente no espaço europeu, bem como o papel que pode e deve ser exercido pelo sistema regional de proteção dos direitos humanos. Faremos isso tendo por base a análise de um caso concreto julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos em 2013, envolvendo dois cidadãos portugueses: “Da Conceição Mateus e Santos Januário versus Portugal”.

Este ensaio está dividido em três partes. A primeira parte (o nosso “ponto” de partida) é um (breve) esforço de contextualização. Pretende-se demonstrar como o reconhecimento de direitos sociais em documentos internacionais contribuiu para a humanização do direito internacional. Em seguida, escrevemos algumas linhas sobre o sistema europeu de proteção dos direitos humanos, que, dentre os sistemas regionais existentes, é reconhecido pela doutrina como o mais amadurecido e consolidado, exercendo grande influência sobre os demais⁷. Adicionalmente, tecemos algumas considerações sobre a eficácia dos direitos sociais e a sua

5 ALEXANDRINO, José Melo. *Direitos Fundamentais*. Teoria Geral. 2. ed. Cascais: Principia, 2011. p. 159.

6 Note-se, desde logo, que o caso que será abordado neste trabalho foi julgado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), órgão jurisdicional do Conselho da Europa (que possui 47 Estados membros, incluindo os da União Europeia), com sede em Estrasburgo e competência para aplicar a Convenção Europeia de Direitos Humanos. No âmbito específico da União Europeia (que possui 28 Estados membros), existe ainda o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), com sede no Luxemburgo e competência para aplicar o direito comunitário. O Conselho da Europa é a mais antiga instituição europeia em funcionamento.

7 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 113.

“progressividade”. Na segunda parte, descrevemos o(s) caso(s) em si, primeiro em Portugal (acórdão nº 353/2012 do Tribunal Constitucional), e, depois, no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Na sequência, fazemos uma análise comparativa entre as duas decisões, a partir de três eixos básicos: contexto fático, fundamentação “ponderativa” e pragmatismo decisório. Na terceira parte, com a articulação de alguns dos conceitos e informações trabalhados nos tópicos anteriores, pretendemos chegar a algumas conclusões, que, se não são definitivas (e por isso qualificam-se como um “possível” ponto de chegada), apontam para qual, em nossa opinião, deve ser o papel de um tribunal internacional na apreciação do cumprimento de direitos e metas sociais pelos Estados nacionais.

Por fim, antes de entrarmos no desenvolvimento do texto propriamente dito, convém fazer dois esclarecimentos terminológicos:

- 1º) Há na doutrina quem faça a diferenciação entre as expressões “direitos do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Em linhas gerais, para quem adota tal distinção, pode-se dizer que: (i) “direitos do homem” remete aos direitos naturais não positivados da tradição jusnaturalista; (ii) “direitos humanos” guarda relação com os documentos de direito internacional; e (iii) “direitos fundamentais” refere-se àqueles positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado⁸.

Neste particular, não cremos que ser essencial o preciosismo terminológico. Contudo, evitaremos o uso do termo “direitos do homem”, por acreditar que ele acentua uma tradição individualista já superada. Quanto aos dois últimos, a distinção é pouco relevante se pensarmos que, cada vez mais, existe um intercâmbio entre as ordens jurídicas nacional e internacional, sobretudo em matéria de direitos humanos – que, para além disso, são tidos por muitos autores como valores supranacionais e supraconstitucionais⁹. Por outro lado, uma categorização entre “direitos humanos fundamentais” e “direitos (apenas) fundamentais” pode fazer sentido se considerarmos a inflação existente em matéria de direitos fundamentais (seja na ordem interna ou na internacional). Tal distinção significaria, assim, o resgate daqueles direitos que são verdadeiramente essenciais à preservação e afirmação da

8 Sobre o assunto: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 36-41; e PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2010. p. 32-33.

9 Vê. GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Supraconstitucional. Do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito*. São Paulo: RT, 2010.

dignidade humana¹⁰. Entretanto, feito o registro, não teremos neste trabalho preocupações especiais com essa diferenciação.

2º) Nos diversos textos normativos, há menções ora à expressão analítica “direitos econômicos, sociais e culturais” (como no Título III da Constituição Portuguesa de 1976 e no Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966), ora a “direitos sociais” (v.g. o Capítulo II do Título II da Constituição Brasileira de 1988). Usaremos, preferencialmente, o termo sintético “direitos sociais” para nos referirmos aos direitos que, na doutrina, já foram chamados de “os três irmãos” em função da sua proximidade¹¹.

1 O PONTO DE PARTIDA: A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

Até meados do século XX, o direito internacional estava atrelado a um rígido conceito de soberania e ao princípio da não-intervenção. Apenas os Estados eram considerados sujeitos de direito internacional. Eventuais violações aos direitos nacionais de cada Estado acabavam sendo encaradas como assuntos domésticos, não ensejando interferência externa. Tal situação foi profundamente alterada após a Segunda Guerra Mundial e o seu histórico de violência e desrespeito à dignidade de seres humanos. O Estado, justamente aquele que deveria proteger os seus cidadãos, emergiu do conflito como o grande violador de direitos. Tornou-se imperativo estabelecer uma nova compreensão acerca da legitimidade (do governo) e da soberania (do Estado), tendo como pedra angular o indivíduo e a sua afirmação como “unidade primária e sujeito por excelência do direito internacional”¹².

10 Cf., a propósito, Paulo OTERO, para quem “a partir das últimas décadas do século XX, há uma progressiva perda da ‘fundamentalidade’ do conceito de direitos fundamentais, recomendando-se [...] um regresso terminológico à expressão ‘direitos humanos’” (in: OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. v. I. Coimbra: Almedina, 2009. p. 527).

11 Nomeadamente José Adércio Leite SAMPAIO, que, referindo-se aos direitos econômicos, sociais e culturais, afirma que são “pouco nítidas as diferenças entre os três irmãos, pois alguns direitos ocupam mais de um corpo. O direito à educação, listado como direito social estrito senso, é também econômico na educação profissional, técnica e mesmo em geral, como instrumento de geração e repartição de riquezas, e é cultural como causa e consequência (in: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 245).

12 MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 393. Norberto BOBBIO, igualmente, afirma que a Declaração Universal dos Direitos do Homem “colocou as premissas para transformar também os indivíduos singulares, e não mais apenas os Estados, em sujeitos jurídicos de direito internacional” (in: BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 139). O assunto, porém, não é pacífico. Contra, negando a atribuição de personalidade jurídica internacional aos indivíduos, cf., por exemplo, a posição do ex-juiz da Corte de Haia Francisco RESEK (RESEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 152). Em sentido semelhante, Jorge MIRANDA diz que “[...] relevância jurídica não equivale a personalidade jurídica;

Desse modo, o pós-guerra inaugura uma nova fase do direito internacional, marcada pela reconstrução e pela internacionalização dos direitos humanos, tomados agora como referencial ético a orientar a ordem internacional¹³, ou, em outras palavras, como valor transnacional fundamental¹⁴. Assim é que, em 1945, durante a Conferência de São Francisco, cinquenta países fundam a Organização das Nações Unidas (ONU). Em 1948, a Assembleia Geral da ONU aprova a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), na qual se reafirma a “fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana”. Segundo Jónatas Machado, a DUDH é muito significativa por pelo menos três motivos: (i) por assegurar o princípio da universalidade dos direitos humanos; (ii) por se assentar no princípio da unidade de todos os direitos humanos; e (iii) por afirmar a prioridade e a centralidade desses direitos¹⁵.

O direito internacional passa, então, a atuar na promoção dos direitos humanos. Trata-se, como ensina Flávia Piovesan, da humanização do direito internacional pela internacionalização dos direitos humanos¹⁶. A par da DUDH, surge a preocupação, igualmente relevante, com a delineação de um sistema normativo internacional para a proteção e efetivação dos direitos declarados¹⁷. Começam a ser criados os instrumentos regionais de proteção, que, comparativamente aos instrumentos globais, teriam a vantagem de uma maior homogeneidade entre os seus membros, tanto em relação aos aspectos jurídico-políticos quanto culturais¹⁸.

tratamento do indivíduo enquanto tal ou enquanto investido de determinada função não significa, só por si, consideração como sujeito no sentido rigoroso do termo, a par de outros sujeitos” (*Curso de Direito Internacional Público*. 4. ed. Cascais: Principia, 2009. p. 212). Registre-se, ainda, a posição intermediária de Wladimir BRITO, considerando o indivíduo sujeito parcial e passivo do Direito Internacional (*Curso de Direito Internacional Público*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 470).

13 PIOVESAN, op. cit., p. 45.

14 MACHADO, op. cit., p. 397.

15 *Ibidem*, p. 401.

16 PIOVESAN, op. cit., p. 43.

17 Como diz BOBBIO: “[...] o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e o seu fundamento, se são direitos históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar de solenes declarações, eles sejam continuamente violados (op. cit., p.12).

18 MIRANDA, Mariana Almeida Picanço. *Poder Judiciário Brasileiro e a Proteção dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2009. p. 33.

1.1 O reconhecimento dos direitos sociais na esfera internacional

Norberto Bobbio disse que “os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando podem ou quando devem nascer”¹⁹. Tal entendimento, ao qual aderimos, demonstra que os direitos possuem caráter histórico, isto é, constituem um produto da cultura humana, estando, portanto, em constante evolução.

A conhecida teoria geracional²⁰, que agrupa os direitos em “gerações”, reflete bem essa evolução e o processo histórico de afirmação dos direitos humanos. Em apertada síntese, a primeira geração, surgida no final do século XVIII, compreende os direitos de liberdade, individuais ou negativos (que demandam uma não-atuação do Estado para a proteção da esfera de liberdade dos indivíduos); a segunda geração, desenvolvida a partir do último quarto do século XIX, abrange os direitos de igualdade ou positivos (que, ao contrário, demandam uma atuação do Estado para propiciar a justiça social); e a terceira geração, tendo como marco o pós-guerra, abarca os direitos de titularidade difusa ou coletiva (como o direito ao meio-ambiente), concebidos não para a proteção do indivíduo isoladamente, mas de grupos ou coletividades. Atualmente, há autores que cogitam de uma quarta e até mesmo de uma quinta geração de direitos, sobre as quais, contudo, não há consenso²¹.

Em que pese a sua fama, obviamente essa teoria não está isenta de críticas. Há, por exemplo, autores que preferem uma classificação geracional um pouco distinta, posicionando as liberdades individuais na primeira, os direitos políticos na segunda e os direitos sociais na terceira geração²². Existe, ainda, quem critique o termo “geração”, pois ele exprimiria um equívoco de linguagem, induzindo o intérprete a pensar em uma sucessão cronológica estanque, com uma geração substituindo a outra - razão pela

19 BOBBIO, op. cit., 06.

20 A versão mais famosa da teoria geracional é atribuída ao professor treco-francês Karol Vasak, que a apresentou em 1979 no Instituto Internacional de Direitos do Homem, em Estrasburgo. Porém, não é propriamente original. Como lembra SAMPAIO, pelo menos trinta anos antes T. H. Marshall já havia feito divisão semelhante (op. cit., p. 241).

21 Sobre o assunto, cf. SAMPAIO, op. cit.; p. 278 e ss.

22 Nesse sentido, PECES-BARBA, Gregorio. Los Derechos Económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto. *Revista de Derecho y Libertades*, n. 6, Año III, febrero de 1998, p. 28 e BOTELHO, Catarina. *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise – Ou Revisitar as Normas Programáticas* [tese de doutoramento]. Porto, Universidade Católica do Porto, 2015. p. 69. A esses três momentos, José Carlos Vieira de ANDRADE refere-se como “concessão liberal originária”, “o processo de democratização” e “os fenômenos de socialização” (in: *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 51-61).

qual seria preferível a expressão “dimensões de direitos fundamentais”²³. Não entraremos no mérito dessas críticas, ainda que fundadas. Importa-nos unicamente deixar claro que os direitos fundamentais são históricos, e, portanto, dinâmicos. Todos os direitos são produtos de suas épocas, não havendo substituição de uma “geração” pela subsequente. Ao revés, os direitos persistem, interagem e se influenciam reciprocamente. Assim são atualizados e adaptados às novas realidades.

Pois bem. Se no século XIX a questão social ganha corpo nos debates político e jurídico (basta lembrar o slogan que encerra enfaticamente o Manifesto Comunista, de 1848: “trabalhadores de todo o mundo, uni-vos!”), a sua inserção definitiva na agenda internacional é mais recente²⁴. Para tanto, contribuíram decisivamente o intervencionismo do(s) Estado(s) na economia de guerra (1914-1918 e 1939-1945), as políticas de recuperação após a Grande Depressão de 1929 e a reconstrução das economias nacionais ao fim da Segunda Guerra Mundial, tendo por base nas propostas intervencionistas de John Maynard Keynes²⁵. Além, é claro, da necessidade de afirmação de uma nova axiologia que, em contraposição aos horrores do nazismo, conjugasse liberdade (real) e igualdade. Afinal, “Hitler impôs aos seres humanos, em seu estado de não-liberdade, um novo imperativo categórico: pensar e agir para que Auschwitz nunca mais se repita, para que nada de semelhante possa se repetir”²⁶.

Nesse contexto, compreende-se que tanto a Carta da ONU como a DUDH já tenham feito menções, implícitas ou explícitas, aos direitos sociais, embora com um alcance limitado²⁷, tendo em vista a sua natureza jurídica não vinculante. Em seguida à adoção da DUDH, foi iniciada uma discussão acerca da melhor maneira de garantir e efetivar os direitos nela previstos. Decidiu-se, então, pela “juridicização” na forma de tratado

23 É a preferência, entre outros, de Paulo BONAVIDES (*Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 571) e Ingo Wolfgang SARLET (op. cit., p. 50).

24 Embora, é verdade, alguns direitos sociais já tenham sido debatidos na arena internacional antes. Cf., a propósito: EIDE, Asbjørn. *Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*. In: EIDE, Asbjørn; KRAUSE, Catarina e ROSAS, Allan (ed.). *Economic, Social and Cultural Rights*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1995. p. 45.

25 MACHADO, op. cit., p. 406-407.

26 Trata-se da famosa declaração do filósofo alemão Theodor Adorno.

27 MACHADO, op. cit., p. 407. Veja-se, a propósito, que o artigo XXII da DUDH afirma que toda pessoa tem direito à realização, “pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização dos recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade”.

internacional. Assim é que, em 1966, após um longo período de debates²⁸, foram elaborados dois tratados internacionais no âmbito das Nações Unidas: o Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Ainda hoje, a DUDH, o PIDCP e o PIDESC consubstanciam “os três principais elementos que dão sustentação a toda a arquitetura internacional de normas e mecanismos de proteção aos direitos humanos”²⁹.

Não obstante o PIDCP e o PIDESC sejam instrumentos distintos, as normas de direito internacional e a doutrina vêm reforçando a interligação e a interdependência entre os direitos humanos individuais e sociais (ou entre a liberdade e a igualdade). De fato, não há liberdade na fome, na miséria e na ignorância. Para que o ser humano possa exercer, autonomamente, os seus direitos civis e políticos, precisa ter acesso aos direitos sociais básicos. É possível, ademais, dizer que ambas as gerações/dimensões de direitos humanos convergem para e decorrem da dignidade da pessoa humana³⁰, princípio este que, com razão, já foi definido como a “premissa antropológica do estado Constitucional”³¹, como o “denominador comum a todo o complexo normativo constitucional”³² e como o “dogma de confluência da consciência jurídica universal”³³, entre tantas outras definições que destacam, igualmente, a sua importância.

Portanto, o que se conclui é que nenhuma teoria aceitável dos direitos humanos pode, hoje, excluir do seu âmbito os direitos sociais³⁴. Mas se isso é verdade, também é verdade que, com alguma frequência, os

28 Convém lembrar que era o auge da guerra fria; a polarização entre EUA e URSS muitas vezes fazia o debate sobre a relação direitos individuais/direitos sociais ficar refém de posições ideológicas.

29 ALVES, José Augusto Lindgren. *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: FTD, 1997. p. 24.

30 A esse respeito, diz Jónatas MACHADO que “ambos os direitos podem e devem ser vistos como decorrências universalmente válidas de uma mesma concepção da dignidade da pessoa humana, apontando para entendimento mais amplo da autonomia universal e dos princípios gerais, nela radicados, de liberdade, igualdade e solidariedade (op. cit., p. 403). No mesmo sentido, cf. PIOVESAN, Flávia. Planos Global, Regional e Local. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, DANIEL (org.). *Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 703; YOUNG, Katharine YOUNG. *Constituting Economic and Social Rights*. Oxford University Press, 2012, p. 04; EIDE, Asbjørn, op. cit., p. 22.

31 SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais (sociais) e a assim chamada proibição do retrocesso*: contributo para uma discussão. RIDB, ano 2, 2013, n° 1, p. 70.

32 BOTELHO, op. cit., p. 31.

33 OTERO, op. cit., p. 561.

34 KING, Jeff. *Judging Social Rights*. Cambridge University Press, p. 28. Para esse autor, “the link between human dignity and adequate housing, health, social security, and education is too obvious to warrant any

direitos sociais ainda são considerados os “parentes pobres” dos direitos humanos³⁵. Em certa medida, para isso contribuiu o fato de o PIDCP impor obrigações imediatas aos Estados, ao passo que o PIDESC impõe apenas obrigações de implementação progressiva dos direitos sociais. Além disso, diferentemente do PIDCP, o mecanismo internacional de proteção do PIDESC permanecia, até pouco tempo atrás, restrito à sistemática dos relatórios, por muitos autores considerada insuficiente³⁶.

Com relação à implementação progressiva, Matthew Craven resume a questão da seguinte forma: se aos Estados é permitido implementar os direitos sociais de maneira progressiva, eles devem fazê-lo utilizando do máximo possível dos seus recursos; do mesmo modo, se houver recursos disponíveis, “there is no excuse for their failure to implement the rights immediately”³⁷. No mais, esse mesmo autor diz que, desde 1985, com a criação do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC)³⁸, o sistema de relatórios tem evoluído, tendo o Comitê começado a desenvolver uma compreensão mais clara dos direitos previstos no Pacto. Em termos de inovações processuais, o CDESC permite formalmente a participação de ONGs, solicita relatórios ad hoc e envia missões aos Estados com a finalidade de coletar informações. Em termos substanciais, o Comitê já emitiu vários comentários gerais e, em muitas ocasiões, apontou violações por parte dos Estados. Longe de vislumbrar o PIDESC como um instrumento que define meras “aspirações” ou ideais”, o CDESC entende e tem frisado que todos os direitos têm dimensões não-dependentes de recursos, podendo ser capazes de escrutínio judicial. Por outro lado, Craven reconhece que o Comitê “still has some way to go to convince States that the Covenant embodies obligations that need to be taken seriously”³⁹.

discussion – most of these items rank higher on any hierarchy of human needs than many cherished civil rights” (p. 22).

35 MARTINS, Ana Guerra. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 175.

36 Cf. Flávia PIOVESAN, op. cit., 2010. p. 709-710.

37 CRAVEN, Matthew. The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. In: HANSKI, Rajja; SUKSI, Markku (ed.). *An Introduction to the International Protection of Human Rights*. 2. ed. Institute of Human Rights, 1999. p. 108.

38 O CDESC é órgão das Nações Unidas criado com a finalidade de avaliar o cumprimento do PIDESC. Tem por função principal analisar os relatórios remetidos pelos Estados e emitir orientações, observações finais e observações gerais, embora nenhuma dessas ações tenha efeito vinculante para os Estados.

39 CRAVEN, op. cit., p. 120-121.

Por fim, é relevante registrar que, recentemente, em 05/05/2013, entrou em vigor, após a décima ratificação⁴⁰, o Protocolo Facultativo ao PIDESC. Esse instrumento permite a apresentação de comunicações individuais ao CDESC por violação aos direitos econômicos, sociais e culturais consagrados no Pacto. Cuida-se, como se vê, de mais uma evolução do sistema internacional de proteção aos direitos humanos sociais, com o objetivo de reforçar a unidade entre todos os direitos humanos. Acentua-se, também, o processo de humanização do direito internacional, mediante a ampliação da capacidade de atuação dos indivíduos.

1.2 O sistema europeu de proteção dos direitos humanos

Em 1949, após a Segunda Guerra Mundial, foi criado o Conselho da Europa, com o objetivo de unificar o continente europeu após a destruição causada pelo conflito bélico. No âmbito deste Conselho, em 1950, foi adotada a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), que teve o mérito de estabelecer um (até então) inédito sistema transnacional de proteção dos direitos humanos. Segundo Jónatas Machado, o ponto forte da CEDH é exatamente a existência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), pois por meio deste órgão os cidadãos europeus signatários da convenção “viram reforçada a sua personalidade jurídica internacional, através da possibilidade de serem titulares de direitos fundamentais internacionalmente consagrados, diretamente aplicáveis e judicialmente exigíveis”⁴¹. A jurisprudência do TEDH tem contribuído para a densificação e concretização dos direitos humanos, influenciando outras cortes internacionais e também tribunais nacionais, dentro do que já foi chamado de transjudicialismo ou judicial dialogue.

No que toca ao catálogo de direitos, a Convenção Europeia compreende, principalmente, direitos civis e políticos, de inspiração liberal e individualista, que, à época, expressavam os valores dominantes e consensuais na Europa Ocidental⁴². De fato, não há na CEDH sequer uma cláusula genérica acerca da proteção dos direitos sociais (como ocorre com a Convenção americana, no seu artigo 26). Os direitos sociais foram consagrados posteriormente na Carta Social Europeia (CSE), que entrou em vigor apenas em 1965, mais de uma década depois da CEDH, tendo

40 Portugal depositou o seu instrumento de ratificação ao Protocolo Facultativo em 28/01/2013. O Brasil, infelizmente, sequer o assinou até hoje.

41 MACHADO, op. cit., p. 421.

42 PIOVESAN, op. cit., 2015. p. 117.

sido revisada em 1996. No entanto, ao contrário da CEDH, a CSE não prevê um mecanismo jurisdicional de proteção, mas sim uma sistemática de apresentação de relatórios, que serão avaliados por um Comitê de Peritos, pelo Comitê Social Governamental e pela Assembleia Consultiva do Conselho da Europa. Daí dizer-se que a CSE tem um “um alcance mais político do que jurídico”⁴³.

De todo o modo, a despeito da orientação liberal da CEDH, não se pode dizer que o TEDH não tem apreciado demandas envolvendo direitos sociais. Como relata Flávia Piovesan, a jurisprudência do Tribunal Europeu tem assegurado a proteção de direitos sociais por via indireta, como obrigações positivas derivadas de direitos civis, notadamente do direito à vida, privada e familiar, em conformidade com o artigo 8º da Convenção⁴⁴. Já no caso que veremos a seguir, sob o prisma do direito de propriedade, o TEDH examinou a possibilidade (que, ao final, entendeu não estar presente) de violação ao “conteúdo essencial” do direito à segurança social. Isso só foi possível a partir de uma compreensão unitária dos direitos humanos. Com efeito, há dimensões sociais em direitos individuais e dimensões individuais em direitos sociais, além de todos esses direitos estarem ligados à dignidade da pessoa humana.

1.3 Algumas considerações sobre a eficácia dos direitos sociais

Como se viu nos tópicos precedentes, a evolução do direito internacional caminhou no sentido da sua humanização. No campo dos direitos humanos, a humanização significou não só a atribuição de direitos em si, mas a possibilidade de o indivíduo, diretamente, poder reclamá-los na arena internacional. Adicionalmente, tem-se que hoje não só os direitos individuais podem ser reclamados nessas arenas, mas também os direitos sociais. Tal circunstância reforça a compreensão dos direitos humanos como uma unidade – afinal, a dignidade da pessoa humana exige o cumprimento e a proteção de ambas as dimensões de direitos. Todavia, o fato é que a taxa de efetividade dos direitos sociais ainda é bem mais baixa. Por qual razão?

Em geral, o que se diz é que não há maiores problemas na aplicação direta dos direitos clássicos de liberdade de matriz individual, uma vez que estes podem ser efetivados diretamente pelo Poder Judiciário na base de

43 MACHADO, op. cit., p. 437.

44 PIOVESAN, op. cit., 2015. p. 193.

uma concepção estritamente técnica de direitos⁴⁵. Alega-se, ainda, que a efetivação dos direitos de liberdade não gera custos ao Estado. Por outro lado, afirma-se que os direitos sociais, na medida em que encerram um conjunto de prestações a serem fornecidas pelo Poder Público, demandam a intervenção do legislador ordinário, pois se encontram associados à realização de políticas públicas (saúde, habitação, educação etc.). Com base nesse entendimento, alguns autores chegam a concluir pela eficácia meramente programática e pela impossibilidade de apreciação judicial dos direitos sociais⁴⁶. Acrescente-se que esse argumento é utilizado não só para justificar a impossibilidade de controle pelas autoridades judiciais estaduais, mas também por entidades internacionais, já que os direitos sociais, conforme assinala Ana Guerra Martins, “de um modo geral são difíceis de concretizar na prática, na medida em que dependem, em grande parte, do poder econômico de cada Estado”⁴⁷.

Se não chega a ser apropriado dizer que os direitos de liberdade não geram custos para o Estado⁴⁸, o fato, realmente, é que: (i) os direitos sociais acarretam gastos públicos visíveis a olho nu, identificáveis tanto por quem recebe a prestação quanto por quem dá; (ii) a concretização dos direitos sociais geralmente demanda a intermediação do Estado⁴⁹. Dessas duas premissas, porém, não se pode concluir automaticamente

45 QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional. As Instituições do Estado Democrático e Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 373.

46 SAMPAIO traz uma lista de autores que seguem esse entendimento, procurando refutar um a um os seus argumentos (op. cit., p. 247 e ss.).

47 MARTINS, op. cit., p. 175.

48 De acordo com José Casalta NABAIS: “[...] do ponto de vista do seu suporte financeiro, bem podemos dizer que os clássicos direitos e liberdades, os ditos direitos negativos, são, afinal de contas, tão positivos como os outros, como os ditos direitos positivos. Pois, a menos que tais direitos e liberdades não passem de promessas piedosas, a sua realização e a sua proteção pelas autoridades públicas exigem avultados recursos financeiros” (*Por uma Liberdade com Responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 178.). Sobre o mesmo assunto, cf., também, o clássico estudo de Cass SUSTEIN; Stephen HOLMES: *The Cost of Rights. Why liberty depends on taxes*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

49 Daí a conclusão de Virgílio Afonso da SILVA: “o cerne das liberdades públicas é, portanto, de fato, a exigência de uma abstenção estatal. Enquanto direitos sociais exigem sobretudo prestações estatais” (*Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 243 – com destaques no original). Segundo este autor, o que ocorre é que uma boa parte das condições fáticas, institucionais e legais para uma produção satisfatória ou (quase) plena dos efeitos dos direitos individuais já existe. Por isso, as prestações positivas das liberdades públicas tendem a ser “naturalizadas”. Por exemplo, já existem tribunais eleitorais, polícia, órgãos públicos etc., ou seja, toda uma organização e procedimentos que estão “internalizados” na sociedade e “assimilados” às funções do Estado, tornando os custos das liberdades públicas menos visíveis. Ademais, toda essa estrutura, se é utilizada para a promoção e proteção dos direitos individuais, também é, em boa medida, aproveitada globalmente para a realização de todos os

pela ausência de jusfundamentalidade dos direitos sociais ou por sua total ineficácia. Com efeito, recusar a fundamentalidade dos direitos sociais é ignorar o processo histórico que levou ao reconhecimento desses direitos. Igualmente, sustentar a sua total ineficácia desconsidera todos os esforços levados a cabo pela moderna teoria dos direitos humanos.

Não obstante, a questão dos custos ajuda a compreender o correto sentido da “progressividade” dos direitos sociais, prevista tanto no PIDESC quanto na CSE. A eficácia progressiva traduz, de fato, a necessidade de o Poder Público ter como absoluta prioridade atender as demandas sociais existentes na comunidade (saúde, educação, habitação etc.). Assim, as normas consagradoras de direitos sociais não são normas programáticas se associarmos tal conceito a simples “aspirações” ou “ideais”, isto é, à ausência de qualquer eficácia no plano prático. Como observa Canotilho, existe uma “verdadeira imposição constitucional legitimadora, entre outras coisas, de transformações econômicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos”⁵⁰.

Todavia, a progressividade não pode ser dissociada dos custos dos direitos. Afinal, o Estado não é um “milagreiro” e, de resto, os “direitos não nascem em árvores”⁵¹ (em outras palavras, conforme Sunstein e Holmes: “taking rights seriously means taking scarcity seriously”⁵²). Por essa razão, a progressividade é condicionada e limitada pela expressão “na medida no possível”, ou, simplesmente, pela “reserva do possível” (Vorbehalt des Möglichen), tal como foi denominada pela doutrina alemã algumas décadas atrás. Parte-se, pois, da constatação de que os direitos sociais têm um custo muito alto e se sujeitam à capacidade financeira do Estado, uma vez que o direito não pode prescrever o impossível⁵³.

direitos. No caso dos direitos sociais, ao contrário, normalmente os custos costumam ser específicos para um tipo de direito, e as reais condições para o seu exercício têm que ser criadas. E isso custa, custa muito.

50 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 478. E também José Carlos Vieira de ANDRADE: “[...] os preceitos relativos aos direitos sociais a prestações não são meramente proclamatórios, constituem normas jurídicas imperativas preceptivas, que, enquanto tais, concedem aos indivíduos posições jurídicas subjetivas (a que chamamos de pretensões) e estabelecem garantias institucionais, impondo ao legislador a obrigação de agir para lhes dar cumprimento efetivo – constituem, assim, «imposições legiferantes». Em consequência, os preceitos constitucionais relativos aos direitos sociais gozam da força jurídica comum a todas as normas constitucionais imperativas” (op. cit., p. 363).

51 Cf. GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

52 SUNSTEIN; HOLMES, op. cit., p. 94.

53 Não entraremos aqui em maiores digressões teóricas acerca da “reserva do possível” – ficaremos com a noção básica que, para além de ser praticamente intuitiva, resume bem, em nossa opinião, a problemática

Portanto, a tarefa de implementar os direitos sociais não pode ignorar a questão dos custos e da escassez: existem, afinal, recursos escassos e necessidades humanas ilimitadas. Desse modo, sempre existirá a necessidade de serem feitas escolhas alocativas – que, muitas vezes, serão trágicas (as *tragic choices* de que fala a análise econômica do direito). Essas escolhas (trágicas) normalmente serão (ou deverão ser) orientadas: (i) por critérios técnicos, isto é, a partir de estudos científicos e de avaliações empíricas que indiquem quais as políticas públicas mais eficientes para maximizar o gasto social; e (ii) por critérios democráticos, já que, se não há dinheiro para tudo, nada mais natural que a maioria (ou o poder eleito) escolha onde ele será empregado prioritariamente. Por fim, convém frisar: se a escassez e as consequentes escolhas alocativas fazem parte da vida cotidiana de qualquer sociedade, em tempos de crise a “dramaticidade” das escolhas pode aumentar significativamente.

Ante exposto, fica claro o motivo pelo qual o poder judiciário não é, na maior parte dos casos, o local mais adequado para discussões relativas à implementação dos direitos sociais. Mais ainda (pelas mesmas razões, só que agravadas), percebe-se o porquê da enorme dificuldade em se postular a concretização de direitos sociais nas esferas internacionais.

Entretanto, é preciso existir algum grau de eficácia imediata dos direitos sociais. Do contrário, tendo afirmado a relação intrínseca de tais direitos com a dignidade da pessoa humana, estaríamos admitindo a violação dessa mesma dignidade. É nesse contexto que surge a noção de mínimo existencial como parâmetro que, vinculado à dignidade humana, permite a apreciação e, se preciso, a concretização judicial. Na lição de Jorge Miranda, “há um conteúdo essencial também das tarefas e das incumbências que o intérprete deve desvendar e o aplicador da Constituição preservar, uma reserva de dignidade da pessoa”. Para além disso, continua o professor, “é o contraditório político – marcado por diferentes opções em contraste e por conjunturas variáveis – que imprime os ritmos, os graus e os modos de realização”⁵⁴.

decorrente da relação custo/escassez/efetividade/escolhas alocativas. Para uma apreciação crítica dos conceitos de escassez e da reserva do possível, cf. SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2010.

⁵⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 430.

2 O CASO: “DA CONCEIÇÃO MATEUS E SANTOS JANUÁRIO VERSUS PORTUGAL”

2.1 A crise econômica e as medidas de austeridade

Em 2008, o mundo mergulhou em uma gravíssima crise econômica, que acabou por atingir brutalmente Portugal. O Governo português viu-se obrigado a tomar uma série de medidas drásticas, muitas das quais relacionadas com a restrição de direitos assegurados pela lei e pela Constituição. Naturalmente, várias dessas medidas foram questionadas e submetidas ao exame do Tribunal Constitucional (TC), gerando o que, em sede doutrinária, chamou-se de “jurisprudência de(a) crise”. Esta teve início com o Acórdão nº 399/2010, ao qual se seguiram os Acórdãos nºs 396/2011, 353/2012, 187/2013, 474/2013, 862/2013, 413/2014, 572/2014 e 574/2014. Tais decisões foram acompanhadas de perto pela grande imprensa e pelo público, seja o especializado (acadêmico e jurídico) ou não. Os debates dividiram opiniões.

De fato, com a evolução da jurisprudência da crise, alguns juristas criticaram o que compreenderam ser um progressivo “estreitamento” do controle feito pelo Tribunal Constitucional⁵⁵. Alegou-se, por exemplo, que, apesar de ter aceito um “direito de crise” nas primeiras decisões⁵⁶, nos acórdãos mais recentes a Corte acabou por invadir o domínio reservado ao legislador⁵⁷, na tentativa de fazer valer uma rígida interpretação da Constituição, em desconsideração ao (complexo) contexto específico⁵⁸. No

55 “O ponto mais discutível da evolução da jurisprudência do TC nos ‘acórdãos da crise’ reside, a nosso ver, no progressivo estreitamento do parâmetro e na intensificação do critério ou padrão de controlo da constitucionalidade, seja o princípio da igualdade (ou a ‘igualdade proporcional’), seja o princípio da proporcionalidade ou o princípio da proteção da confiança, complementando tal intensificação com considerações situadas já no nível de verdadeira política legislativa, e que, portanto, devem situar-se fora da esfera de decisão do TC” (PINTO, Paulo Mota. A Proteção da Confiança na ‘Jurisprudência da Crise’. In: RIBEIRO, Gonçalo e COUTINHO, Luís [org.]. *O Tribunal Constitucional e a Crise*: Ensaios Críticos. Coimbra: Almedina, 2014. p. 173).

56 Sustentando a tese de que existe um “direito de crise que demanda uma jurisprudência de crise, cf. URBANO, Maria Benedita. *A Jurisprudência da Crise no Divã. Diagnóstico: Bipolaridade?* In *O Tribunal Constitucional e a Crise* (cit.) p. 11-48.

57 “A jurisprudência constitucional sobre cortes na função pública denota uma tendência crescente para o TC se imiscuir no domínio dos juízos de prognose que, nos termos de uma concepção funcionalmente adequada da separação de poderes, deveriam ser reservadas ao legislador” (RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *O Constitucionalismo dos Princípios*. In: *O Tribunal Constitucional e a Crise* (op. cit.), p. 94).

58 “A evolução da jurisprudência constitucional sobre a crise não mantém a mesma linha de rumo, parecendo antes mais preocupada com a reafirmação inequívoca da primazia da Constituição, expressão da soberania do povo português, contra ventos e marés, procurando assim assegurar a todo o custo a plena efetividade da ordem constitucional em tempos de crise. É o discurso de defesa da Constituição – e

meio político, houve mesmo declarações mais exaltadas, como a feita pela deputada Teresa Leal Coelho, do PDS, no o sentido de que “(...) se calhar, temos que ponderar sanções jurídicas para os casos em que os poderes são distribuídos, incluindo ao Tribunal Constitucional, são extravasados”⁵⁹. Obviamente, também não faltou quem defendesse a posição do Tribunal, como Jorge Reis Novais, que chegou a publicar um livro intitulado “Em Defesa do Tribunal Constitucional. Resposta aos Críticos”. Para o professor de Lisboa, basicamente, em tempos de crise, a Constituição deve adquirir “uma nova e reforçada aplicabilidade, deve ser aplicada com mais rigor e exigência e o Tribunal Constitucional deve ser, se se pode dizer assim, mais vigilante e guardião dos direitos e garantias nela previstos do que em tempos de normalidade”⁶⁰.

Não analisaremos os detalhes dessa evolução jurisprudencial, o que fugiria ao escopo deste trabalho. Entretanto, o simples registro da polêmica já demonstra como estamos transitando em terreno delicado. A análise feita aqui demandará, apenas, um exame mais detalhado do Acórdão nº 353/2012, pois é o único referenciado na decisão do TEDH. Para além disso (embora também não seja esse o nosso foco), essa decisão do TC pode ser considerada paradigmática por pelo menos dois motivos: (i) sinaliza um ponto de viragem da sua jurisprudência, de um controle mais “fraco” para um mais “forte”⁶¹; (ii) de forma inédita em Portugal, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade foram limitados para ao futuro. Sigamos.

2.2 A decisão do Tribunal Constitucional de Portugal

Em abril de 2011, em meio ao caos provocado pela crise, Portugal solicitou assistência financeira internacional, a qual, para ser efetivada, implicou a satisfação de uma série de condições prévias por parte das autoridades portuguesas. Tais condições foram acordadas em instrumentos jurídicos assinados pelo Governo Português e pela Troika (Fundo Monetário Internacional, Comissão Europeia e Banco Central Europeu).

sua intocada força normativa – apesar da crise” (MEDEIROS, Rui. *A Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre a Crise: Entre a Ilusão de um Problema Conjuntural e a Tentação de um Novo Dirigismo Constitucional*. In: *O Tribunal Constitucional e a Crise* (op. cit.), p. 268-269).

59 A declaração é citada por Reis Novais, na abertura do livro “*Em Defesa do Tribunal Constitucional*”.

60 NOVAIS, Jorge Reis. *Em Defesa do Tribunal Constitucional. Resposta aos Críticos*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 53.

61 MEDEIROS, Rui. *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*. Lisboa: Universidade Católica, 2015. p. 70.

Entre o Governo Português e o FMI foram aprovados um memorando técnico de entendimento e um memorando de políticas econômicas e financeiras, e entre o primeiro e a União Europeia foi aprovado um memorando de entendimento relativo às condicionalidades específicas de política econômica. Da leitura desses memorandos, resulta que, em função do Programa de Assistência Econômica e Financeira (PAEF), Portugal deveria adotar um conjunto de medidas relacionadas com as finanças públicas, a estabilidade financeira e a competitividade, a vigorar durante um período de três anos.

Assim é que, na Lei nº 64-B/2011 (Orçamento do Estado para 2012), previu-se a suspensão total ou parcial do pagamento de subsídios de férias e de Natal para servidores públicos e pensionistas (aposentados e reformados) durante o período de vigência do PAEF. No Relatório do Orçamento do Estado para 2012, tais medidas foram justificadas pelo dever de materializar uma consolidação orçamental que garantisse “a sustentabilidade das contas públicas num contexto de grande exigência, o controle da despesa em todas as áreas da Administração Pública, a monitorização rigorosa dos riscos orçamentais e o cumprimento dos limites definidos no PAEF”. Nesse mesmo relatório foi dito, ainda, que “uma medida como a suspensão dos subsídios de férias e de Natal aos servidores do Estado é ditada pela urgente necessidade de corrigir os desequilíbrios orçamentais e o profundo agravamento das finanças públicas”. Alegou-se, também, que “a adoção destas medidas foi ainda modulada pela preocupação de prevenir uma onerosidade social excessiva” e que, por fim, “não é de facto igual a situação de quem tem uma relação de emprego público e os outros trabalhadores”, uma vez que os primeiros beneficiam-se de uma série de direitos e garantias qualitativamente superiores, como segurança no emprego e retribuições, em média, superiores às do setor privado.

Porém, não convencidos por esses argumentos, um grupo de deputados da Assembleia de República provocou o Tribunal Constitucional, requerendo a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 21º e 25º da Lei nº 64-B/2011 (Lei do Orçamento Geral do Estado para 2012), justamente os que previam as aludidas reduções.

O TC, por sua vez, ao fundamentar a sua decisão, reconheceu que “na situação em que o país se encontra e tendo em conta os compromissos internacionais assumidos, essa redução do défice se apresenta como um objetivo prioritário de política econômica e financeira”. Deixou claro, também, que, em um contexto de grave crise, não é “injustificadamente discriminatória” qualquer medida de redução de rendimentos dirigida

apenas a quem recebe verbas públicas. Ainda assim, a maioria do Tribunal considerou que, no caso específico, era “evidente que o tratamento imposto a quem auferiu remunerações e pensões por verbas públicas ultrapassa[va] os limites da proibição do excesso em termos de igualdade proporcional”. Acentuou-se que “quanto maior é o grau de sacrifício imposto aos cidadãos para a satisfação de interesses públicos, maiores são as exigências de equidade e justiça na repartição desses sacrifícios”. Com esses argumentos, o TC decidiu declarar a inconstitucionalidade dos artigos 21º e 25º da Lei nº 64-B/2001, com força obrigatória geral, por violação ao princípio da igualdade.

Não obstante, pode-se dizer que, ao final, o Tribunal Constitucional ainda fez uma “concessão” ao Governo Português. E isto porque resolveu modular os efeitos da sua decisão, tendo em vista que a execução orçamental de 2012 já se encontrava em curso avançado. O TC considerou que as consequências da declaração de inconstitucionalidade “(...), sem mais, poderiam determinar, inevitavelmente, esse incumprimento [do valor orçamental para ter acesso ao financiamento internacional], pondo em perigo a manutenção do financiamento acordado e a consequente solvabilidade do Estado”. Assim, em termos práticos, ao determinar que “os efeitos da declaração da inconstitucionalidade não se aplicassem aos subsídios de férias e de Natal relativos ao ano de 2012”, as reduções foram mantidas (apenas) para esse ano.

2.3 A decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Cuida-se, na verdade, de dois processos que foram julgados em conjunto, um movido por António Augusto da Conceição Mateus (62235/12) e outro por Lino Jesus Santos Januário (57725/12) contra Portugal. Ambos os requerentes são pensionistas do setor público e contestaram as reduções em seus benefícios previstas na Lei do Orçamento do Estado para 2012. O primeiro requerente recebe uma pensão mensal de EUR 722,87 e teve uma redução de EUR 551,20 nos subsídios de férias e de Natal, com uma perda acumulada de EUR 1.102,40 em 2012. O segundo requerente recebe uma pensão mensal de EUR 910,92 e teve uma redução de EUR 684,02 nos mesmos subsídios, com uma perda acumulada de EUR 1.368,04 em 2012. Tais perdas alcançaram o montante de 10,8% e 10,7%, respectivamente, de redução na totalidade dos subsídios (incluindo os de férias e o de Natal) percebidos no ano.

Os requerentes não invocaram nenhum artigo particular da CEDH, tendo o TEDH entendido por bem examinar as alegações com base no

artigo 1º do Protocolo nº 1 da Convenção⁶² (direito de propriedade). Para o Tribunal, ainda que tal dispositivo não possa ser interpretado “como se garantisse uma pensão em um determinado montante”⁶³, é legítima a sua utilização como parâmetro de julgamento porque, uma vez prevista na legislação do Estado o pagamento de um benefício específico, a sua “redução ou interrupção pode constituir uma interferência na propriedade que precisa ser justificada”. Além disso, a “interferência com o gozo do direito de propriedade deve possuir um objetivo legítimo de interesse público”.

Em seguida, o TDEH afirmou que “uma ampla margem de apreciação é geralmente permitida ao Estado, no abrigo da Convenção, quando se trata de medidas gerais de política econômica ou social”. Segundo a Corte, em virtude do conhecimento direto da sociedade e das suas necessidades, “as autoridades nacionais estão, em princípio, em melhores condições que o juiz internacional para apreciar o que é do interesse público por razões sociais ou econômicas”. Por isso, o Tribunal tende a “respeitar a escolha política do legislador nacional, a não ser que seja manifestamente sem fundamento razoável”. Ressaltou-se, portanto, que a margem de apreciação pelos Estados nesses domínios é ampla, mas não é ilimitada. O Tribunal deve estar convencido de que “um ‘justo equilíbrio’ foi atingido entre as exigências do interesse geral da comunidade e as exigências da proteção dos direitos fundamentais do indivíduo”. É preciso, pois, analisar se o encargo é ou não “desproporcionado e excessivo”. Além disso, especificamente na apreciação da proporcionalidade de medidas tomadas em matéria de pensão, o TDEH frisou ser importante saber se, com a redução do benefício, resultou comprometida a “essência” do direito à segurança social. Também pode ser tido em conta se a redução foi feita para um grupo de pessoas que, originariamente, tinham “um regime especial de pensões vantajoso”. Em suma, para o TDEH, a avaliação deverá variar consoante as circunstâncias específicas do caso e da situação pessoal do requerente; enquanto uma privação total de direitos, resultando na perda de meios de subsistência, em princípio, equivalem a uma violação do direito de propriedade, o mesmo não ocorre com a imposição de uma redução razoável e proporcional.

62 Art. 1º. “Qualquer pessoa singular ou coletiva tem direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional”. “As condições precedentes entendem-se sem prejuízo do direito que os Estados possuem de pôr em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens, de acordo com o interesse geral, ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou de multas”.

63 O original está em inglês. Fizemos uma tradução livre da citação e das demais que a seguem.

Fixadas essas premissas, o TDEH observou que os cortes nos subsídios de férias e de Natal previstos na Lei do Orçamento do Estado para 2012 tinham a intenção de reduzir os gastos públicos e faziam parte de um programa mais amplo, concebido pelas autoridades nacionais e os seus parceiros da União Europeia, “a fim de garantir ao Orçamento português a liquidez necessária no curto prazo, com o objetivo de alcançar a recuperação econômica no médio prazo”. O Tribunal lembrou que, em situação similar (caso “Koufaki e Adedy” versus Grécia), considerou que os cortes na segurança social foram feitos no interesse público, sendo que, no caso grego, não eram medidas transitórias⁶⁴. Ademais, além de limitado no tempo, a redução foi no 13º e 14º subsídios, deixando inalterada a taxa de pensão básica dos 12 meses de 2012. Assim, o TEDH entendeu que “o legislador manteve-se dentro dos limites da sua margem de apreciação”, não cabendo ao Tribunal decidir “se melhores alternativas poderiam ser previstas a fim de reduzir o déficit orçamental do Estado”. Considerando, pois, “a crise econômica e financeira excepcional enfrentada por Portugal na época dos fatos e dado o grau limitado e o efeito temporário da redução dos subsídios de férias e de Natal”, a Corte concluiu que os requerentes não foram submetidos a um encargo desproporcional e excessivo.

64 A fundamentação desse caso (“Koufaki e Adedy vs. Grécia”) é extremamente lacônica, o que nos permite transcrevê-la quase na íntegra: “[...] Two consecutive laws had provided for measures of a permanent and retroactive nature, applied to all public servants indiscriminately, providing for a 20% reduction in their salaries and pensions as well as reductions in other allowances and benefits. The measures introduced by the second law were considered necessary by the legislature because those taken under the first law had proved insufficient to resolve the country's dire economic predicament. In its judgment of 20 February 2012 the Supreme Administrative Court rejected several arguments based on the alleged breach of the principle of proportionality by the disputed measures, considering that the fact that the salary and pension reductions were not purely provisional measures was justified because the aim was not merely to remedy the immediate acute budgetary problem but also to strengthen the country's financial stability in the long term. The Supreme Administrative Court also referred to the Court's case-law concerning reductions in salaries and pensions in several States against the same general backdrop of economic crisis. In addition, it observed that the applicants had not claimed in so many words that their situation had deteriorated to such an extent that their very subsistence was in jeopardy. [...] The Court considered that the reduction of the first applicant's salary from EUR 2,435.83 to EUR 1,885.79 was not such that it risked exposing her to subsistence difficulties incompatible with Article 1 of Protocol No. 1. Regard being had to the above and to the particular climate of economic hardship in which it occurred, the interference in issue could not be considered to have placed an excessive burden on the applicant. As regards the second applicant, the removal of the thirteenth and fourteenth months' pensions had been offset by a one-off bonus. Substitute solutions alone did not make the disputed legislation unjustified. So long as the legislature did not overstep the limits of its margin of appreciation, it was not for the Court to say whether they had chosen the best means of addressing the problem or whether they could have used their power differently.”

2.4 Análise comparativa entre as decisões

Para uma melhor visualização, optamos por dividir a análise comparativa em três partes, com os seguintes assuntos: (i) o contexto atinente à crise econômica; (ii) a fundamentação dos cortes nas pensões de férias e de Natal, considerando os critérios da proporcionalidade e da igualdade; (iii) a decisão pragmática, em diferentes níveis, do TC e do TEDH. Vejamos.

a) O contexto decisório: a “crise econômica”.

O contexto relativo à crise econômica vivida por Portugal foi mencionado pelos dois tribunais⁶⁵. Até aqui, nenhuma surpresa. A menção não significa, obviamente, uma tentativa de subordinar a racionalidade jurídica à lógica (meramente) econômica. Cuida-se, apenas, de reconhecer que existe uma interface entre o direito e a economia, algo que, de resto, torna-se mais explícito em períodos de grande escassez, quando as escolhas alocativas ficam (ainda) mais “trágicas”. Demais disso, o processo interpretativo passa pela articulação entre texto e contexto⁶⁶. Quando o texto a ser interpretado, então, é tão polissêmico e aberto quanto a Constituição, especialmente na sua parte “principiológica”, o contexto é ainda mais importante. Portanto, não se trata de um argumento puramente “economicista” e estranho ao direito, mas sim uma etapa própria do raciocínio jurídico, haja vista que “[...] as condições fáticas, sociais e institucionais para a produção dos efeitos de uma norma jurídica são *parte do fenômeno jurídico*”⁶⁷.

a.1) A postura judicial diante do contexto: uma metadecisão necessária.

65 Na chamada “primeira fase” da jurisprudência da crise, o TC já havia levado em conta o argumento relativo à situação “excepcional” do país. Confira-se, por exemplo, o seguinte trecho do Acórdão n° 396/2011: “Não se pode ignorar, todavia, que atravessamos reconhecidamente uma conjuntura de absoluta excepcionalidade, do ponto de vista da gestão financeira dos recursos públicos. O desequilíbrio orçamental gerou forte pressão sobre a dívida soberana portuguesa, com escalada progressiva dos juros, colocando o Estado português e a economia nacional em sérias dificuldades de financiamento. Os problemas suscitados por esta situação passaram a dominar o debate político, ganhando também foros de tema primário na esfera comunicacional. Outros países da União Europeia vivem problemas semelhantes, com interferências recíprocas, sendo divulgada abundante informação a esse respeito”.

66 Na lição de João LOUREIRO, é preciso “tomar a sério a articulação entre texto e contexto, recusar leituras de costas voltadas para a realidade” (*Adeus ao Estado Social*, Coimbra: Coimbra, 2010, p. 61).

67 SILVA, op. cit., p. 239 (destaques no original).

Pois bem. O contexto, como avaliado por ambos os tribunais, era de (gravíssima) crise econômica. Tal circunstância, uma vez reconhecida, antes de influenciar a interpretação substancial da Constituição, deve(ria) implicar a adoção de uma determinada postura interpretativa por parte de (qualquer) tribunal. Note-se que a opção por uma ou outra postura é, em si, uma “metadecisão”, isto é, uma “decisão antes da decisão” sobre “como se vai decidir”. Seguindo esse raciocínio, entendemos que o estado de crise econômica demanda uma postura judicial mais “autocontida”, ou mesmo “minimalista”⁶⁸ (dentro do que, nos Estados Unidos, é chamado de “virtude prudencial”). Há pelo menos três fortes motivos para isso:

1º) capacidade institucional – considerando o cenário de incerteza, bem como a complexidade de avaliação das medidas adotadas para controlar a crise, é prudente respeitar a especialização das funções do Estado. Afinal, os juízes não são os agentes públicos tecnicamente mais aptos para vislumbrar possíveis alternativas. Veja-se que o argumento da capacidade institucional foi, por exemplo, expressamente referido no voto vencido da Conselheira Maria Lúcia Amaral, do TC, na parte em que afirma não lhe parecer que o Tribunal estivesse “em condições de saber da existência efetiva [das] medidas legislativas alternativas que fossem igualmente eficazes para a realização dos fins de interesse público que, constitucionalmente, o legislador estava obrigado a prosseguir e, ao mesmo tempo, menos lesivas dos direitos das pessoas [...]”. Igualmente, o TEDH entendeu que não lhe cabia apontar “se melhores alternativas poderiam ser previstas a fim de reduzir o déficit orçamental do Estado”.

2º) democrático – se o cenário, como se disse, é/era o de (profunda) incerteza e escassez, com escolhas (políticas) alocativas cada vez mais difíceis e excludentes, a legitimidade do poder eleito para fazê-las é maior. Com efeito, como diz Richard Posner, “em tempos de crise, é natural olhar mais para os representantes oficiais eleitos do que para os juízes para escolher a resposta. Esta é a abordagem democrática, bem como a abordagem prática”⁶⁹. Evidentemente, o argumento democrático funciona de maneira diferente para o TC e para o TEDH. Para o TC, significa uma atitude de deferência em relação às decisões dos agentes

68 Cf. SUNSTEIN, Cass. *One Case at Time. Judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

69 POSNER, Richard. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 246.

públicos eleitos em Portugal. Para o TEDH, acarreta o respeito às apreciações feitas pelas autoridades portuguesas (legislativas, executivas ou judiciárias) de acordo com as leis internas do país.

- 3º) integração europeia – uma vez que Portugal decidiu pela integração à União Europeia (ou seja, optou por ser um “Estado cosmopolita”), muitos dos problemas (e as suas respectivas soluções, por óbvio) passam por uma discussão não mais localizada, mas em conjunto com os parceiros europeus – sobretudo quando a “crise econômica” em questão tem efeitos sistêmicos que ameaçam levar à bancarrota uma série de países da zona do euro. Assim é que autores mais europeístas, como Rui Medeiros, chegam a dizer que é a própria Constituição Portuguesa “que não autoriza qualquer espécie de ‘autismo nacionalista e patriótico’ ou uma lógica de ‘insularidade’, impondo, pelo contrário, que a metódica de ponderação se tome em conta a envolvente internacional e europeia”⁷⁰. Dito isto, o argumento tocante aos “compromissos internacionais assumidos” e à “recuperação econômica” foi abordado tanto na decisão do TC quanto do TEDH. No caso do primeiro, se esse argumento não teve peso suficiente para justificar um juízo de não inconstitucionalidade, ao menos a sua consideração, sob um viés nitidamente consequencialista, levou à modulação dos efeitos decisórios.

Em suma, por todo o exposto, o que se recomenda(ria) a ambos os tribunais, sem desconsiderar as especificidades dos juízos nacional e internacional, é uma postura cautelosa, autocontida, que, em última análise, significa um “controle de evidência”⁷¹.

- b) Os fundamentos decisórios: a proporcionalidade (ou não) dos cortes nas pensões.

Não é de hoje que se fala na transição de um modelo jurídico formalista baseado em regras para um modelo aberto baseado em princípios. Segundo muitos autores, cuida-se de uma decorrência da publicização do direito (que mudou o seu eixo fundamental do direito privado para o público), da constitucionalização abrangente e do reconhecimento da força normativa

70 MEDEIROS, op. cit. 2015, p. 89

71 A proposta por um “controle de evidência” foi feita por vários autores no já citado livro coletivo “*O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaios Críticos*”.

dos princípios jurídicos⁷². Assim, generalizou-se na jurisprudência a aplicação do teste da “proporcionalidade” e do critério da “ponderação” para a solução de conflitos jurídicos que envolvem a incidência de princípios e de outras normas consideradas “vagas” – precisamente os casos que são chamados, na doutrina, de “difíceis”. Não faremos, aqui, críticas ao uso em si da proporcionalidade ou da ponderação⁷³. Para todos os efeitos, assumiremos como uma decorrência do modelo “aberto” adotado. Por outro lado, isso não nos impede de reconhecer, desde já, que análises “ponderativas” muitas vezes ficam sujeitas a avaliações que extrapolam a técnica estritamente jurídica⁷⁴. É preciso, pois, cuidado para não cair no puro subjetivismo judicial. Daí a necessidade de uma fundamentação que explicita e justifique a linha de raciocínio seguida até a conclusão.

No caso do TEDH, a linha do raciocínio “ponderativo” é relativamente simples. Foi dito, em linhas gerais, que: (i) o encargo (ou seja, os cortes nas pensões) não poderia ser excessivo ou desproporcional; (ii) entretanto, não houve excesso, uma vez que os requerentes continuaram a receber pensões durante 12 meses, não restando comprometida, assim, a “essência do direito à segurança social”. Além dessa ponderação a respeito da “intensidade” do encargo (comparando interesse individual vs. interesse público), o TEDH fez, ainda, uma ponderação relativa ao princípio da igualdade, em sua dimensão substancial, ao considerar a possibilidade de algum grau de desigualdade de tratamento entre pensionistas do setor público e privado, mormente quando (e era o caso) aqueles possuíam originariamente um regime vantajoso.

No caso do TC, os mesmíssimos fatores foram levados em conta na ponderação. Contudo, o que houve foi uma sensível diferença na atribuição do seu “peso”, em especial no tocante ao princípio da igualdade. Nesse sentido, o Conselheiro relator, após dizer que “a igualdade jurídica é sempre uma igualdade proporcional, pelo que a desigualdade justificada pela diferença de situações não está imune a um juízo proporcionalidade”, em seguida concluiu ser “evidente” que o tratamento diferenciado ultrapassava

72 Cf. PARGENDLER, Mariana e SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito e Consequência no Brasil*: em busca de um discurso sobre o método. *Revista de Direito Administrativo*, v. 262, 2013, p. 110 e ss.

73 Para uma crítica contundente a respeito da “ponderação”, cf. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 222-223.

74 De acordo com Gonçalo de Almeida RIBEIRO, “[...] quanto mais aberta for a questão, maior é a margem para que os resultados sejam determinados pelas idiossincrasias de quem decide. É isso que explica que nas culturas jurídicas caracterizadas pela descrença relativa nas virtualidades limitativas dos fatores estritamente jurídicos, como é o caso da norte-americana, exista uma rica tradição de debate público sobre as personalidades e mundivências dos juízes e estudos acadêmicos sobre as causas do comportamento judicial” (op. cit., p. 89).

a limitação da proibição do excesso em termos de igualdade proporcional. Pois se foi evidente para o relator, não foi para o TEDH, nem para os juízes conselheiros que votaram vencidos... Ou seja, a “evidência” não foi “evidente” para todos os magistrados que analisaram a questão. Aí está o risco da técnica da ponderação: o (excesso de) subjetivismo. De nossa parte, também não nos pareceu existir a tal “evidência”⁷⁵. Não concordamos, pois, com a decisão do TC – ao menos no que se refere ao argumento central, ou seja, a violação ao princípio da igualdade proporcional.

c) As conclusões decisórias: a cautela (pragmática) judicial.

Certa vez, o juiz norte-americano Braxton Craven disse que todos os juízes, quer saibam ou não, são orientados pelos resultados das suas decisões. Em suas palavras: “I believe that there are only two kinds of judges at all levels of courts: those who are admittedly (maybe not to the public) result-oriented, and those who are also result-oriented but either do not know it or decline do various purposes to admit it”⁷⁶. Semelhante raciocínio foi feito por José Vicente dos Santos Mendonça, que, em sua tese de doutoramento, chegou a afirmar que “na prática, somos todos pragmáticos”⁷⁷. Será?

Não é o nosso propósito discutir as bases do pragmatismo jurídico, o que demandaria um trabalho de (muito) maior fôlego. Até porque, como reconhece o próprio Richard Posner (o mais “famoso” dos legal pragmatists), não é preciso teorizar sobre o pragmatismo para ser pragmático ou adotar decisões pragmáticas⁷⁸. Sem embargo, para o presente ensaio, consideraremos pragmáticas (ou tendencialmente pragmáticas) as seguintes características: (i) preocupação fundamental com o contexto; (ii) abertura à interdisciplinariedade; (iii) análise consequencialista. As três estão presentes, em maior ou menor medida, nas decisões do TC e do TEDH. Basta ver, por exemplo, que o contexto de crise e o apelo à situação econômica são argumentos bastante utilizados (ou considerados) por ambos os tribunais.

75 Os argumentos para essa conclusão estão nos votos vencidos e na decisão do TEDH. Como já ficou claro ao longo do texto, são, em suma, os seguintes: (i) o contexto de crise econômica; (ii) os compromissos internacionais assumidos pelo governo português; (iii) a não violação ao núcleo essencial do direito à assistência social; (iv) possuírem os servidores públicos vantagens, em termo de regime, em comparação aos da iniciativa privada; e (v) o fato de se tratar de medida temporária.

76 CRAVEN JR., Braxton. Paeen to Pragmatism. *North Carolina Law Review*, n. 50, 1972. p. 977.

77 MENDONÇA, José Vicente dos Santos. *Direito Constitucional Econômico*. A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 55.

78 A essência do pragmatismo jurídico de Posner está no já citado livro “*Direito, Pragmatismo e Democracia*”.

Quanto à análise consequencialista (ou, em outras palavras, a “argumentação tendo em vista os resultados”), desde já deixamos claro que não concordamos com a sua associação automática a “decisões judiciais voluntaristas, individualistas e/ou meramente políticas”. São duas as razões: (i) sendo a jurisdição um instrumento para a promoção de direitos, e não um fim em si mesmo, também ela deve ser avaliada pelos resultados que produz e pelas consequências das suas decisões; (ii) o argumento pragmático, quando articulado às claras e sem perder de vista a Constituição (ou seja, sendo informado, mediado e limitado pelos direitos fundamentais – principalmente – e demais normas constitucionais), amplia a capacidade persuasiva da decisão. Portanto, o que deve ser combatido é o chamado “criptoconsequencialismo”⁷⁹, isto é, a prática de fazer manipulações interpretativas com o propósito de mascarar considerações consequencialistas em argumentos supostamente técnicos e formais.

Não é demais repetir: as consequências devem ser avaliadas com as “lentes” dos valores constitucionais. É assim que elas são introduzidas e incorporadas ao raciocínio jurídico, funcionando como argumento juridicamente válido. Na lição do juiz Stephen Breyer, da Suprema Corte norte-americana, os valores constitucionais, uma vez aplicados à análise consequencialista, limitam as possibilidades interpretativas e podem até recomendar a autocontenção⁸⁰. A prática da “virtude prudencial”, já referenciada supra, é, pois, uma atitude pragmática.

No caso do TC, o pragmatismo de viés consequencialista é muito claro na justificativa para se adotar a modulação pro futuro. O único argumento utilizado foi, de fato, relacionado com as consequências da declaração de inconstitucionalidade para a solvabilidade do Estado, haja vista o avanço da execução orçamental de 2012. Na verdade, a própria modulação é, em si, um instrumento essencialmente pragmático, eis que permite ao Tribunal manipular os efeitos da decisão em função dos seus potenciais resultados, ou, na dicção do artigo 282º, nº 4, da Constituição Portuguesa, quando a “segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público, que deverá ser fundamentado, o exigirem”⁸¹.

79 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 425.

80 BREYER, Stephen. *Active Liberty: Interpreting our Democratic Constitution*. New York: Alfred A. Knopf ed., 2005. p. 120.

81 Na lei brasileira há uma disposição ainda mais clara para permitir a manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pro futuro. Segundo o artigo 27 da Lei nº 9.868/99, “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

No caso do TEDH, o pragmatismo está relacionado, sobretudo, com a virtude prudencial refletida na atitude de deferência ao legislador e às demais autoridades nacionais. Realmente, se todo o contexto já recomendava uma postura cautelosa por parte de qualquer juiz, o esforço de autocontenção precisa ser redobrado por parte de um juiz internacional, pois: (i) o tribunal está mais longe dos fatos, o que, por si só, já o torna pouquíssimo habilitado para apreciar as opções orçamentais do Estado português; (ii) o tribunal não é uma quarta “super-instância”, e nem tem condições para sê-lo, como observa Jónatas Machado⁸²; e (iii) o tribunal precisa analisar a “capacidade de absorção” das suas decisões no plano nacional.

Sobre esse último ponto, pensamos que uma decisão em outro sentido seria, possivelmente, vista como uma intromissão indevida em assuntos nacionais, levantando também questionamentos relacionados à soberania. Lembramos, ainda, que as decisões da jurisdição constitucional portuguesa contra as medidas anticrise (na segunda fase da “jurisprudência da crise”) acarretaram uma fortíssima reação de integrantes do Governo de Portugal. Quer-nos parecer que, acaso uma decisão semelhante fosse tomada por uma corte internacional, a reação seria ainda maior. Assim, o TEDH andou bem ao aplicar, na espécie, a “doutrina da margem de apreciação nacional”, cujo substrato, como reconhece Catarina Botelho, é pragmático⁸³.

3 UM (POSSÍVEL) PONTO DE CHEGADA: POR UMA AUTOCONTENÇÃO VIGILANTE

Depois de todo esse percurso, é o momento de chegarmos a algumas conclusões a respeito da pergunta que, desde o início, norteou este ensaio: - qual, afinal, deve ser o papel de um tribunal internacional de direitos humanos na apreciação do cumprimento de direitos sociais pelos Estados nacionais? Entendemos, em síntese, que:

- 1) Os direitos sociais não podem ser ignorados pelos tribunais internacionais. Ignorá-los significaria desprezar todo o esforço e o histórico de luta para o reconhecimento dos direitos sociais como direitos humanos. Ademais, as normas de direito internacional e a doutrina vêm reforçando a unidade existente entre os direitos humanos

82 “O TEDH não tem condições institucionais, pessoais, logísticas e funcionais para operar como uma quarta super-instância e substituir-se categoricamente aos órgãos legislativos e jurisdicionais nacionais. Nem esse seria um objetivo materialmente adequado. O tribunal evita transformar-se em instância de facto ao mesmo tempo que respeita as instituições e normas de autogoverno dos Estados” (MACHADO, *op. cit.*, p. 436).

83 BOTELHO, *op. cit.*, p. 440.

fundamentais - compreendendo-se unidade como interligação e interdependência, uma vez que ambas as dimensões de direitos (individuais e sociais) estão intrinsecamente ligados à afirmação da dignidade da pessoa humana. Em benefício do argumento da unidade, cabe notar que o TEDH, no caso aqui estudado (“Da Conceição Mateus e Santos Januário vs. Portugal”), utilizou um dispositivo relativo ao direito de propriedade (previsto no artigo 1º do Protocolo nº 1 da CEDH – o que se compreende, também, pela ausência de força vinculativa da CSE), normalmente considerado um direito de 1ª geração, para analisar um tema relativo à segurança social, tida, em geral, como um direito de 2ª geração. Em suma, os direitos humanos fundamentais, conjuntamente, formam um complexo único que busca a promoção dos valores que dão sentido à dignidade da pessoa humana, designadamente a liberdade, a igualdade e a solidariedade.

- 2) O reconhecimento da unidade dos direitos humanos não significa, porém, admitir que todos os direitos são submetidos ao mesmo regime e possuem a mesma eficácia jurídica. Isso seria negar a realidade. Há direitos (especialmente os sociais prestacionais) que, para a sua implementação, custam muito financeiramente. Portanto, a eficácia “progressiva” dos direitos sociais está condicionada pela escassez, ou, em outras palavras, pela “medida do possível”, o que torna sua discussão judicial mais complexa (e limitada). Não obstante, existe um conteúdo mínimo, diretamente vinculado à dignidade da pessoa humana, cuja implementação deve ser imediata. Esse mínimo existencial, acaso desrespeitado, enseja controle pelos juízes nacionais e, a depender do caso, também por parte de tribunais internacionais de direitos humanos.
- 3) Um dos aspectos da humanização do direito internacional é o crescimento da possibilidade de os indivíduos reclamarem, diretamente, os seus direitos nas arenas internacionais. Essa possibilidade abarca, atualmente, não só direitos individuais, mas também direitos sociais. Veja-se, a propósito, que, mesmo diante de uma CEDH originariamente inspirada por princípios liberais, o TEDH evoluiu para admitir a possibilidade prática da justiciabilidade de direitos sociais, ainda que eles sejam deduzidos de direitos, em tese, individuais.
- 4) No caso concreto, o TEDH, embora tenha respeitado a decisão das autoridades nacionais, deixou claro que a sua atuação compreende o exame da “proporcionalidade” de medidas restritivas dos direitos sociais. Ou seja, de um lado aplicou corretamente a doutrina da

“margem de apreciação nacional”, fruto de uma postura autocontida justificada pelo contexto e pela natureza das medidas adotadas pelo governo português. De outro lado, mostrou-se “presente”, isto é, não se demitiu da tarefa de, ainda que em linhas (muito) gerais, enunciar parâmetros que devem ser seguidos para a restrição de determinados direitos sociais (nomeadamente a proporcionalidade, a igualdade e o respeito ao “conteúdo essencial” dos direitos).

- 5) Em jeito de conclusão, diríamos, ao final, que o que se espera de um tribunal internacional de direitos humanos, ao menos no que tange aos direitos sociais, é um equilíbrio pragmático: uma postura autocontida, sim, mas também vigilante.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais*. Introdução Geral. 2. ed. Cascais: Principia, 2011.

ALVES, José Augusto Lindgren. *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise – ou revisitar as Normas Programáticas*. Tese de Doutoramento [em publicação/ encaminhado à editora. Versão disponibilizada pela autora]. Porto: Universidade Católica do Porto, 2015.

BREYER, Stephen. *Interpreting our Democratic Constitution*. New York: Alfred A. Knopf, 2005.

BRITO, Wladimir. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2014.

COCHRANE, Allan; CLARKE, John; GEWIRTZ, Sharon (ed.) *Comparing Welfare States*. 2. ed. London: Sage Publications, 2001.

CRAVEN JR., Braxton. Paeon to Pragmatism. In: *North Carolina Law Review*, n. 50, 1972.

CRAVEN, Matthew. The International Covenant on Economic, Social and Cultural Right. In: Raija Hanski e Markku Suksi (ed.). *An Introduction to the International Protection of Human Rights*. 2. ed. Institute of Human Rights: Åbo Akademi University, 1999.

EIDE, Asbjørn. Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights. In: Asbjørn Eeide, Catarina Krause e Allan Rosas (ed.). *Economic, Social and Cultural Rights*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Supraconstitucional. Do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito*. São Paulo: RT, 2010.

KING, Jeff. *Judging Social Rights*. Cambridge University Press, 2012.

LOUREIRO, João. *Adeus ao Estado Social*. Coimbra: Coimbra, 2010.

MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2013.

MARTINS, Ana Guerra. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2006.

MEDEIROS, Rui. A Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre a Crise: Entre a Ilusão de um Problema Conjuntural e a Tentação de um Novo Dirigismo Constitucional In: Gonçalo Ribeiro e Luís Coutinho (org.). *O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaios Críticos*. Coimbra: Almedina, 2014.

MEDEIROS, Rui. *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*. Lisboa: Universidade Católica, 2015.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico. A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte, Fórum, 2014.

MIRANDA, Mariana Almeida Picanço de. *O Poder Judiciário Brasileiro e a Proteção dos Direitos Humanos*. FGV Direito Rio, 2009.

- MIRANDA, Jorge. *Direito Internacional Público*. 4. ed. Cascais: Principia, 2012.
- NABAIS, José Casalta. *Por uma Liberdade com Responsabilidade. Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2007.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Em Defesa do Tribunal Constitucional. Resposta aos Críticos*. Coimbra: Almedina, 2014.
- OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. v. I. Coimbra: Almedina, 2009 (reimpressão da edição de 2007).
- PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144. jan./abr. 2013.
- PECES-BARBA, Gregorio. Los Derechos Económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto. *Revista de Derecho y Libertades*, n. 6, Año III, febrero de 1998.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 10. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2010.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. Planos Global, Regional e Local. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- PINTO, Paulo Mota. A Proteção da Confiança na 'Jurisprudência da Crise' In: Gonçalves Ribeiro e Luís Coutinho (org.). *O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaios Críticos*. Coimbra: Almedina, 2014.
- POSNER, Richard. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais. Teoria Geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1999.
- QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional*. As Instituições do Estado Democrático e Constitucional. Coimbra: Coimbra, 2009.
- RESEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

- RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. O Constitucionalismo dos Princípios. In: Gonçalo Ribeiro e Luís Coutinho (org.). *O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaio Críticos*. Coimbra: Almedina, 2014.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- _____. Os direitos fundamentais (sociais) e a assim chamada proibição do retrocesso: contributo para uma discussão. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro da Faculdade de Direito de Lisboa (RIDB)*, ano 2, n. 1, p. 769-820, 2013.
- SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2010.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- SUNSTEIN, Cass. *One Case at Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.
- _____; HOLMES, Stephen. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- TRINTIN, Jaime; ROSSONI, Sandra. Os Anos Dourados do Capitalismo. Breve Abordagem Sobre o Crescimento Capitalista. *Revista de Ciências Humanas da UNIPAR*, v. 7, n. 27, p. 49-60, 1999.
- URBANO, Maria Benedita. A Jurisprudência da Crise no Divã. Diagnóstico: Bipolaridade? In: Gonçalo Ribeiro e Luís Coutinho (org.). *O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaio Críticos*. Coimbra: Almedina, 2014.
- YOUNG, Katharine G. *Constituting Economic and Social Rights*. Oxford University Press, 2012.

RECEBIDO EM: 12/10/2015

APROVADO EM: 26/02/2016

A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E SUAS IMPLICAÇÕES ATUAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA: ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

THE EVOLUTION OF LIABILITY AND ITS IMPLICATIONS CURRENT IN FAMILY LAW: ANALYSIS OF THE POSSIBILITY OF DAMAGES FOR EMOTIONAL ABANDONMENT

Giulliano Caçula Mendes

Procurador do Distrito Federal e mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Uniceub em Brasília/DF

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breve histórico evolutivo da responsabilização civil: Deslocamento da responsabilidade civil do eixo “agente causador-culpa” para o eixo “vítima-reparação do dano”; 2 O surgimento de “novos danos” a partir do desenvolvimento do conceito de dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade; 3 Dano moral por abandono afetivo: Análise do julgamento do Recurso Especial 1.159.242/SP pelo STJ; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: O objetivo deste trabalho é fazer uma breve análise histórica da evolução da sistemática da responsabilidade civil e de como se tornou possível sua aplicação no campo dos direitos extrapatrimoniais, inclusive no campo do direito de família, apesar dessa ser uma área bastante sensível e que encontra algumas das maiores resistências em relação à possibilidade de intervenção estatal. A metodologia utilizada será a revisão bibliográfica da literatura especializada em responsabilidade civil e direito de família, além da análise de dispositivos da Constituição Federal e legislação correlata, bem como de julgados relevantes sobre o tema. Após a revisão bibliográfica e a apresentação dos referenciais teóricos, será feita a análise de recente acórdão do STJ sobre a possibilidade de indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo no âmbito das relações familiares. Ao final serão apresentadas as conclusões sobre o estudo acerca da possibilidade de aplicação dos novos entendimentos decorrentes da evolução da teoria da responsabilização civil no âmbito do direito de família.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Direito de Família. Dano Moral. Abandono Afetivo.

ABSTRACT: The objective of this work is to make a brief historical analysis of the evolution of systematic civil liability and how it became possible its application in the field of off rights, including family law field, despite this being a very sensitive area and that is the higher strengths regarding the possibility of state intervention. The methodology used is the literature review of the literature on civil liability and family law, in addition to the devices of analysis of the Federal Constitution and related legislation, as well as relevant judged on the subject. After the literature review and the presentation of theoretical frameworks will be the recent analysis of the STJ on the possibility of compensation for moral damages resulting from emotional abandonment in the context of family relationships. At the end will be presented the conclusions of the study on the possibility of applying new insights arising from the development of civil liability theory in the context of family law.

KEYWORDS: Liability. Family Law. Moral Damages. Emotional Abandonment.

INTRODUÇÃO

O direito ocidental e suas instituições foram bastante influenciados pelo direito romano que, de acordo com Edgardo Herrera¹, poderia ser resumido em três axiomas principais: a) *honeste vivere* (viver honestamente); b) *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu); c) *alterum non laedere* (não causar danos aos outros). Dos três axiomas citados, podemos dizer que o principal fundamento da doutrina da responsabilidade civil ocidental é o *altere non laedere*, entendido como evitar ao máximo causar danos a terceiros e, caso tais danos sejam causados, repará-los, já que a conduta de lesar um terceiro faz surgir uma obrigação de deixar o lesado numa situação a mais parecida possível com sua situação antes do dano².

Denomina-se “responsabilidade” essa obrigação de reparar o dano causado, apresentando-se, de certa forma, como uma sanção de natureza ressarcitória, diferente da sanção penal que teria uma natureza mais repressiva³. Pode ser entendida como uma tentativa de restabelecer o equilíbrio rompido pela conduta ou omissão do agente lesivo através da reparação do dano.

Tornada clássica no âmbito jurídico patrimonial, a teoria da responsabilidade civil foi paulatinamente ampliando seu campo de atuação e passou a abarcar também a proteção a valores extrapatrimoniais, obrigando a reparação de danos insuscetíveis de aferição pecuniária exata. São os chamados danos imateriais, que abrangem o dano moral, o dano estético e qualquer outro tipo de dano que atinja a integridade dos direitos da personalidade⁴.

Assim, a sistematização da responsabilização civil passou a abranger assédio moral em ambiente laboral e escolar, danos causados à integridade física e psíquica dos indivíduos e grupos, inclusive no tocante ao aspecto estético e, mais hodiernamente, vemos julgados no campo do direito de família estabelecendo o dever de indenizar como forma de reparar os danos causados pelos membros da família nas relações familiares que se

1 HERRERA, Edgardo Lopez. *Teoría general de La responsabilidad civil*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2006. p. 1

2 Ibid.

3 Ibid. p. 2.

4 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005

tornaram cada vez mais complexas com a evolução da sociedade e com a redefinição dos papéis a serem desempenhados dentro do seio familiar.

O objetivo desse trabalho é fazer uma breve análise histórica da evolução da sistemática da responsabilidade civil e de como se tornou possível sua aplicação no campo dos direitos extrapatrimoniais, inclusive no campo do direito de família, apesar dessa ser uma área bastante sensível e que encontra as maiores resistências em relação à possibilidade de intervenção estatal.

A metodologia utilizada será a revisão bibliográfica da literatura especializada em responsabilidade civil e direito de família, além da análise de dispositivos da Constituição Federal e legislação correlata, bem como de julgados relevantes sobre o assunto. Após a revisão bibliográfica e a apresentação dos referenciais teóricos que foram utilizados sobre o tema, será feita a análise de recente acórdão do STJ prolatado no RESP 1.159.242/SP sobre a possibilidade de indenização por abandono afetivo no âmbito das relações familiares. Ao final serão apresentadas as conclusões sobre o estudo acerca da possibilidade de aplicação dos novos entendimentos decorrentes da evolução da teoria da responsabilização civil no âmbito do direito de família.

1 BREVE HISTÓRICO EVOLUTIVO DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL: DESLOCAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO EIXO “AGENTE CAUSADOR-CULPA” PARA O EIXO “VÍTIMA-REPARAÇÃO DO DANO”

Originariamente não havia distinção entre ilícito penal ou ilícito civil. Podia-se falar em “ilícitos sociais”. Quando uma pessoa sofria um dano que afetava a todo o grupo, era comum que o grupo do ofendido se vingasse contra o grupo do ofensor, não necessariamente na pessoa deste e muito menos de forma proporcional. Posteriormente, o Código de Hammurabi consagrou a “Lei de Talião” em que se estabeleceram os primeiros critérios de proporcionalidade e a individualização da pena a ser aplicada ao autor do dano⁵.

Com o surgimento de algumas complicações da aplicação da lei de Talião, como, por exemplo, cegar alguém que lhe cegou, verificou-se que o resultado era que os dois estavam cegos ou lesionados, com prejuízo para ambos e para a sociedade, que ganharia dois inválidos. Então, passou-se a se pensar nos mecanismos de indenização por bens equivalentes que

5 HERRERA, op.cit. p. 15/16

num primeiro momento foi voluntária (acordos entre as partes) e depois determinada pelo Estado que tabelou alguns valores de indenização⁶. Desse modo, a responsabilidade civil foi se separando lentamente da responsabilidade penal, afastando-se a ideia de vingança (sanção repressiva), substituindo-a pelo ressarcimento do dano causado (sanção ressarcitória), pelo menos no que tange aos ilícitos civis.

Posteriormente, especificamente no tocante à responsabilidade civil, o direito romano realizou a dicotomia que inspirou a quase totalidade dos clássicos códigos civis ocidentais, dividindo a responsabilização em responsabilidade contratual, regida pela lei das XII tábuas, e responsabilidade extracontratual ou aquiliana, em virtude de ser regida pela Lei Aquilia, que reconhecia o direito a causar ao ofensor os mesmos danos econômicos sofridos pela vítima. Era como se fosse uma “lei de Talião econômica”⁷.

Interessante ressaltar que a lei Aquilia já previa a responsabilização civil por danos causados por animais e por ofensas aos direitos da personalidade. Contudo, a referida lei pecava por não haver estabelecido um “sistema geral de responsabilidade”, tentando tipificar caso a caso os diversos tipos de dano e as ações correspondentes. Pode-se dizer que se tratava de “um sistema de tipicidade de danos”⁸ que ainda aproximava a responsabilidade civil do direito penal e dificultava a responsabilização por condutas injustas, porém atípicas, e sem indenização correspondente prevista em lei.

Com a queda do império romano e o advento da Idade Média, marcada pela forte influência da Igreja Católica, a responsabilidade civil passou a se dotar de um sentido moral similar à ideia de pecado pregada na doutrina canônica. A partir daí, a ideia de culpa como pressuposto para responsabilização passou a figurar na maioria dos sistemas de responsabilização civil, predominando a ideia de que não há responsabilidade sem culpa. O sistema francês, que influenciou boa parte dos sistemas de responsabilização ocidental, inclusive o brasileiro, centra-se principalmente na ideia de culpa como pressuposto da responsabilização, possuindo o mérito de ter separado quase por completo a responsabilidade civil da responsabilidade penal e de ter deixado de lado o sistema de tipicidade, estabelecendo um parâmetro geral de responsabilização civil⁹.

6 HERRERA, op.cit., p. 16

7 Ibid. p. 17

8 Ibid. p. 18/19

9 Ibid., p. 20

A figura da culpa como pressuposto para a responsabilização pode ser explicada pela análise do contexto histórico da industrialização nascente e pela forte mentalidade liberal da época (*laissez faire, laissez passer*) em que se priorizava o desenvolvimento das atividades econômicas e, por isso, caso o empreendedor tivesse medo de ser responsabilizado mesmo sem sua culpa, provavelmente ele não se arriscaria a desenvolver a atividade empresarial, com evidente prejuízo para toda a sociedade¹⁰.

Assim, pode-se dizer que o modelo clássico de sistema de responsabilidade civil do ocidente é o modelo francês, cujo princípio regente é a regra de que “não há responsabilidade sem culpa”. A ênfase era no agente causador do dano e na presença ou ausência de culpa em sua conduta, deixando-se um pouco de lado a vítima que sofreu o prejuízo. A impressão que se tem é que o raciocínio usado era ainda similar ao do direito penal, pois a ênfase é na função punitiva e não na compensação da vítima ou prevenção dos ilícitos¹¹. Nesse sistema clássico, ao menos em sua origem, apenas o dano patrimonial é indenizável, esquecendo-se do dano moral e da proteção ao consumidor.

Descrivendo o processo de evolução da teoria da responsabilização civil, Anderson Schreiber fala que os três pilares da responsabilidade civil ocidental clássica são a culpa, o dano e o nexo causal. Em seguida ele aponta a culpa e o nexo de causalidade como barreiras à responsabilização, chamando-as de “filtros da reparação” por funcionarem como óbices ao ressarcimento. No decorrer da evolução da teoria da responsabilização civil estaria ocorrendo a gradativa perda de importância de tais filtros nas demandas de responsabilização, fenômeno que o autor chama de “erosão dos filtros tradicionais da reparação¹²”.

O primeiro dos filtros a ser desfeito é a necessidade de culpa para a reparação. A noção de culpa como pressuposto da responsabilidade partia de uma ideologia liberal e individualista em que se privilegiava a liberdade em detrimento da solidariedade. Só deveria reparar o dano quem realmente o tivesse causado de alguma forma reprovável (vale dizer: com culpa ou dolo). O pressuposto da culpa dificultaria à vítima a reparação de seu dano, pois além de demonstrar a ocorrência do dano, ela tem que

10 HERRERA, op.cit. p. 21

11 Ibid., p. 54

12 SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.11

comprovar que o causador agiu de forma reprovável e que tal conduta culposa é que foi a responsável pela ocorrência do dano¹³.

Contudo, as inovações tecnológicas trazidas pela a revolução industrial fizeram surgir novos riscos aos trabalhadores, trazendo também novos danos ocorridos muitas vezes sem qualquer culpa do empregador ou de difícil comprovação de culpa, o que gerava situações demasiadamente injustas. Por essa razão a teoria evoluiu para estabelecer presunções de culpa e aceitar a teoria do risco em alguns casos, visando facilitar as indenizações e a reparar os danos¹⁴. Desse modo, o modelo clássico de responsabilização evoluiu no sentido de se acrescentar elementos de responsabilidade objetiva ao sistema predominantemente centrado na culpa.

A partir dessa evolução, a culpa tornou-se objeto de intensos ataques doutrinários e a responsabilidade do tipo objetiva passou a ser adotada na maioria dos ordenamentos jurídicos por meio de leis especiais aplicáveis a setores específicos. Nos casos de responsabilidade objetiva, a ênfase se desloca da conduta do agente causador para a vítima que sofreu o dano, não importando a ausência de culpa, já que o objetivo é facilitar a indenização da vítima inocente e diluir ou socializar os riscos e lucros por toda a sociedade¹⁵. As funções preventivas e compensatórias da responsabilização passam a ter mais importância que a função punitiva no ato de indenizar.

Prosseguindo na evolução da teoria da responsabilização civil, se aponta um terceiro modelo que, ainda está em construção, mas que já dá suas primeiras demonstrações e que se baseia no pressuposto de que a responsabilidade civil transcende os sujeitos privados e é transferida para toda a sociedade, com a criação de fundos específicos mantidos por impostos ou taxas e com a função de indenizar as vítimas de catástrofes, terrorismo, violência urbana, doenças e outras moléstias¹⁶. Esse processo gradual e cada vez mais amplo de diluição dos danos por vários responsáveis e, em última instância, por toda a sociedade, encontra-se umbilicalmente ligado à noção de solidariedade social e substituição do paradigma individualista por um coletivista.

Nesse novo paradigma “Há cada vez mais solidariedade na culpa (todos somos culpados pelos danos) e solidariedade na causa (todos causamos

13 SCHREIBER, op. cit., p. 12/16.

14 Ibid.p. 17

15 HERRERA, op.cit., p. 55

16 Ibid.p. 56

danos) e o passo necessariamente seguinte é o de que haja solidariedade na reparação (todos devemos reparar os danos)”.¹⁷ Mais uma vez se enfatiza que o novo foco não é a repressão das condutas culposas, mas sim a reparação dos danos.

Outra característica do terceiro modelo de responsabilização civil, ainda em evolução, seria a ênfase na prevenção da ocorrência do ato ilícito. Como o sistema de responsabilidade civil é um dos mais caros e o homem ocidental, por viver no capitalismo de mercado, tende a analisar racional e economicamente os custos e benefícios dos seus atos, verifica-se que a sanção econômica é uma das mais eficazes na prevenção dos atos ilícitos.¹⁸ Por isso, novos meios jurídicos de prevenção com caráter de sanção econômica, tendem a ser mais eficientes na inibição da ocorrência de atos danosos. Em certos casos, como em se tratando da violação a direitos humanos, a função preventiva assume viés ainda mais importante do que a função reparadora, até mesmo porque violações a direitos humanos em regra não são possíveis de serem reparadas de modo integral. Por isso Herrera diz que “A prevenção constitui um mandato para a magistratura, especialmente quando se trata de direitos humanos”¹⁹.

A conclusão a que podemos chegar ao longo desse breve esboço histórico é que a lógica da responsabilidade civil vem migrando gradativamente da ênfase na culpa do agente causador para a ênfase na facilitação da indenização da vítima e reparação do dano, com a ampliação das hipóteses de responsabilização sem culpa com base na solidariedade social e enfoque na prevenção dos atos ilícitos ou danosos.

2 O SURGIMENTO DE “NOVOS DANOS” A PARTIR DO DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O deslocamento da responsabilidade civil do eixo “agente causador-culpa” para o eixo “vítima-reparação do dano”, aliado ao surgimento de novas funções da reparação civil, ocasionaram um incremento no número de provimentos favoráveis aos autores concedidos pelo judiciário e, conseqüentemente, um incremento no número de demandas novas acompanhadas do surgimento de “novos tipos de danos” com pretensão de

17 SCHREIBER, op.cit. p. 225

18 HERRERA, op.cit., p. 60

19 Ibid. p. 61 (tradução livre)

serem reparados²⁰. Paralelamente, o desenvolvimento do conceito jurídico de “dignidade da pessoa humana” e dos direitos da personalidade que surgem do desdobramento daquele conceito também ocasionaram uma ampliação dos interesses merecedores de tutela relativos à personalidade do indivíduo.

Isso fez com que surgissem demandas relativas a novos danos como: dano à privacidade; dano por abuso do direito à informação; dano à imagem; dano à integridade psicofísica, dano à formação da personalidade, etc. Muitos desses alegados danos utilizam como fundamento a ofensa à dignidade da pessoa humana e a seus desdobramentos naturais que são os direitos da personalidade já que, para a melhor doutrina, “[...] existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo valor concreto”²¹. São os direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade são classificados pela doutrina como “não patrimoniais”, afirmando-se que “os indivíduos são titulares de direitos personalíssimos que integram suas personalidades e não detém qualquer conotação econômica”²². Apesar disso, o desenvolvimento da tecnologia jurídica da responsabilidade civil veio no sentido de que, mesmo em se tratando de direitos não patrimoniais, isso não significa que em caso de ofensa não haja a necessidade de se compensar por meio de indenização. Isso porque a ideia de indenização relaciona-se com a ideia de equivalência a ser obtida, por meio do quantum indenizatório, da nova situação após o dano com a situação existente anteriormente ao dano.

No caso dos direitos da personalidade “A equivalência entre o direito à indenização pelo dano e o direito lesado da personalidade é uma equivalência de caráter indireto”²³. Isso quer dizer que ela não corresponde exatamente ao valor do bem lesado como a honra, vida, nome, etc, pois tais bens não tem preço. No entanto, possibilita ao lesado obter outros bens que o direito da personalidade ferido estaria em condições de lhe obter se não houvesse a lesão.

20 SCHREIBER, op.cit.

21 CUPIS, Adriano de. *Os direitos da Personalidade*. Campinas: Romana Jurídica, 2004. p. 24.

22 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 155.

23 CUPIS, op.cit. p. 36.

O dano a direito da personalidade não pode ser quantificado matematicamente pelo mesmo método da quantificação dos danos materiais. É que os danos patrimoniais normalmente são aferidos pela aplicação da chamada “Teoria da Diferença”, calculando-se objetivamente o valor da indenização por dano material pela diferença entre o que se tem e o que se teria se não ocorresse o evento danoso²⁴. Em relação aos danos aos direitos da personalidade, comumente chamados de “danos morais”, o procedimento indenizatório não é tão fácil e objetivo, pois não há instrumentos capazes de aferir milimetricamente os direitos da personalidade e os danos por ele sofridos.

Por isso a doutrina entende que o termo técnico mais correto em se tratando de tais direitos seria “compensação” em vez de indenização já que “[...] indenizar é palavra que provém do latim ‘in dene’ que significa devolver (o patrimônio) ao estado anterior, ou seja, eliminar o prejuízo e suas consequências”²⁵. Já na compensação por dano moral, o prejuízo nunca é completamente eliminado, mas apenas compensado ou minimizado de modo que a vítima possa seguir em frente com sua vida um pouco mais confortável do que estaria se não houvesse qualquer compensação.

Essa dificuldade na aferição da extensão do dano fez com que inicialmente houvesse muitas críticas ao instituto da indenização por dano puramente moral na responsabilização civil. Criticava-se a “mercantilização da dor” (*pretium doloris*) e “A regra lógica subjacente, e que se fazia valer, era a de que aquilo que não se pode medir, não se pode indenizar: a indenização é, justamente, a ‘medida’ do dano”²⁶. No entanto, mais difícil do que mensurar os danos extrapatrimoniais seria ignorar sua existência, tonando-se inadmissível que a vítima de uma lesão a direito personalíssimo restasse irressarcida ou que o agressor saísse impune.

Desse modo, pela própria evolução da teoria da responsabilidade civil, com o progressivo movimento de migração do eixo da responsabilidade da figura da culpa do agente para a figura do dano sofrido pela vítima e para a necessidade de reparação, iniciou-se um processo de aceitação da indenização pelo dano puramente moral. Isso se deu em obediência ao maior princípio da responsabilidade civil contemporaneamente: o de que “a vítima não pode restar irressarcida”.²⁷

24 MORAES, op.cit. p. 143

25 Ibid. p. 145.

26 Ibid. p. 146.

27 Ibid. p. 151.

A conclusão inevitável é que haveria dano moral sempre que houvesse lesão ao patrimônio imaterial das pessoas, entendendo este como o conjunto de bens que não tem valoração econômica. Isso tudo porque a tutela à dignidade da pessoa humana foi posta no ápice do ordenamento jurídico, suplantando em importância os direitos meramente patrimoniais²⁸. Assim, acaba ocorrendo que os direitos da personalidade, decorrentes do conceito aberto de dignidade da pessoa humana, se tornam muito mais numerosos do que aqueles que estão elencados nos códigos. Tendo em vista a criatividade dos advogados e julgadores, torna-se impossível fazer uma listagem completa dos novos danos e novos interesses a serem protegidos, resultando numa expansão do dano ressarcível que vem causando perplexidade em operadores do Direito em todo o mundo²⁹.

Schreiber cita, a título de exemplo, várias jurisprudências demonstrativas do que seriam as demandas reacionadas aos “novos danos”. Dentre elas: dano por nascimento de filho não planejado; dano por férias arruinadas; dano por brincadeiras cruéis (bullying); danos decorrentes de rupturas afetivas ou relações familiares; dano por separação após notícia de gravidez; dano por morte de animal doméstico; dano por nascimento com deficiência física em decorrência da rubéola da mãe; dano de fracasso desportivo, etc³⁰.

Essa proliferação de novas demandas, alegando danos em que anteriormente não se buscava a reparação, em parte é facilitada pelo caráter aberto do sistema de responsabilização brasileiro que não exige a tipicidade do dano para a reparação civil e não exclui da apreciação jurisdicional lesão ou ameaça a direito. Por isso se exige do Poder Judiciário que seja bastante criterioso na seleção de quais interesses merecem a tutela do Estado e, conseqüentemente, que pretensões judiciais merecem provimento.

É que no paradigma clássico, a seleção dos interesses mercedores de tutela de uma sociedade ficava a cargo do legislador e não do judiciário. Contudo, o “engessamento” típico da lei e o processo laborioso de sua promulgação, aliados à rápida dinâmica social, fazem com que surjam situações inesperadas e de flagrante injustiça em termos de reparação de danos, caso o intérprete não detenha algum grau de flexibilidade em seu julgamento. Por conta disso, Schreiber entende que deve ser assegurado “[...] um papel cada vez mais relevante à discricionariedade judicial, guiadas

28 HIRONAKA, op.cit.p. 117.

29 SCHREIBER, op cit. p .92.

30 Ibid.p. 96/104

por valores fundamentais consagrados na Constituição, e, por isso mesmo, tão legítima quanto a específica atuação do legislador”.³¹

Assim, a seleção dos interesses merecedores de tutela e, conseqüentemente, quais pretensões judiciais seriam julgadas como procedentes, não precisaria necessariamente de uma prévia especificação legislativa, podendo, o judiciário, realizar tal seleção de acordo com a realidade social em constante mutação e as circunstâncias do caso concreto. Por outro lado, é necessário um mínimo de objetividade e cientificidade na seleção dos interesses merecedores de tutela, sob pena de grande insegurança jurídica e imprevisibilidade nos julgamentos causada pela enorme discricionariedade judicial.

Para Maria Celina Moraes, isso faz com que haja uma tendência antagônica dos tribunais que, com o fito de evitar a banalização das indenizações por danos extrapatrimoniais, apesar de serem receptivos a alguns dos “novos danos”, “[...] de algum tempo, vêm tentando impedir que meros aborrecimentos do cotidiano passem a ser catalogados como geradores de dano moral, principalmente quando facilmente contornáveis por vias patrimoniais”³². Contudo, essa tendência antagônica, de reconhecer novos danos e tentar evitar a banalização do dano moral, infelizmente às vezes faz com que casos semelhantes tenham julgamentos completamente díspares, gerando nas partes uma sensação de insegurança e injustiça.

Esse risco de imprevisibilidade, se já é grave em demandas em que se discutem aspectos puramente econômicos, reveste-se de maior gravidade nas demandas de direito de família em que as partes estão cercadas por laços afetivos, muitas vezes afetados por mágoas recíprocas, rompimentos indesejados e com risco de dano à formação psicológica e emocional de menores. É nessas demandas, principalmente, que o magistrado e os advogados das partes devem estar atentos à seleção dos interesses merecedores de tutela, à inibição das demandas frívolas e ao seu papel de conseguir, da melhor forma possível, a pacificação social e a estabilização das relações familiares entre as partes.

Por isso devem ser selecionados, de forma racional e científica, de acordo com a razoabilidade e o critério de ponderação de interesses, quais as pretensões merecedoras de tutela, de modo que a solução do conflito não fique inteiramente à mercê da subjetividade do julgador.

31 Ibid. p. 125.

32 MORAES, op. cit. p. 172.

Schreiber³³ tenta estabelecer um método racional de seleção dos interesses merecedores de tutela a ser aplicado caso a caso, com base na técnica da ponderação desenvolvida originariamente em âmbito constitucional e que tem como um dos expoentes Robert Alexy. Basicamente, a técnica preconizada por Alexy consiste em realizar um sopesamento entre dois princípios conflitantes no caso concreto de modo a, em certa medida, obter a máxima realização dos dois princípios, ainda que um prevaleça momentaneamente sobre o outro no caso em questão³⁴. Não significa que um princípio anule o outro, pois princípios não se excluem já que são “mandados de otimização”. Apenas um prevalecerá momentaneamente sobre o outro na solução do caso concreto de forma que nenhum reste anulado. “Nada impede, portanto, que dois princípios informem uma decisão, cada um em certa medida”³⁵.

De acordo com Schreiber, a técnica de ponderação de princípios não estaria restrita ao âmbito constitucional, também podendo ser utilizada na solução de conflitos de normas-regra de direito civil, quando forem insuficientes os critérios clássicos de hierarquia, cronologia e especialidade³⁶. A aplicação da técnica de ponderação teria especial utilidade na teoria da responsabilidade civil e no direito de família, uma vez que esses ramos do Direito são permeados por normas de enunciado aberto e conceitos jurídicos indeterminados, possibilitando ao julgador preencher seu conteúdo à luz do caso concreto e cujos conflitos normativos não são solucionados facilmente pela simples aplicação dos critérios clássicos de solução de antinomias ou pela técnica da mera subsunção do fato à norma.

Por isso, altamente recomendável a utilização da técnica da ponderação no âmbito da responsabilidade civil no direito de família, mormente quando da seleção dos interesses merecedores de tutela em casos de conflitos de cunho extrapatrimonial como, por exemplo, nos danos morais decorrentes das relação familiares. Deve-se analisar no caso concreto, realizando a ponderação à luz da razoabilidade, qual interesse deve prevalecer na lide, se o do demandante ou o demandado. Desse modo, no âmbito da responsabilidade civil, “[...] a seleção dos interesses merecedores de tutela, para fins de aferição do dano, demanda a ponderação entre o

33 SCHREIBER, op.cit.

34 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

35 SCHREIBER, op. cit, p. 145.

36 Ibid..

interesse da vítima e o interesse do agente cuja conduta se afigura lesiva”³⁷. O magistrado deve, no caso concreto, sopesar os dois interesses antagônicos e verificar qual é o que merece mais tutela ou se ambos merecem alguma tutela e em que medida essa tutela deve ser concedida a cada um.

Não necessariamente a conduta do agente lesivo tem que ser de ilicitude manifesta, podendo-se revestir de aparente licitude, numa primeira análise. Por isso há que se distinguir a licitude ou ilicitude da conduta da ocorrência ou não do dano injusto, uma vez que a ocorrência de dano é objetivamente antijurídica, enquanto a ilicitude da conduta pressupõe um componente subjetivo de dolo ou culpa³⁸. A antijuridicidade do dano não pressupõe a ilicitude da conduta e, por isso, “Em nenhum momento mostra-se relevante para a aferição do dano saber se o agente poderia ou deveria ter se comportado de uma ou outra forma”³⁹.

Por isso a possibilidade de responsabilização por condutas lícitas, já que o dano em si é objetivamente antijurídico. É uma objetivação do dever de ressarcir o dano causado, ainda que a conduta não seja propriamente ilícita ou antinormativa. É uma consequência direta da evolução da teoria da responsabilidade civil uma ênfase maior na reparação da vítima do que na culpa do agente danoso. Nesse sentido a opinião de Maria Celina Moraes, no sentido de que a injustiça do dano não necessariamente tem a ver com a licitude do ato, já que mesmo atos lícitos podem ser passíveis de indenização, atribuindo tal fenômeno à evolução da teoria da responsabilização civil e ao seu “[...] giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto, que permite detectar outros danos ressarcíveis que não apenas aqueles que resultam da prática de um ato ilícito”⁴⁰.

A noção de ato ilícito, juntamente com a de culpa, é substituída pelo conceito de dano injusto, mais amplo e mais consentâneo com o princípio da solidariedade social no que se refere ao dever de indenizar. A injustiça do dano estaria relacionada à violação de algum interesse merecedor de tutela, ultrapassando os limites da necessidade de violação à disposição normativa estabelecida pelo legislador, com o magistrado avaliando as circunstâncias fáticas do caso concreto a fim de verificar se houve dano injustificado. Desse modo, com o fito de fundamentar a injustiça dos chamados “novos danos” pode-se dizer, em relação ao dano moral que:

37 SCHREIBER, op. cit, p. 156.

38 Ibid. p. 160.

39 Ibid.p. 162.

40 MORAES, op.cit. p. 177.

Tratar-se-á sempre de violação à cláusula geral de tutela da pessoa humana, seja causando-lhe um prejuízo material, seja violando direito (extrapatrimonial) seu, seja, enfim, praticando, em relação à sua dignidade, qualquer ‘mal evidente’ ou ‘perturbação’, mesmo se ainda não reconhecido como parte de alguma categoria jurídica.⁴¹

No entanto, não será toda e qualquer situação ensejadora de tristeza, sofrimento ou aborrecimento que levará a uma indenização por dano moral. Apenas “[...] aquelas situações graves o suficiente para afetar a dignidade humana em seus diversos substratos materiais, já identificados, quais sejam, a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade familiar e social [...]”⁴² é que ensejariam o dever de reparação.

Com base nessa preocupação de tutelar com condenação em dano moral apenas as situações graves que afetem a dignidade da pessoa humana e impedir a proliferação de demandas frívolas ou a banalização do dano extrapatrimonial a situações cotidianas de mero aborrecimento, Schreiber⁴³ propõe um método prático de aferição do dano, dividindo-o em duas fases.

Na primeira deve-se verificar se os interesses conflitantes merecem tutela in abstracto, ou seja, se são protegidos por alguma norma do ordenamento jurídico e se há prevalência entre elas (hierarquia entre normas). Na segunda etapa, caso ambos os interesses mereçam tutela e não haja prevalência em abstracto por algum dos interesses com pretensão a serem tutelados, deve o juiz aplicar a técnica da ponderação no caso concreto para decidir qual interesse deve prevalecer à luz das circunstâncias fáticas.

De acordo com Schreiber a técnica de ponderação consiste em analisar de forma comparativa “[...] o grau de concreta realização do interesse lesivo e o grau de concreta afetação do interesse lesado, extraíndo-se do dado normativo uma regra de prevalência válida para as circunstâncias particulares em exame”⁴⁴. O julgador deve procurar a justa medida que satisfaça ao máximo os dois interesses à luz do caso concreto, de modo que um interesse ceda em determinada medida para que o outro interesse não seja completamente anulado. Deve-se tentar uma compatibilização máxima, à luz das circunstâncias concretas, do grau de realização do interesse lesivo com o grau de afetação do interesse lesado.

41 MORAES, p. 184. (destaques nossos)

42 Ibid. p. 189

43 SCHREIBER, op cit. p. 163/170

44 Ibid..

Uma diretriz a nortear o magistrado em nosso sistema jurídico-constitucional seria a prevalência dos interesses existenciais sobre os patrimoniais decorrentes da proteção constitucional à dignidade da pessoa humana⁴⁵.

Na obra citada neste trabalho, Schreiber exemplifica a utilização de seu método de ponderação de interesses com alguns casos práticos relacionados aos “novos danos” cuja indenização se pretendeu perante o Judiciário. O que pretendemos fazer a seguir é, com base na ideia de sopesamento entre interesses de Schreiber, complementada pela noção de dano injusto e de tutela da pessoa humana da professora Celina Moraes, analisar o polêmico acórdão prolatado no RESP 1.159.242/SP que condenou determinado pai a pagar à filha dano moral por abandono afetivo, hipótese de “novo dano” que antigamente sequer se pensava em se pleitear ressarcimento perante o Judiciário.

3 DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO: ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL 1.159.242/SP⁴⁶ PELO STJ

Muita polêmica causou o recente julgamento do RESP 1.159.242/SP pelo STJ, cuja relatora foi a Ministra Nancy Andriighi que proferiu um voto considerado por muitos como inovador em termos de responsabilidade civil no âmbito das relações familiares.

O caso julgado consistia num pai, próspero empresário paulista, que teve filha decorrente de relação anterior ao seu atual casamento. A relação com a genitora da filha sempre fora conturbada, inclusive com agressões físicas ao requerido e importunações em seu ambiente de trabalho e até na cerimônia de seu casamento. Por conta disso, o requerido duvidou da alegação de paternidade que só foi reconhecida em sede judicial com a fixação da quantia de dois salários mínimos a título de obrigação alimentar.

Segundo a petição inicial, durante toda a vida da requerente o requerido jamais atrasou ou deixou de pagar a obrigação alimentícia judicialmente fixada. Apesar de sua estreita correição no tocante à pontualidade da obrigação alimentar, jamais compareceu a aniversários da filha, formatura ou qualquer outra ocasião comemorativa, também

45 SCHREIBER, p. 180.

46 BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*. (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012).

deixando de demonstrar afeto ou vontade de manter qualquer convívio, por mínimo que fosse, com a filha havida fora do casamento.

Por conta disso, ao chegar a maioridade, a filha ajuizou a ação requerendo indenização por danos materiais e morais, alegando que sofreu abandono psicológico e afetivo durante toda a sua infância e adolescência (fase da vida em que mais precisou do apoio paterno) e que, além disso, o pai realizava tratamento discriminatório em relação à prole, pois estava adquirindo propriedades imobiliárias de forma fraudulenta em nome dos outros filhos com o objetivo de lesar a autora no momento de divisão de herança.

A defesa do pai baseou-se, principalmente, na excludente de culpabilidade do réu, alegando-se que não foi sua opção não manter contato com a filha, pois isso teria ocorrido em virtude do relacionamento conturbado e litigioso com a mãe da autora, que impediria a aproximação do pai. Além disso, alegou-se a impossibilidade jurídica de indenização por dano moral em caso de abandono afetivo, uma vez que a única sanção prevista no código civil para tal conduta seria a perda do poder familiar, conforme disposto no artigo 1638, II do código civil (destaques nossos):

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Desse modo, além de não ter ocorrido culpa lato sensu do genitor, pelo fato da mãe da garota dificultar o convívio e a aproximação entre pai e filha, a única sanção que lhe poderia ser aplicada, segundo a defesa, seria a perda do poder familiar, pois somente essa teria expressa previsão legal.

Na primeira instância a demanda foi julgada como improcedente, pois o juízo a quo entendeu que, no tocante aos prejuízos materiais decorrentes da aquisição fraudulenta de propriedades em nome dos irmãos da demandante, estes já estariam sendo discutidos em sede de ação própria. Já no tocante ao dano moral por abandono afetivo, a sentença acatou a tese da defesa de exclusão da responsabilidade do requerido, atribuindo os problemas

de relacionamento à atuação especialmente agressiva da mãe da autora, aludindo a incidentes de agressividade da parte desta, inclusive agressão ao requerido no Fórum⁴⁷.

O Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a decisão no sentido de que ficou caracterizado o abandono afetivo causado pelo pai e o dano moral dele decorrente, fixando o valor da indenização no montante de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais).

O genitor interpôs recurso especial alegando as mesmas teses de exclusão da responsabilidade por culpa exclusiva de terceiro, já que seria a mãe da autora quem impedia o convívio com a filha durante sua infância e adolescência e, o que mais importa nesse trabalho, alegando a tese de impossibilidade jurídica de indenização por dano moral por abandono afetivo já que o Código Civil preveria como única sanção para a prática de tal conduta a perda do poder familiar. Subsidiariamente, requereu a redução do montante da condenação, haja vista sua desproporcionalidade e a dificuldade do convívio entre pai e filha causado pela genitora da recorrida (culpa de terceiro).

Em seu voto, a ministra relatora iniciou retomando os conceitos clássicos de responsabilização civil e a evolução da teoria do dano moral para concluir pela inexistência de óbice jurídico ao pagamento de indenização como compensação por abandono entre pais e filhos. Em sua digressão sobre os pressupostos da responsabilização, restou assentado que:

[...] não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família. Ao revés, os textos legais que regulam a matéria (art. 5,º V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas.⁴⁸

Ou seja, desde que haja um dano injusto causado por ato de outrem, exsurge a obrigação de indenizar, de acordo com os pressupostos clássicos da

47 Voto vista do ministro Sidnei Beneti no RESP 1.159.242/SP. Disponível in: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=19387353&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=3&formato=PDF. Acesso em: 25 jan 2015. p. 1

48 Voto da ministra Nancy Andrichi, relatora do RESP 1.159.242/SP. Disponível in: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14828610&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 25 jan 2015. p. 3.

responsabilização civil (dano, culpa lato sensu e nexu de causalidade). Assim, não é porque as relações de direito de família possuem suas peculiaridades marcadas por frequentes, mágoas, ressentimentos, afetividades e sofrimentos, que elas escapam à sistemática da responsabilização civil. Mormente no estágio atual da teoria da responsabilização em que, como já visto, a ênfase migrou da perquirição da culpa do autor do dano para a reparação/compensação da vítima e do prejuízo por ela sofrido.

Ademais, de acordo com o voto da ministra Nancy Andrighi, é falsa a tese da defesa de que a única sanção possível nos casos de abandono afetivo seria a perda do poder familiar, pois, analisando-se pelo aspecto teleológico, a função da perda do poder familiar é a proteção do menor pelo afastamento em relação a genitores que põem em risco a sua vida ou integridade física, seja por atos de negligência ou por maus tratos. Já a compensação por danos morais decorrentes do abandono afetivo visa justamente a compensar o dano já sofrido, sendo ambas as sanções compatíveis e complementares, pois atingem a objetivos diferentes.

Ademais, a simples perda do poder familiar sem o pagamento de indenização para a reparação do dano seria um prêmio para o genitor que quisesse se esquivar de suas obrigações, pois isso ensejaria dupla vantagem ao ofensor, já que se despojaria de suas responsabilidades familiares sem responder pelo dano moral, tornando-se verdadeiro incentivo ao abandono familiar).⁴⁹

Após afastar a tese da perda do poder familiar como sanção única para o abandono afetivo e, retomando os pressupostos clássicos da responsabilização civil, entender pela aplicação da sistemática de responsabilização aquiliana nas relações de direito de família, a relatora passa a analisar, no caso concreto, a existência de dano, culpa (sentido amplo) e nexu de causalidade que ensejassem o pagamento de indenização.

Como anteriormente visto, pela evolução das teorias da responsabilidade civil, atualmente o dano sofrido pela vítima é o elemento mais importante da responsabilização. Por isso ele é analisado em primeiro lugar. A relatora diz que o dano sofrido pela vítima tem índole essencialmente moral, uma vez que sua quantificação não pode ser feita pela simples aplicação da teoria da diferença nem sua apreciação pode ser feita levando em conta aspectos exclusivamente pecuniários. No caso concreto, trata-se de relação entre pai e filha cujo vínculo legal impõe

49 Voto vista do ministro Sidnei Beneti no RESP 1.159.242/SP. Op.cit. p. 2/3..

entre os deveres inerentes ao poder familiar, “[...] o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança”⁵⁰.

Esses deveres legais são impostos justamente porque na tenra infância e na adolescência a atenção e o cuidado dos pais revelam-se um “[...] fator curial à formação da personalidade do infante [...] alçado a um patamar de relevância que mostre o impacto que tem na higidez psicológica do futuro adulto”⁵¹.

No mesmo sentido a lição de Rizzardo, ao tratar do impulso psíquico e da necessidade que os filhos menores têm de estar na companhia dos pais e da importância desse convívio na formação da personalidade:

Impedir a efetivação desse impulso que emana do próprio ser traz graves prejuízos e frustrações na realização da afetividade, com irreparáveis efeitos negativos que repercutirão na vida afora, ensejando inclusive a indenização pelo dano moral que se abate sobre o filho. Realmente, a ausência de um dos pais resulta em tristeza, insatisfação, angústia, sentimento de falta, insegurança, e mesmo complexo de inferioridade em relação aos conhecidos e amigos. Quase sempre se fazem sentir efeitos de ordem psíquica, como a depressão, a ansiedade, traumas de medo e outras afecções⁵².

De acordo com esse entendimento, o abandono afetivo causa vários danos à formação da personalidade da criança e do adolescente, à sua autoconfiança e capacidade de socialização. Pode-se dizer que mais do que ofensa aos direitos da personalidade, o abandono afetivo representaria uma ofensa à personalidade em si e à saudável formação psíquica do indivíduo.

Assim, a Ministra Nancy Andrighi em seu voto deixou claro que o ordenamento jurídico estabelece, nas relações familiares, um dever de cuidado dos pais em relação à prole que, não necessariamente significa afeto, mas implica em obrigações mínimas, como o convívio, a proteção e a companhia, capazes de proporcionar o pleno desenvolvimento do menor em suas fases de formação da personalidade. Sendo assim, o dever jurídico não consistiria em amar, mas sim em cuidar do menor durante

50 Voto da ministra Nancy Andrighi, op.cit. p. 5.

51 Ibid. p. 6.

52 RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 692/693.

o desenvolvimento de sua personalidade, afastando-se, dessa forma, o principal óbice apontado por aqueles que adotam o discurso de que é impossível ao ordenamento jurídico impor a conduta de ter sentimentos por outra pessoa.

A responsabilidade por abandono afetivo adviria do desrespeito ao dever de cuidado, dever esse que surgiu do ato volitivo de procriar, sendo um corolário da liberdade das pessoas gearem filhos. A inobservância desse dever frequentemente gera danos à formação da personalidade dos menores, conforme comprovado pelos estudos psicanalíticos já realizados, sendo que esse dano é “in re ipsa”, ou seja, independente de comprovação já que é uma afronta direta aos direitos da personalidade.⁵³

No caso dos autos era incontroversa a existência do abandono afetivo, já que o próprio réu não negou o fato de que nunca se aproximou de sua filha, não comparecendo a nenhum dos momentos importantes de sua formação, apesar de pagar a pensão alimentícia religiosamente em dia. Restando incontroversa a existência do abandono afetivo, então evidente a ocorrência do dano, já que este é “in re ipsa”, por decorrer de ofensa a direito da personalidade. Logo, o primeiro elemento caracterizador da responsabilização civil restou plenamente configurado.

Analisando os autos e realizando a pesquisa de culpa no caso concreto, a douta relatora ponderou que existem certas situações que podem gerar distanciamento entre pais e filhos, como o divórcio, separações temporárias, alterações de domicílio, constituições de novas famílias, etc. Pode ser que realmente haja situações como nos casos de alienação parental, grandes distâncias geográficas ou limitações financeiras que realmente impossibilitem ou restrinjam bastante o convívio dos filhos com os pais. Nesses casos, realmente há de se aplicar a excludente de ilicitude, pois o abandono não decorre de ato voluntário do genitor.⁵⁴

Contudo, no caso dos autos, tratava-se de genitor abastado, próspero comerciante, que apenas forçadamente reconheceu a paternidade, apesar de fortes as evidências de sua presunção. Além disso, mesmo tendo possibilidades financeiras, sua conduta sempre se caracterizou pela ausência quase completa de contato com a filha e evidente descompasso de tratamento outorgado aos demais filhos, sendo evidentes as omissões do recorrente no tocante ao seu dever de cuidado em relação à recorrida com

53 MORAES, op.cit., p. 160.

54 Voto da ministra Nancy Andrighi, op.cit. p.10.

ações discriminatórias entre os filhos que privilegiaram parte da prole em detrimento da recorrida, o que denota a ilicitude de suas ações.⁵⁵Pode-se dizer que, mais do que culpa, a conduta do requerido caracteriza-se pelo dolo de não realizar pelo menos algum esforço, ainda que mínimo, de aproximação com sua filha ou de tratamento igualitário com os demais filhos.

Assim, evidenciada a existência do dano que ocorreu in re ipsa, (por se tratar de ofensa a direito da personalidade), constatada a ilicitude da conduta do genitor que dolosa ou negligentemente causou o abandono afetivo em relação a sua filha e verificado que há nexo de causalidade entre a conduta do ofensor e o dano sofrido pela vítima, restam plenamente configurados os pressupostos da responsabilização civil que fundamentam o dever de indenizar.

Contudo há de se destacar o alerta feito pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino no sentido de que essa responsabilização em sede de Direito de Família deve ser encarada de forma excepcionalíssima, com o Judiciário ponderando bem as condutas e circunstâncias do caso concreto de modo a não banalizar a condenação em danos morais ou sugerir uma patrimonialização das relações familiares. De acordo com o bem elaborado voto do douto julgador, a responsabilidade civil por dano moral no Direito de Família deve ser analisada com cautela uma vez que:

[...] pela própria natureza delicada dos relacionamentos familiares, a responsabilidade civil no Direito de Família não pode ser equiparada à responsabilidade civil extracontratual em geral, sob pena de se exigir, no trato familiar diário, uma cautela incompatível com as relações que se firmam no âmbito da família, além de se conduzir a uma indesejável patrimonialização das relações pessoais, justamente em seu viés mais íntimo. [...] Sendo assim, entendo que o reconhecimento de dano moral em matéria de família é situação excepcionalíssima, devendo-se admitir apenas em casos extremos de efetivo excesso nas relações familiares.⁵⁶

Assim, o julgador deve tomar cuidado para sopesar bem as circunstâncias do caso concreto, evitando tomar como molde as suas próprias relações familiares, já que cada família tem suas próprias peculiaridades e

55 MORAES, op.cit., p. 11.

56 Voto vista do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino p.2. Disponível in: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=21199377&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=3&formato=PDF Acesso em 25 jan 2015.

na criação dos filhos não há um modelo perfeito a ser observado, uma vez que “[...] não há como medir o grau de atenção de carinho e de cuidados dispensados pelos pais a sua prole, pois cada componente da célula familiar tem também a sua história pessoal”⁵⁷. Desse modo, a condenação em danos morais decorrentes de abandono afetivo deve ocorrer somente em situações extremadas de abandono completo e notório dos filhos, com reais danos à formação da personalidade e quando o progenitor descumpre totalmente seu dever de cuidado.

Essa é basicamente a ideia de Schreiber quando trata de seu método de sopesamento e ponderação de interesses na aferição dos chamados “novos danos” e na seleção dos interesses merecedores de tutela. Ao analisar especificamente o tema “dano por abandono afetivo”, o autor discorre detalhadamente sobre os dois interesses jurídicos que são abstratamente tutelados pelo ordenamento: de um lado o direito à liberdade do pai e de outro o direito do filho de ter sustento, guarda, companhia e educação proporcionada pelos seus genitores⁵⁸.

Verificando-se que ambos os interesses são tutelados in abstracto pelo ordenamento, passa-se ao segundo passo do método proposto que é verificar se o próprio legislador estabeleceu alguma prevalência legislativa de um interesse sobre o outro. No caso desse exemplo de embate entre os dois direitos, Schreiber entende que “O legislador, todavia, ao impor sobre o pai deveres de comportamento em face dos filhos, já estabeleceu a relação de prevalência entre tal liberdade e o interesse do menor à adequada formação da sua personalidade [...]”⁵⁹.

Assim, no caso concreto, o direito à liberdade do pai deve momentaneamente ceder (sem ser completamente anulado) ao interesse do menor em receber o sustento, guarda, companhia e educação de seus progenitores. Restará ao juiz, então, analisar se houve ou não desrespeito a essa preponderância de interesses no caso em lide, tentando sempre levar em consideração os fatos mais objetivamente o possível, como, por exemplo, a participação do pai no processo educacional, escolha da escola, frequência das visitas ao filho, atividades conjuntas de lazer e assim por diante⁶⁰.

57 Ibid. p. 3.

58 SCHEREIBER, op. cit. p. 182/184

59 Ibid. p. 183.

60 Ibid..

Rui Stoco também alerta para a necessidade de análise minuciosa do caso concreto pelo magistrado, a fim de evitar eventuais abusos de filhos insatisfeitos com episódios pontuais e específicos de sua criação e a banalização do dano moral por abandono afetivo, que só deve ser aplicado em casos onde restar caracterizado o total e completo abandono da prole pelos pais⁶¹.

Desse modo, verificando-se, concretamente, que os pais não violaram os deveres de sustento, guarda, companhia, educação ou criação dos seus filhos, assegurando-lhes uma saudável formação da personalidade ainda que em meio aos atarefados afazeres da vida cotidiana, isso significa que sua conduta foi lícita e que não causou nenhum dano injusto que ensejasse o dever de indenizar. Caso contrário, havendo completo abandono afetivo com dano ou risco à formação da personalidade, exsurge, ipso facto, o dever de indenizar.

A análise das circunstâncias do caso concreto também é necessária para fixar, majorar ou reduzir o montante da indenização. Foi isso que aconteceu no julgado em comento, uma vez que a indenização de R\$ 415.000,00 fixada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo foi reduzida ao montante de R\$ 200.000,00 pelos ministros do STJ que, apesar de reconhecerem o completo abandono afetivo por parte do genitor, deram parcial provimento ao recurso especial apenas para minorar o montante da indenização. Foi levada em especial consideração para possibilitar essa minoração a conduta da mãe da autora que, de acordo com a prova dos autos, dificultava em muito o convívio e o relacionamento entre pai e filha, com incidentes de agressão ao requerido nos corredores do fórum, com arremessos de pedras contra a casa do requerido, com a promoção de escândalos no local de trabalho do requerido e inclusive em seu casamento, quando a genitora buscou tumultuar a realização da cerimônia⁶².

Contra o acórdão proferido foi interposto o recurso de Embargos de Divergência, com o objetivo de unificar a jurisprudência do STJ já que em julgamento anterior proferido pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, entendeu-se pela impossibilidade jurídica de condenação em danos morais por abandono afetivo. Contudo, o recurso não foi sequer conhecido, alegando-se que não havia similitude entre as circunstâncias fáticas do

61 STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 946.

62 Voto vista do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino op.cit. p. 5.

caso julgado, de caráter excepcional, e as circunstâncias fáticas dos casos elencados como paradigmas, em que não foi constatado o abandono afetivo⁶³.

Como se vê, para negar seguimento ao recurso, mais uma vez alegou-se a necessidade de análise minuciosa do caso concreto e ponderação de todas as circunstâncias existentes. Somente no caso da constatação de grave e total abandono afetivo (como ocorreu no julgado analisado), justifica-se a adoção da excepcional responsabilização por dano moral na relação paterno-filial.

4 CONCLUSÕES

A lógica da responsabilidade civil vem continuamente migrando da ênfase na culpa do agente causador para a ênfase na facilitação da indenização da vítima, reparação do dano e prevenção dos atos ilícitos ou danosos. Essa evolução na teoria da responsabilização é mais condizente com os riscos existentes nas sociedades modernas e os enormes lucros que eles podem trazer para alguns. Dessa forma, é mais justo que se socializem os riscos e os lucros, enfatizando a necessidade de indenizar a vítima e reparar o dano causado, restabelecendo o equilíbrio existente antes do ato danoso. Também é uma lógica mais condizente com o atual estágio de evolução do estudo da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade dela decorrentes.

Nesse contexto se insere a responsabilização por danos morais decorrentes das relações familiares que, apesar de possuir peculiaridades próprias por estarem revestidas de sentimentos, afeto, mágoa ou ressentimentos, não se excepcionam à sistemática geral da responsabilização civil, mormente em sua atual fase de evolução com ênfase na reparação do dano causado à vítima.

Contudo, apesar de se enquadrarem na sistemática de responsabilização civil, as relações familiares devem ter suas peculiaridades respeitadas, devendo ser considerado o caráter excepcional e não ordinário dessa possibilidade de responsabilização, uma vez que as frustrações, conflitos e os sentimentos frequentemente experimentados no seio familiar são parte intangível da própria vida e contribuem para o crescimento e desenvolvimento de todos os membros da família.

63 BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*. EREsp 1159242/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/04/2014, DJe 23/05/2014). Grifos nossos.

Por isso, reveste-se de especial importância a análise minuciosa do caso concreto pelo magistrado, com a ponderação de todas as circunstâncias da lide, revelando-se insuficiente a mera técnica da subsunção dos fatos às normas, como se fosse possível uma regra geral apta a decidir todos os conflitos familiares. A técnica de sopesamento no direito civil preconizada por Schreiber, inspirada em Alexy, é uma importante ferramenta para se analisar a possibilidade de responsabilização.

É que as peculiaridades das relações familiares, todos os sentimentos e interesses envolvidos, fazem com que a noção clássica de culpa seja insuficiente para o deslinde do caso e para a pacificação social a ser obtida no seio do ambiente familiar, devendo ser este o objetivo último que o magistrado e os advogados das partes devem perseguir na solução da lide. Em última instância, em se tratando de relações de família, são todos culpados e ninguém tem culpa, devendo ser aferido, no caso concreto, com muita ponderação e razoabilidade, se realmente há a existência de um dano e se esse dano pode e deve ser reparado mediante compensação pecuniária.

Dá o caráter de excepcionalidade da responsabilização civil no âmbito do seio familiar, devendo o magistrado ter bastante sensibilidade na análise do caso concreto a fim de que a fixação de um montante indenizatório venha realmente apenas compensar um dano eventualmente sofrido por algum membro da família e não seja o causador de um abalo familiar ainda maior do que o dano alegado na inicial, tornando praticamente impossível o restabelecimento de laços familiares saudáveis.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL, *Lei 10.406 de 10 JAN 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 10 jan. 2015.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. (REsp 1159242/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/04/2014, DJe 23/05/2014).

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012).

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da Personalidade*. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

HERRERA, Edgardo Lopez. *Teoría general de La responsabilidad civil*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RECEBIDO EM: 07/09/2015

APROVADO EM: 29/02/2016

A TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA E O MITO DA (IN)DISPONIBILIDADE DOS INTERESSES FAZENDÁRIOS

*THE TRANSACTION IN TAX CONFLICTS AND THE MYTH OF
TREASURY'S INTERESTS INDISPONIBILITY*

*João Ricardo Catarino¹
Guilherme de Mello Rossini²*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Transação: conceito e Pressupostos; 1.A) A Preexistência do Conflito; 1.B) Direitos Duvidosos em Litígio; 1.C) A Indispensabilidade de Concessões Recíprocas; 1.D) Objetivo de Extinção do Litígio; 1.E) Transação Tributária no Direito Comparado; 2 Suposta (In)Disponibilidade do Interesse Fazendário; 3 Conclusão; Referências.

-
- 1 Doutorado em Ciências Sociais na Especialidade de Administração Pública pela Universidade Técnica de Lisboa; Mestre em Ciência Política pela Universidade Técnica de Lisboa; Pós graduado em Estudos Europeus pelo Instituto Europeu e Licenciado em Direito, ambos pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Professor do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa.
 - 2 Advogado. Intercambista na Université de Toulouse I - Capitole, ênfase em Direito Comparado (2012-2013). Certificações em Inglês e Francês modernos. Experiência na área do direito tributário e contabilidade tributária. Autor de artigos e outras publicações na área do Direito. Investigador associado no Centro de Admissão e Políticas Públicas, ISCP - ULisboa. Endereço para Curriculum Vitae: <<http://lattes.cnpq.br/5216488071370002>>.

RESUMO: A lei tem colocado à disposição das partes, desde há muito, meios de resolução de conflitos que admitem a autocomposição, como é o caso da transação. Esta figura tem sido largamente adotada, por muitos anos, como instrumento que permite, no âmbito do processo civil, terminar as dissensões entre partes. Mais recentemente, o direito público alargou os mecanismos dessa autocomposição admitindo a figura como forma de terminar diferendos entre partes, normalmente o Estado, através dos seus organismos, e os particulares. Mais difícil tem sido a adoção da figura (assim como da arbitragem) no direito tributário, com alguns fundamentos que manifestamente não colhem, pese embora a sua consagração expressa no Brasil. Esta pesquisa tem por objetivo analisar alguns dos mitos mais comuns em matéria de transação no direito tributário. Embora ela esteja consagrada no artigo 171 do CTN brasileiro, a figura vê recair sobre si algumas ideias preconcebidas. Ela discorre sobre a admissibilidade da transação como meio alternativo para a resolução de conflitos nesta matéria, aprofundando o debate em torno das pretensas dificuldades levantadas por alguns para a sua adoção neste campo do direito público.

PALAVRAS-CHAVE: Transação. Concessões Mútuas. Extinção do Crédito Tributário. Legalidade. Indisponibilidade do Erário. Interesse Público. Eficiência. Renúncia Fiscal.

ABSTRACT: The law has put at the disposal of the parties means of conflict resolution admitting the auto resolution, which is the transaction. This figure has been widely adopted for many years as a tool that allows, under civil process, to end the divisions among parties. More recently, the public law extended these mechanisms of auto composition admitting the figure as way to end disputes between parties, usually the state, through its agencies, and individuals. More difficult has been the adoption of the figure (as well as arbitration) in tax law, with some fundamentals that clearly do not reap, despite its consecration expressed in Brazil. This research aims to examine some of the common myths regarding transaction in the tax law. Although it is enshrined in Article 171 of the Brazilian CTN, the figure brings on itself some preconceived ideas. It talks about the admissibility of the transaction as an alternative mean for conflict resolution in this matter, deepening the debate on alleged difficulties raised by some for its adoption in the field of public law.

KEYWORDS: Transaction. Extinction of Tax Credit. Legality. Treasury's Indisponibility. Public Interest. Efficiency. Tax Resignation.

INTRODUÇÃO

A temática desta pesquisa é a da admissibilidade da transação no direito tributário como meio de extinção de conflitos em matéria tributária. A figura da transação no direito em geral tem sido largamente admitida, o que é compreensível, por se entender que fica sempre na disponibilidade das partes o poder de desistir, de chegar a acordos ou de restringir as suas pretensões num processo judicial ou fora dele.

A transação é, assim, um corolário lógico na natureza humana tal como ela é. Os homens são reconhecidamente livres para dirigir sua vida e bens. Por isso, ela busca sua racionalidade na autonomia da vontade e na liberdade de celebração, de estipulação e de seleção do tipo negocial que a todos é reconhecido, salvo restrição legal em contrário.

Esta pesquisa versa sobre a transação num domínio muito específico: o domínio das relações tributárias, conhecidos que são os melindres de que o poder-dever de cobrar tributo se rodeia.

Os objetivos a que nos propomos são, em primeiro lugar, os de precisar os termos empregues pela lei brasileira a propósito da transação no campo das relações tributárias e de delimitar o conceito de “direitos duvidosos em litígio”, articulando-o com as ideias de indispensabilidade de concessões recíprocas e de extinção do litígio, exigidos pelo CTN. Depois, procuramos melhorar a sintonia em torno dos conceitos de “direitos duvidosos” e de “concessões recíprocas”, tendo por objetivo a sua melhor precisão.

Faz-se, de seguida, um excursus sobre a figura da transação tributária no direito comparado e aborda-se criticamente a ideia da pretensa (in) disponibilidade do interesse fazendário para defender que nada obsta, no plano dos princípios, sua ampla adoção na relação tributária. E procura-se recolocar a tradicional ideia de “interesse fazendário”, reposicionando-a à luz dos novos contextos, princípios e valores.

Esta temática tem manifesta atualidade e interesse científico e acadêmico. De um lado, encontram-se pretensões em relação às quais os poderes públicos são muito sensíveis, a saber, o de cobrar tributo, e, de outro, os melindres próprios da percepção dos contribuintes sobre esse mesmo dever.

Tais especiais sensibilidades geram, como bem se vê, a necessidade de admitir e de dotar a figura da transação em direito tributário de um

fino e preciso recorte para garantir que os deveres emergentes possam ser exercidos dentro dos limites da lei e da Constituição Federal.

Acrescem a tais especiais sensibilidades os novos desafios emergentes da globalização, da desintermediação, da desmaterialização e da deslocalização dos fatos tributáveis têm alterado o lugar e o papel do Estado soberano.

Ora, com tudo isso, é certo que a relação tributária não é imune à mudança e tem-se despedido da sacralidade com que tradicionalmente se revestiu, sendo de esperar, no futuro, um Estado mais próximo dos cidadãos e das empresas, isto é, mais disposto a discutir a constituição do dever de imposto.

Vejamos pois

1 TRANSAÇÃO: CONCEITO E PRESSUPOSTOS

Como é sabido, em sentido jurídico restrito, a expressão transação deriva da expressão latina *transactio*, resultando do verbo *transigere*, que significa transigir, abrangendo a ideia de renúncia a alguma coisa. Do que se trata, aqui, é da autocomposição de obrigações litigiosas ou duvidosas³. Dela resulta (i) um acordo entre as partes; (ii) a direta intenção de por fim a um litígio; e (iii) a existência de concessões mútuas por ambas partes⁴.

O art. 156, inciso III, do Código Tributário Nacional determina que a transação extingue o crédito tributário. Depois, o art. 171 do Código Tributário Nacional estabelece que: “A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüentemente extinção do crédito tributário”.

No seu parágrafo único assegura que “A lei indicará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso”. A figura não assume, no direito tributário, uma natureza distinta, pois, também aqui, ela visa prevenir ou terminar litígios mediante concessões recíprocas entre os sujeitos da relação jurídica tributária⁵.

3 Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 10. ed. v. 2, Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo Ltda., 1955.

4 MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Doutrina e prática: das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*. Curitiba. Typ. e Lith. a vapor Imp. Paranaense, 1908, passim.

5 Cf. NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Comentários ao código tributário nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Ela tem, assim, por características, (i) existência de lei autorizadora (art. 97 do CTN)⁶; (ii) condições previstas na lei; (iii) concessões mútuas entre os sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária; (iv) fim do litígio; (v) extinção do crédito tributário; e (vi) lei habilitante.

Com efeito, a autocomposição passou a ser mais amplamente recepcionada no campo tributário a partir da inserção de dispositivo expresso no Código Tributário Nacional, autorizando a transação como forma de extinção do crédito tributário. De tal sorte, seu artigo 171 é claro no sentido de permitir a transação realizada entre sujeito ativo e passivo da relação tributária, nos limites de lei a ser editada com o fim específico de regular essa forma de extinção.

Porém, de início, é preciso sucintamente buscar o alcance desse conceito, que nasceu e se desenvolveu no berço do direito civil. Ainda sob a égide do Código Civil de 1916, houve uma cisão muito nítida na doutrina, acerca da definição da sua natureza jurídica. Nomes como PONTES DE MIRANDA, CAIO MÁRIO E ORLANDO GOMES defendiam a natureza contratual do instituto, pois que um de seus pressupostos é a concessão mútua. Fosse um ato unilateral, com vistas a extinguir ou prevenir o litígio, em favor da pretensão contrária, cuidar-se-ia, pura e simplesmente, de uma renúncia ao direito⁷.

Entretanto, Clóvis Beviláquia manteve posição diversa, afastando a natureza contratual, à medida que a transação visa à extinção da obrigação, somente podendo ser caracterizado contrato o acerto cuja finalidade seja a criação de obrigações entre as partes. Não foi, contudo, tal ilação a prevalecente:

Atualmente, contudo, reitere-se que prevalece o entendimento no sentido de que o objetivo primordial da transação não é apenas extinguir obrigações, mas prevenir ou extinguir litígios, o que pode ser realizado inclusive mediante a instituição de novas obrigações. Ademais, ainda que a transação tenha como consequência a extinção de obrigações,

6 Esta necessidade resulta do princípio da legalidade em matéria tributária, com relação ao qual Paulo de Barros Carvalho, veio afirmar: “O princípio da indisponibilidade dos bens públicos impõe seja necessária previsão normativa para que a autoridade competente possa entrar no regime de concessões mútuas, que é da essência da transação”. (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 461).

7 “A autocomposição pode ser unilateral, quando a atitude altruísta é proveniente de apenas um dos envolvidos; ou bilateral, quando o altruísmo caracteriza a atitude de ambos. A autocomposição unilateral se manifesta pela renúncia, quando aquele que deduz a pretensão (atacante) dela abre mão, ou pela submissão, quando o atacado abre mão de sua resistência. A autocomposição bilateral se manifesta pela transação, acordo caracterizado por concessões recíprocas, ou seja, quando todos os envolvidos em um conflito abrem mão de parte de sua pretensão enquanto o atacado abre mão de resistir à nova pretensão, já reduzida.” (CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 48).

isso não retira a sua natureza contratual dos negócios jurídicos que buscam extinguir ou modificar obrigações.⁸

Visto isso, ainda são exigidos três pressupostos para a caracterização de transação (em sentido técnico-jurídico, pois não se ignora sua plurivocidade), a saber, o conflito, a finalidade de dirimi-lo e a existência de concessões recíprocas, pressupondo acordo.

1.A) A Preexistência do Conflito

Quanto ao primeiro aspecto, persiste alguma divisão doutrinária no tocante à espécie de conflito e à necessidade de que paira dúvida (sob a ótica subjetiva) acerca da melhor solução jurídica ao conflito. Esse debate, de consequente, se estende à transação no âmbito tributário:

Para que seja possível a transação no Direito Tributário impõe-se tenha sido já instaurado o litígio, mas não se há de exigir que este se caracterize pela propositura de ação judicial. Basta que tenha sido impugnado, pelo sujeito passivo da obrigação tributária, um auto de infração contra o mesmo lavrado. É necessário pelo menos que se tenha estabelecido uma pendência, dando lugar a instauração de um procedimento administrativo a ser julgado pelo órgão administrativo competente.⁹

Tal conflito, cumpre esclarecer, não necessita estar judicializado para dar ensejo à transação. É que, apesar de alguns denominarem o conflito judicial de “litígio”, reservando este termo exclusivamente à fase judicial de resolução, não se há de restringi-lo na interpretação da lei tributária (conquanto esta própria se valha do termo “litígio”), visto que não se apura da teleologia normativa o rigor técnico que tal taxonomia propõe:

Agora, divergem os autores a propósito das proporções semânticas do vocábulo litígio. Querem alguns que se trata de conflito de interesses deduzido judicialmente, ao passo que outros estendem a acepção a ponto de abranger as controvérsias meramente administrativas. Em tese, concordamos com a segunda alternativa. O legislador do Código não primou pela rigoroso observância das expressões técnicas, e não

8 FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. Transação como forma de extinção do crédito tributário: eficiência e celeridade. *Revista do Mestrado em Direito*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 206, jan./jun. 2013. .

9 MACHADO, Hugo de Brito. A Transação no Direito Tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 75, p. 63, dez. 2001.

vemos por que o entendimento mais largo viria em detrimento do instituto ou da racionalidade do sistema.¹⁰

Portanto, tem-se muito claro que basta a instauração do contencioso administrativo, o qual é precedido do lançamento (não se admite a transação preventiva, como se verá), seja em que modalidade for. Ficam excluídos, contudo, os processos de consulta e congêneres, dada a ausência de litigiosidade.

1.B) Direitos Duvidosos em Litígio

Para além do conflito, todavia, boa doutrina considera requisito essencial a existência de direitos duvidosos na disputa¹¹. Assim, para que se iniciem as tratativas visando às concessões recíprocas, as partes não podem estar convictas, quer dos elementos de fato, quer de direito, de modo a pensar que sua interpretação é a única plausível no cenário litigioso:

Esclareça-se que, para a corrente que considera a dúvida como item essencial, há ainda a divergência se esta seria subjetiva (quando surge no espírito das partes) ou objetiva (na hipótese de existir dúvida real a respeito do fim da lide). Nesse ponto, a posição que prevalece no âmbito doutrinário é no sentido de que a existência do litígio é suficiente para gerar a possibilidade de transação, não representando elemento essencial a existência de uma dúvida, a qual seria um aspecto apenas accidental.¹²

O entendimento supra, porém, segundo o qual a existência de dúvida é dispensável, somente prevalece na transação do direito comum. Na seara tributária, por outro lado, tem mais ressonância a posição de que “O seu requisito essencial é que haja direitos duvidosos ou relações jurídicas subjetivamente incertas”¹³. No mesmo sentido, o requisito essencial da transação tributária é a existência de direitos duvidosos ou relações jurídicas subjetivamente

10 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 499.

11 Para uma explicação minuciosa do pressuposto, ouça-se: “Se uma das partes possuísse a certeza de que a demanda posta em juízo lhe traria somente vantagens, certamente não realizaria a transação. A incerteza é indispensável. Se a certeza fosse no sentido contrário, quando a parte é convicta de que não terá vantagens, certamente poderá optar por outras posturas. Quando se fala em vantagens, não se tem em mente somente a vitória no processo. Não são poucas as ocasiões em que alguém se dispõe a celebrar transação mesmo diante da convicção profunda de que será a seu favor o desfecho do processo. Todavia, é possível que a satisfação de seu interesse, por essa via não venha no tempo desejável, residindo aí a incerteza que origina o ânimo de transigir. A dúvida não incide somente sobre o resultado material do processo, mas sobre todos os demais fatores, que só mesmo o litigante é capaz e legítimo para discernir” (CALMON, op. cit., p. 64).

12 FERNANDES, op. cit., p. 207.

13 TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 18. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 300.

incertas, revelando-se necessária a reciprocidade de concessões para se pôr fim à controvérsia e, conseqüentemente, extinguir o crédito tributário.¹⁴

Essa dúvida, porém, não é a respeito do direito em si, uma crise sobre o que vai ao encontro da Justiça ou da melhor interpretação jurídica. As partes observam o sistema ao qual se submetem, e nele há chances de prevalecer a tese contrária. Portanto, mesmo que se convencendo da posição sustentada incondicionalmente, a transação, mediante concessões recíprocas, pode ser mais adequada sob a perspectiva do maior benefício a ser alcançado:

A dúvida, como elemento impulsionador da transação, não é aquela subjetiva, oriunda da própria situação de fato (*res duvia*), mas sim a dúvida objetiva, decorrente da lide (*res litigiosa*), da aferição de divergência entre dois sujeitos a respeito da existência ou não de um direito material. É certo que a caracterização da transação pela incerteza objetiva não elimina a hipótese fática de coexistir dúvida subjetiva. Todavia, essa dúvida subjetiva é irrelevante, ou seja, não importa se as partes estão ou não totalmente convictas de seu direito, mas sim se há uma incerteza quanto ao que será resolvido sobre ele (e quando será resolvido), quer pelo juiz, no processo, quer pelas próprias partes, em futuro acordo.¹⁵

Nesse compasso, há de se assimilar que não fere qualquer princípio da Administração Pública o reconhecimento, por seus agentes, de dúvidas exegéticas, nem tampouco fere o seu dever de agir, porquanto a eles – frise-se – a atividade interpretativa igualmente se impõe. Vale dizer, o princípio da legalidade estrita não faz desaparecer o que à aplicação da norma é ínsito: a necessária extração de sentidos, condutas de agir ou de se abster, e da qual se deduz, não raro, mais de uma interpretação plausível.

Ademais, não se confunda a discricionariedade aceita para determinados atos com a interpretação jurídica em si. Isso porque esta é inafastável em qualquer aplicação ou análise de norma, ainda quando empregado o método da literalidade. No âmbito tributário, à luz do art. 142 do CTN, o lançamento consiste num ato vinculado, não havendo margem discricionária para determinação dos valores; porém, certamente a matéria tributável pode ser de difícil identificação, bem como a situação fática quedar em zona de penumbra legislativa.

14 TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 12. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 298.

15 CALMON, op. cit., p. 64.

Aliás, no caso do juízo discricionário, somente se vislumbra uma autorização para uso dos expedientes da conveniência e oportunidade após o descortino do conteúdo normativo via técnicas usuais de exegese (histórica, literal, teleológica etc), fixando-se a abrangência do comando e os direitos outorgados aos sujeitos. O implemento desses expedientes consubstancia uma segunda fase, que inexistente para os atos vinculados, aos quais a norma estabelece todas as balizas de atuação dos agentes.

Desde logo porque os valores da indisponibilidade, da legalidade, do consentimento ou outros, próprios dos tributos, não ficam prejudicados. O primeiro porque não há ainda direitos afirmados sobre os quais se possa, eventualmente, dispor. Os demais porque estamos do domínio da análise dos fatos ou da interpretação das normas jurídicas, não no da aceitação de realidades ou resultados interpretativos inaceitáveis, contrários à lei ou violadores da vontade expressa no momento da sua aprovação.¹⁶

Sendo assim, a interpretação técnico-jurídica é fundamental em qualquer caso, apesar de carregar em si uma dose de subjetividade indissociável. Ora, mas nem por isso está-se afrontando o princípio da impessoalidade, já que, não importa quem seja o executor da norma, este deixará uma impressão pessoal. E, em virtude dessa condição humana insuperável, a diversidade interpretativa é tolerada pelo ordenamento jurídico, inclusive quando se cuida da Administração Pública, cujos representantes não são seres robóticos, mas recrutados do seio social, sob pena, ao demais, de relegar o sistema à total inoperabilidade.

1.C) A Indispensabilidade de Concessões Recíprocas

No mais, consubstancia pressuposto à transação (no seu aspecto puro) a ocorrência de concessões recíprocas. De fato, quando apenas uma das partes revê sua posição na lide, desistindo do que constitui óbice à pretensão contrária, está-se diante de verdadeira renúncia ao direito:

O último requisito da transação é a existência de concessões recíprocas. Vale dizer, para que o instituto seja caracterizado como transação, ambas as partes devem ceder um pouco de suas pretensões em prol de um resultado comum.¹⁷

16 CATARINO, João Ricardo Catarino; FILIPPO, Luciano Gomes. *A transação sobre questões de fato e sobre a interpretação das normas fiscais: novas perspectivas para resolução de litígios*. 2014, p. 7.

17 FERNANDES, op. cit., p. 209.

De forma pacífica na doutrina, tem-se “Para que se caracterize a infração torna-se necessária a reciprocidade de concessões, com vista ao término da controvérsia. Renúncia ao litígio fiscal sem a correspondente concessão é mera desistência, e, não, transação”¹⁸. Noutras palavras, o contribuinte desiste de discutir administrativamente ou judicialmente o débito tributário e se dispõe a pagá-lo nas condições e termos propostos pela Fazenda Pública. Do outro lado, o Estado renuncia parcialmente à pretensão de receber os créditos de que se arroga na integralidade.

Muito embora, valendo-se da terminologia processual, mais corretamente seria falar em renúncia ao direito, do que propriamente de desistência, hipótese na qual se abre mão do feito, implicando a extinção do processo sem resolução de mérito (art. 267, VIII, CPC).

Da parte fazendária, as concessões não se reduzem à minoração de multas e penalidades, em cuja dosimetria há certo grau de discricionariedade quanto ao dolo, mas também a respeito da fixação de bases de cálculo, mormente se derivarem de presunções, estimativas ou ficções de que se vale o Fisco para otimizar a tributação. Nesse sentido, tais mecanismos encerram zonas cinzentas de interpretação, o que recomenda fortemente uma participação do contribuinte no delineamento fático, evitando-se o litígio comumente instaurado diante de atos unilaterais:

Há duas grandes tendências mundiais em matéria tributária que desenvolvem poderosamente o litígio: o sistema baseado na autoliquidação e a utilização massiva de conceitos indeterminados, com a aplicação de presunções e ficções. No caso da utilização de conceitos indeterminados, o aspecto diferencial da litigiosidade gerada na interpretação dos textos legais tributários se refere ao fato de que, muitas vezes, ambas as partes – Administração e contribuinte – sustentam interpretação que pode ser considerada legítima. Além disso, sabe-se que as leis fiscais, através do uso de presunções e ficções, quantificam o montante devido a partir de uma série de elementos irreais, virtuais, uma verdadeira fabricação de fatos que atribui ao contribuinte o ônus de provar que determinado fato não é verdadeiro.¹⁹

18 TORRES, op. cit., 2011. p. 300.

19 CATARINO, João Ricardo Catarino; FILIPPO, Luciano Gomes. *A transação sobre questões de fato e sobre a interpretação das normas fiscais: novas perspectivas para resolução de litígios*. 2014, p. 2.

Por outro lado, as concessões do contribuinte estão ligadas ao exercício do direito de defesa e à submissão de fiscalização mais rigorosa. Ou seja, pode ter de aceitar as reduções das penalidades no patamar previsto em lei, o depósito do montante integral do crédito e em dinheiro imediatamente após a conclusão do acordo, renunciando, ademais, às vias recursais administrativas ou judiciais para rediscutir a exação.

Essa condição de não mais poder levar às vias judiciais a discussão encerrada no acordo também não fere o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF1988). É que, da mesma forma que a sentença arbitral é plenamente aceita como substituto do provimento jurisdicional, constituindo título executivo extrajudicial, impassível de reforma no seu conteúdo, salvo as nulidades intrínsecas, o acordo fruto de transação, nessa esteira, pode verter os mesmos efeitos no mundo jurídico.

1.D) Objetivo de Extinção do Litígio

Finalmente, como consequência da transação tributária, haverá a terminação do litígio, não sendo, por isso, permitida a forma preventiva de transação. O que se explica, coerentemente, pela obrigatoriedade do lançamento pelo agente fiscal, sempre que se depara com matéria – ainda que só aparentemente – tributável.

De conseguinte, cabe ao contribuinte impugnar o ato praticado, indicando o erro fático perpetrado ou suscitando interpretação jurídica diversa para a situação em tela. Nessa fase, abrir-se-ia a primeira oportunidade (que é ainda administrativa) para a transação:

Contudo, é preciso atentar para as acepções indicativas de conformação, delimitação da solução da contenda – o que remete ao núcleo das concessões mútuas no ajuste para extinguir o crédito tributário. Ademais, determinar o litígio pode indicar a discussão sobre a incerteza (subjéctiva) até sua elucidação pela compreensão recíproca entre os litigantes. Nessa perspectiva, a transação envolve a superação da polémica pelas partes, solucionando o litígio que esteja em processamento administrativo ou judicial.

No direito processual, a transação é aplicação prática do princípio dispositivo. O legislador listou a transação como causa de extinção do processo com julgamento do mérito (CPC, art. 269, III), prestigiando a

autocomposição das partes que decidam encerrar o litígio, estendendo a essa seara a dúplice finalidade do ajuste: solucionar a dúvida ou o litígio em uma obrigação e encerrar o processo a ele relacionado. Por isso, o juiz pode homologar sobre matéria que ele não conheceu (CPC, art. 584, III).²⁰

Isso demonstra que, na transação, não se dispensa a argumentação combativa; porém, o debate se trava com próprio o editor do ato – horizontalmente –, que o pode rever sem incorrer em contradição, pois, ao revés, com isso demonstra o verdadeiro espírito de tributação participativa. Nesse quadro, o contribuinte aporta novas informações ou prismas jurídicos, que são eventualmente recebidos pela Administração como aperfeiçoamentos da atividade fiscal.

Ao contrário do que sucede no direito civil, em que a transação tanto previne como termina o litígio, nos quadrantes do direito tributário só se admite a transação terminativa. Há de existir litígio para que as partes, compondo seus mútuos interesses, transijam²¹.

Conquanto essas últimas linhas deem a impressão dum cenário romântico na relação tributária, ao passo que a praxe a apresenta como uma digladiação impiedosa, cuida-se de mais uma tentativa (como tantos outros já o tentaram) de lhe afastar a visão maniqueísta insistentemente aposta, mais do que noutros tipos de disputa. É certo, todavia, que há um conflito de interesses; mas nada impede – tal qual noutros ramos jurídicos – uma composição mutuamente benéfica, já que o impasse se analisa objetiva e pragmaticamente, e não sob a ótica turva do oposicionismo.

Não há restrição sobre a matéria em torno do qual se concentre a lide, mas tão somente que o objetivo não seja prevenir, impedir o litígio – porquanto, se o intuito for de afastar a própria obrigação tributária em abstrato, invalidando-se a lei que a institui, tal é de competência exclusiva do Poder Judiciário, mesmo porque a Administração, enquanto braço executor, não pode per si deixar de aplicar comando normativo²². Deve-se, então, visar à extinção de litígio – situação em concreto – já instaurado.

20 ARAÚJO, Nadja. (In)disponibilidade dos tributos e os meios de solução dos litígios. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 8, n. 35, p. 206-207 jan./fev. 2006.

21 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 461-462.

22 “Nesse sentido, um litígio enformado em processo de consulta não admite a composição intersubjetiva. A competência administrativa para processar e responder a questão apresentada exclui uma faculdade para ajustes e, ademais, nesse estágio de materialização da obrigação tributária não há crédito tributário constituído, não havendo correspondência com a ordenação do art. 171 do CTN.

A discussão sobre a obrigação tributária, anterior à respectiva constituição do crédito correspondente, pode ser apresentada à jurisdição com o pedido de tutela para declarar a invalidade da lei de posituação da hipótese de incidência e da consequência impossibilidade jurídica de constituição do crédito tributário (ou

Quanto à nomenclatura empregada, há ainda um coro doutrinário a sustentar o erro redacional do art. 171 do CTN, à medida que se refere à “determinação do litígio”, com o fito de excluir a modalidade preventiva, e de circunscrever a transação apenas às hipóteses de extinção. O termo “determinação”, contudo, não estaria de todo equivocado, pois também comporta o sentido de pôr fim, dar cabo; doutro giro, há ainda uma explicação oriunda do direito comparado que não pode ser ignorada:

Nesta linha, tornou-se extremamente comum nos depararmos com edições do CTN em que há nota da editora esclarecendo que “muito embora a expressão ‘determinação’ tenha constado na redação original do dispositivo, publicada no Diário Oficial da União, acredita-se que o correto seria ‘terminação’”. E todos (ou quase todos) têm-se dado por absolutamente satisfeitos com esta explicação, talvez até porque o tal erro de digitação pareça demasiado “óbvio” para merecer análise mais detida.

Mas a questão não é tão simples. A transação, em muitos países, é sim forma de determinação de litígios. E neste sentido, fez-se constar expressamente do art. 51 do Modelo de Código Tributário para a América Latina de 1966 que “a transação é admissível relativamente à determinação dos fatos e não relativamente ao significado da norma aplicável”. Da mesma forma, o Código Orgânico Tributário da Venezuela dispôs em seu art. 58 ser possível a adoção da via transacional para a “apuração de fatos” (utilizada a expressão nitidamente com o sentido de determinação ou elucidação de fatos, previsto no Código Modelo).²³

Em função duma conscientização acerca do cenário caótico de asoberbamento de processos tributários, tanto judiciais quanto administrativos, cujo trâmite até as últimas vias não só custa um tempo precioso, mas uma estrutura por demais cara, os sistemas fiscais de outros países, na Europa e o dos Estados Unidos da América, vêm recepcionando os meios autocompositivos na seara tributária com bem maior hospitalidade.

de exigência do adimplemento de outro(s) dever(es) tributário (s), no caso das atividades relacionadas à fiscalização e ao controle dos atos de informação). Cabe ao Poder Judiciário decidir a respeito e exigir o cumprimento de sua decisão pelas partes litigantes, nesse segmento repelida a aplicação do Código de Processo Civil, art. 269, III – regra meramente adjetiva eventualmente reivindicada para finalização transacional desse tipo de processo judicial –, porque não há o fundamento de direito tributário (material) para o acordo intersubjetivo em tal circunstância.” (ARAÚJO, op. cit., p. 208).

23 GOLDSCHMIDT, Fábio Brun. Arbitragem e Transação Tributária – Verificação de compatibilidade. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 48, p. 59, 1999.

E tal postura, por representar nítidos avanços, tem aperfeiçoado esses sistemas, agradando a todos os envolvidos.

1.E) Transação Tributária no Direito Comparado

Visto, então, que nos grandes sistemas jurídicos estrangeiros os entraves de ordem principiológica já foram, em grande medida, superados, a fase de discussão não se concentra na compatibilidade com o interesse público, mas em mecanismos de operacionalização. Por isso, envolvendo dúvidas acerca dos fatos ou direito na lide tributária, a doutrina americana apresenta alguns requisitos essenciais ao instrumento transacional:

O offer in compromise, previsto no § 7122 do IRC, por sua vez, é uma oferta de pagamento em dinheiro efetuada pelo contribuinte em valor inferior ao seu débito tributário. Em outras palavras, trata-se de uma proposta de transação efetuada pelo contribuinte. A Fazenda poderá aceitar tal proposta quando existirem motivos que justifiquem a redução do valor de sua dívida frente ao Fisco.

Essa modalidade de acordo é mais abrangente do que a anterior, podendo envolver, inclusive, matéria penal. A competência para celebração dos offers in compromise varia em conformidade com o momento em que este é realizado. Compete ao Secretário de Tesouro celebrar esses acordos antes do encaminhamento do caso para o Departamento de Justiça norte-americano. Após o encaminhamento, a competência passa para o Procurador-Geral ou alguém por ele delegado.

Três são os fundamentos que justificam a aceitação de uma proposta desse gênero pelo Fisco: (a) dúvida quanto à responsabilidade do sujeito passivo (doubt as to liability): quando houver controvérsia quanto à existência ou o valor do tributo devido; (b) dúvida quanto à responsabilidade de pagamento do contribuinte (doubt as to collectibility): quando o contribuinte não tiver condições financeiras de pagar a totalidade do valor devido ao Fisco; e (c) dúvida quanto à efetividade da Administração Tributária (effective tax administration): quando a política pública ou a equidade indicarem conveniente.²⁴

24 OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. A Transação em Matéria Tributária no Direito Comparado. *Revista Brasileira de Direito Tributário*, São Paulo, n. 41, p. 176, nov./dez. 2013.

Já no Velho Mundo, tais ideias progressivas também ganharam força. Vale dizer, no direito fiscal espanhol, as actas de conformidade e as actas con acuerdo, cada qual com suas peculiaridades, adquiriram espaço na resolução de conflitos, sobretudo quando envolvidas situações de incerteza fática. Ou seja, há uma restrição quanto à interpretação jurídica, mas garantida uma definição participativa dos fatos.

As actas de conformidade estão muito ligadas à consolidação duma praxe, sem estarem explicitamente previstas em lei. Traduzem-se numa proposta de liquidação do tributo devido pelo contribuinte, a partir do que uma negociação com a autoridade fiscal se inicia. De outro lado, a acta con acuerdo tem procedimento legal específico, delineado um procedimento de definição dos fatos:

O referido procedimento está previsto no artigo 155 da LGT [Lei Geral Tributária] espanhola, segundo o qual a ata com acordo deve ser utilizada (i) quando, para a elaboração da proposta de regularização, seja necessária a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, (ii) quando seja necessária a apreciação de fatos determinantes para a correta aplicação da norma ao caso concreto, ou (iii) quando seja preciso realizar estimativas, valorações ou edição de dados, elementos ou características relevantes para a obrigação tributária que não possam ser quantificados de forma exata.

Além disso, de acordo com a lei, a ata com acordo deverá conter resumidamente: (a) o fundamento da aplicação, estimativa, valoração ou mediação realizada; (b) os elementos de fato, fundamentos jurídicos e quantificação da proposta de regularização; e (c) manifestação expressa de conformidade do contribuinte com a totalidade do conteúdo da ata.²⁵

Ainda, no direito italiano e alemão, cujos instrumentos são, respectivamente, o *accertamento con adesione* e a *entrevista final* (termo já traduzido), também prepondera a ideia de se permitir a transação apenas diante de dúvidas, e mais restritivamente, apenas quanto a aspectos fáticos. Nessa medida, entende-se que, estando a autoridade apta a deliberar sobre o caso dado (isenta de dúvidas relevantes), por lei está jungida a atuar de ofício, sem a intervenção prévia do contribuinte:

Todavia, conforme ressaltado por MARÍA JOSÉ MESA GONZÁLES, somente se deve atribuir caráter vinculante ao acordo realizado na *entrevista final* nos

25 CATARINO, João Ricardo Catarino; FILIPPO, Luciano Gomes. *A transação sobre questões de fato e sobre a interpretação das normas fiscais: novas perspectivas para resolução de litígios*. 2014, p. 11.

casos em que a determinação dos fatos seja impossível, extremamente difícil ou suponha um custo desproporcional para a Administração, conforme reiterada jurisprudência do Tribunal Financeiro Federal alemão. Com isso, a entrevista se assemelha, nesse aspecto, com os acordos realizados na Espanha e na Itália.

Como o objetivo da entrevista final é garantir o direito de audiência do contribuinte no procedimento de fiscalização, ele pode renunciar à sua realização. Da mesma forma, a entrevista final não se considera necessária se, no curso da fiscalização, a Administração tributária toma conhecimento de fatos que não haviam sido revelados. Em outras palavras, ela não é obrigatória nem para o contribuinte, nem para a Administração.

De acordo com o Tribunal Financeiro Federal alemão, somente gozam de eficácia vinculante os acordos que cumpram os seguintes requisitos: (a) em primeiro lugar, que versem – como já afirmamos – sobre fatos de impossível ou difícil determinação ou cuja determinação suponha um custo desproporcional para a Administração; (b) em segundo lugar, que o acordo não seja manifestamente improcedente; (c) por fim, que na celebração do acordo haja participado um funcionária designado para a correspondente unidade fiscal.²⁶

Por aí, demonstra-se uma maior abertura do direito estrangeiro para outros meios adequados de resolução de conflitos²⁷ no campo fiscal,

26 CATARINO; FILIPPO, op. cit., p. 16-17.

27 Para uma crítica à carga ideológica contida nas expressões: “A literatura mundial vem adotando nos últimos anos a sigla e a expressão norte-americanas ADR – Alternative Dispute Resolution, quer em sua versão original da língua inglesa, quer operando-se tradução para a língua local. Na Argentina e demais países da América Latina se costuma traduzir a expressão para RAD – Resoluciones Alternativas de Disputas; na França se fala em MARC – Modes Alternatifs de Règlement des Conflits.

No Brasil, se adota com mais frequência a expressão meios alternativos de solução dos conflitos, à qual ora se agrega a sigla MASC [...]. Mas não se pode conferir à expressão uma conotação de sucessão, como se autocomposição tivesse surgido após o processo. Sabe-se bem que a organização estatal é posterior à informalidade das relações sociais, nelas incluída a autocomposição, os mecanismos para sua obtenção e a arbitragem.

O exercício da jurisdição pelo juiz estatal mediante um provimento que decide a causa tem sido, no mundo ocidental, o meio normal, rotineiro e até mesmo ordinário, estabelecido pelas sociedades modernas para a realização da pacificação social. Quando, porém, por qualquer outra forma, a pacificação é atingida, diz-se que foi obtida por um meio alternativo. Desse raciocínio nasce a ideia de equivalentes jurisdicionais, apresentada por Carnelutti, para quem a sentença estrangeira e a transação são exemplos típicos. Essa ideia, no entanto, é aperfeiçoada por Niceto Alcalá Zamora y Castillo, que prefere falar em excludentes jurisdicionais.

A ótica sob a qual se fala de meios alternativos em contraposição ao meio ordinário é eminentemente cultural. A visão científica que trata da jurisdição estatal como único meio ordinário de pacificação social é decorrente de uma cultura de estado intervencionista. É assim em todas as sociedades que seguem de uma forma ou de outra, o sistema jurídico da família romano-germânica [...].

O que importa, contudo, não é classificar um meio de pacificação social como ordinário ou alternativo, mas sim analisar sua operacionalidade e efetividade. Por causa da fragilidade desta distinção, vem sendo adotada terminologia mais objetiva, que prefere apontar meios adequados de solução dos conflitos, ou em sua forma aperfeiçoada, meios adequados de pacificação social, expressão que se considera feliz e prospectiva, ao

ainda que, por vezes, com limitações ao entendimento fático. Em Portugal, por exemplo, a transação como forma específica da resolução de conflitos em matéria tributária não se acha especificamente consagrada no direito tributário, embora se apliquem neste os institutos do direito civil e processual civil, na parte em que não sejam incompatíveis. Já a arbitragem, como meio alternativo de resolução desses conflitos, foi implementada em 2011 com muito sucesso (Lei n.º 63/2011, de 14.12).

Sobreleva gizar, no mais, que as contragarantias conferidas à Fazenda Pública podem minar a segurança jurídica dos contribuintes, pois ainda há normas prevendo, em hipóteses de perigosa subjetividade, a anulação do acordo em função do seu conteúdo.

Enfim, estão assentadas as balizas em que a transação tributária, quando por lei autorizada, deve se fincar. No entanto, a par de discussões técnicas, ainda se opõem críticas ao uso do instituto, de ordem principiológica. Trata-se de segmentos doutrinários, apegados a uma velha concepção de interesse público, que preconizam a incompatibilidade do instituto com a ordem constitucional, ou ainda propõem severas restrições ao uso do instituto, levando-o, em termos práticos, à inocuidade.

2 SUPOSTA (IN)DISPONIBILIDADE DO INTERESSE FAZENDÁRIO

O argumento de que a natureza fundamental do interesse fazendário é a receita para fazer face às necessidades coletivas impediria a possibilidade de recurso à transação como meio alternativo de resolução de conflitos, definitivamente, não colhe. E isso por vários motivos.

Em primeiro lugar, importa ter presente que o interesse fazendário mais não é do que uma parcela do interesse público, em nada deste se distinguindo senão apenas pelo fato de versar sobre receita financeira. Depois, este interesse público, por mais fundamental que seja, ainda é um interesse que deve estar consagrado na lei e não pode deixar de ser exercido nos estritos termos dessa mesma lei.

Assim sendo, o direito ao tributo só existe se tal pretensão se fundar na lei, e se, em concreto, todos seus pressupostos objetivos e subjetivos de que a lei faz depender para que se possa exigir certo imposto se verificarem. E se, finalmente, a pretensão do órgão do poder público tiver já a natureza

considerar um sistema múltiplo, em que a jurisdição estatal se apresenta apenas como uma possibilidade, um meio seguro, mas não o único e nem tampouco o mais efetivo. (CALMON, op. cit., p. 79-82).

de direito certo, líquido e exigível, isto é, se ele não estiver sendo ou não puder mais ser discutido.

Por outro lado, tal interesse tem que estar alancorado na Constituição, pois esta é, em matéria tributária (como noutras), o parâmetro de ação e do próprio controle da legislação tributária, em termos tais que levam a defender que os princípios da capacidade contributiva, da tributação progressiva dos rendimentos, da igualdade perante a lei, da justiça familiar, entre outros, impõem uma vinculação jurídico-constitucional ao poder financeiro do Estado, no quadro de um Estado de direito democrático²⁸.

Assim, o interesse fazendário mais não é do que uma fatia do interesse público em geral, e, nesta medida, ele se acha limitado às balizas impostas pela lei fundamental. Apresenta, é certo, a especificidade de dizer respeito à receita do estado, mas isso não lhe confere a natureza de uma suprallegalidade formal e material, que justifique que o Estado não possa, quando haja litígio sobre as pretensões das partes, transacionar, conquanto se verifiquem os demais pressupostos a que alude o CTN.

Com efeito, essa questão de fundo suscita a necessária definição da natureza do interesse fazendário, se poderia, em toda e qualquer hipótese, ser identificado como interesse genuinamente público. Além disso, coloca-se sob exame a (in)disponibilidade de certas pretensões estatais (e não direitos consagrados, frise-se), manifestadas quer no âmbito administrativo, quer judicial, a fim de se vislumbrar (ou não) espaço para negociações entre Estado e sujeito particular.

Realmente, há toda uma construção teórica – porém de duvidosa juridicidade – para resguardar em monopólio estatal a defesa do interesse público, e que é reverberada tanto na manualística quanto em preocupante vetor jurisprudencial. Ainda, resta implícita em interpretações no melhor estilo *in dubio pro fisco*, conquanto não haja qualquer norma garantindo, ao ente público, benefício especial ou qualquer preferência, que, de todo modo, vêm a ser concedidos.

A própria ideia de opor o interesse particular ao interesse público, tomado este como inserto, invariavelmente, no pleito estatal, já se revela embebida de sofismáticas premissas, a sustentar um conceito (in)jurídico de interesse público. Contudo, a bem da ciência, alguma doutrina se nega

28 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Parecer sobre a Contribuição Extraordinária de Solidariedade lançada em Portugal*. Disponível em: <http://www.aofa.pt/rimp/Parecer_Gomes_Canotilho.pdf>. Acesso em: jun./2015.

a assimilá-las acriticamente, posto que faleçam perante mera análise perfunctória, sempre que sob a luz constitucional:

É sabido e ressabido que o direito público em geral e que, pois, assim também o direito administrativo, se ocupa essencialmente da realização do interesse público. Cabe, portanto, esclarecer o que deve como tal ser entendido.

Ninguém duvida da importância da noção jurídica de interesse público. Se fosse necessário referir algo para encarecer-lhe o relevo, bastaria mencionar que, como acentuam os estudiosos, qualquer ato administrativo que dele se desencontre será necessariamente inválido. Sem embargo, não se trata de uma noção tão simples que se imponha naturalmente, como algo de per si evidente que dispensaria qualquer esforço para gizá-lhe os contornos abstratos. Convém, pois, expor aquilo que nos parece seja o interesse público propriamente dito.

Ao se pensar interesse público, pensa-se, habitualmente, em uma categoria contraposta à de interesse privado, individual, isto é, ao interesse pessoal de cada um. Acerta-se em dizer que se constitui no interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual. Dizer isto, entretanto, é dizer muito pouco para compreender-se verdadeiramente o que é interesse público.

Deveras, na medida em que se fica com a noção altanto obscura de que transcende os interesses próprios de cada um, sem se aprofundar a postura deste interesse tão amplo, acentua-se um falso antagonismo entre o interesse das partes e o interesse do todo, propiciando-se a errônea suposição de que se trata de um interesse a stante, autônomo, desvinculado dos interesses de cada uma das partes que compõem o todo.

Donde, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem. . [..]

Sua extrema importância reside em um duplo aspecto, a saber:

(a) De um lado, enseja mais facilmente desmascarar o mito de que interesses qualificados como públicos são insuscetíveis de serem defendidos por particulares (salvo em ação popular ou civil pública)

mesmo quando seu desatendimento produz agravo pessoalmente sofrido pelo administrado, pois aniquila o pretense calço teórico que o arrimaria: a indevida suposição de que os particulares são estranhos a tais interesses; isto é: o errôneo atendimento de que as normas que os contemplam foram editadas em atenção a interesses coletivos, que não lhes diriam respeito, por irrelatos a interesses individuais.

(b) De outro lado, mitigando a falsa desvinculação absoluta entre uns e outros, adverte contra o equívoco – ainda pior – e, ademais, frequente entre nós – de supor que, sendo os interesses públicos interesses do Estado, todo e qualquer interesse do Estado (e demais pessoas de Direito Público) seria ipso facto um interesse público.²⁹

No âmbito tributário particularmente, isso se dá nas cobranças judiciais do crédito tributário, quando a bandeira do interesse público é hasteada para legitimar uma exação descabida ou excessiva. Os argumentos demagógicos são, pretensiosamente, extraídos de postulados constitucionais, após verdadeiros saltos twist carpado hermenêuticos, e que, de resto, são convenientemente reproduzidos na fundamentação de decisões judiciais³⁰:

Convém, neste ponto, afastarmos, de uma vez por todas, a superadíssima ideia de que o interesse fazendário (meramente arrecadatário) equivale ao interesse público.

Em boa verdade científica, o interesse fazendário não se confunde nem muito menos sobrepõe o interesse público. Antes, subordina-se ao interesse público e, por isso, só poderá prevalecer quando em perfeita sintonia com ele.³¹

Não há tampouco superposição de direitos ou, pior, hierarquia entre os de natureza individual e social, visto que ambos compõem o rol dos direitos fundamentais. Assim, o direito, exercido pelo contribuinte, de defesa do patrimônio não é somenor comparado ao direito de recolhimento

29 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 59-62 (grifos do original).

30 O autor ainda tem elucidativa passagem que objetiva descortinar uma “mentalidade fiscalista” arraigada no Judiciário brasileiro, que se utiliza do expediente do ‘interesse público’ para justificar decisões (pré-) tomadas, no intuito de defender a Fazenda (que o remunera): “Não é menos certo, porém, que duas décadas de ditadura militar (os chamados ‘anos de chumbo’) deixaram um legado de arbítrio fazendário e criaram uma ‘mentalidade fiscalista’, inclusive no seio dos tribunais, que urge espancar.” (CARRAZZA, Roque Antônio. *Imposto sobre a renda (perfil constitucional e temas específicos)*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 558).

31 CARRAZZA, op. cit., p. 559 – grifos do original.

– o qual, como se viu, também não tem relação direta e imediata com a realização de interesses públicos primários.

Ademais, a concepção de um Estado Democrático de Direito, sem aqui pormenorizar excedendo as balizas deste trabalho, implica a conciliação desses valores – igualmente constitucionais –, observados os limites preestabelecidos para o seu exercício na ordem jurídica:

Seja como for, ainda que não se considere a ressalva feita no título anterior, de que é do interesse público a preservação dos direitos fundamentais considerados em sua dimensão individual, o certo é que, apesar de a Constituição Federal ter consagrado valores sociais, que podem ser qualificados como de interesse público, consagrou também valores individuais. E tanto um grupo de valores como o outro são igualmente importantes, não se podendo conjecturar de um princípio constitucional que ponha um acima do outro.³²

Daí extraírem-se (implícitos) dois famigerados princípios, a saber, o da Supremacia do Interesse Público e o da Indisponibilidade do Interesse Público. Quanto a este, já restou patente que a pretensão fiscal não carrega em si um interesse público primário e imediato, afastando-se, pois, a ideia de que a disposição de interesses da Fazenda violaria a indisponibilidade do interesse público. Afora isso, ainda cabe diferenciar certa “indisponibilidade do tributo”, em relação aos diversos meios de realização do crédito tributário:

Assim, a Administração está condicionada pela lei a exigir o tributo nos termos estabelecidos, sem possibilidade de disposição ou transação, que opera em relação ao surgimento da obrigação, mas a própria lei pode dispor sobre certas condicionantes nesse surgimento, ou seja, legalidade na ‘disposição do tributo’.

A tipicidade exclui totalmente a insegurança jurídica, dada a configuração abstrata da norma. A aplicação dela ao caso concreto não é um processo automático; existe um grau de incerteza, seja na possibilidade de interpretações diversas pela falta de certeza do texto legal ou pela existência de conceitos jurídicos imprecisos, o que leva a uma zona cinzenta com margem de apreciação administrativa.

32 CAVALCANTI, Raquel. *Análise crítica da invocação do interesse público como fundamento para relativização de direitos e garantias do contribuinte*. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, agosto 2006. p. 118.

Na defesa da legalidade, a doutrina, às vezes, impõe uma interpretação com alcance de mitos, como o de que a lei só admite uma única interpretação, pelo desenvolvimento de um silogismo perfeito, o que não é verdadeiro (assim como é um mito definir o valor efetivo da capacidade contributiva).

Assim, se justifica a possibilidade de existência de acordos ou transações em relação a essas zonas de incerteza, que mesmo dentro da estrita legalidade surgem quando da aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto e visando à eventual solução de conflitos entre o particular e a Administração tributária.³³

Com efeito, não é possível pensar em disposição de direito alheio, ou daquilo que não é garantido na esfera jurídica do ente público, posto que controverso, sendo, por vezes, mais interessante (economicamente) à Administração buscar acordo que dê alguma concreção (v. g., confissão de valores) à sua pretensão³⁴. Cogita-se até, nesses casos, *dum dute to mitigate the loss* a vincular a Administração:

A esses fundamentos, acrescenta-se outro: cabe ao agente público procurar mitigar os prejuízos que a Administração sofreria com a derrota judicial.

Retomem-se os exemplos aludidos anteriormente, do reequilíbrio contratual e da indenização por ato ilícito. É fácil constatar, nesses casos, as vantagens legítimas que podem ser obtidas pelo Poder Público quando desde logo se dispõe a compor a situação devida.

33 RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Mecanismos alternativos na solução de conflitos em matéria tributária. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, n. 49, p. 47, 2003.

34 Com mais razão, há um poder-dever de reconhecer prontamente direito alheio, quando assim definido em decisão específica ou até na órbita da jurisprudência pacificada: “Concerne, ainda, à imposição de que a Administração Pública paute suas condutas de acordo com o princípio da boa-fé. No Brasil, tal princípio tem assento constitucional, também no caput do art. 37 da Constituição, que determina à Administração o respeito ao princípio da moralidade. Há reprovação qualificada (justamente porque constitucional) à postura desleal da Administração Pública. Se a Administração constata que a posição jurídica do particular é correta, não lhe é dado valer-se de artifícios ou subterfúgios para subtrair-se ao cumprimento do dever dali extraível.

Por outro lado, o princípio da indisponibilidade do interesse público, na acepção antes vista, tampouco desautoriza a constatação ora feita. A Administração Pública não está dispondo, ‘abrindo mão’, do interesse público quando dá cumprimento a direito alheio. E isso pela óbvia razão de que, nessa hipótese, se não há direito em favor da Administração, não há que se falar em interesse público” (TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitoria). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 128, p. 61, 2005.).

Por exemplo, nos casos de reequilíbrio de equação, a composição espontânea, mediante ajuste entre a Administração e o particular, muitas vezes lhe permite redimensionar os encargos contratuais, em vez de ter de arcar com o pagamento de quantias ao contratado. Ou seja, em vez de reequilibrar pagando, reequilibra-se modulando as obrigações do contratado. Do mesmo modo, quando reconhece que uma indenização é devida e a paga espontaneamente, a Administração pode eventualmente ajustar com o adversário um parcelamento ou uma dispensa de honorários.

Nesses casos, estará havendo algum modo de ajuste consensual em juízo, sem que se possa dizer que tenha havido renúncia a algum interesse legítimo, a algum direito efetivamente existente, da Administração Pública.^{35 36}

De fato, o princípio da eficiência (art. 37, caput, Constituição Federal) orienta que a Administração aja, na busca de seus interesses, com supedâneo na melhor relação custo-benefício. E, uma vez admitida a dúvida do direito, a obscuridade da exação, associado isso aos custos da gestão judiciária e às chances de sucumbência processual³⁷, não se refoge à conclusão de que a

35 TALAMINI, op. cit., p. 65.

36 Também não se observam as mazelas sociais que acarretam a bancarrota da empresa, e os benefícios da continuidade da atividade empresarial, a repressar uma ânsia arrecadatória, que é inspirada no imediatismo financeiro, olvidando-se as mais elevadas e perenes vantagens de manutenção da fonte de receita. Houve quem defendesse, sob esses argumentos, a Lei nº 13.243/1999 do Estado de Minas Gerais, que regulamentou a transação tributária: “Não se trata de ‘faculdade’ outorgada à Administração Pública de transacionar, mas de ‘poder/dever’ de boa administração, isto é, a Administração Pública deve buscar a solução que melhor satisfaça aos anseios da coletividade.

Tomemos um exemplo: uma empresa idônea, de longos anos de atuação, passou por momentos difíceis o bastante para o acúmulo de elevadíssima dívida tributária. Executada a dívida, todo o patrimônio deveria ir a leilão para fazer frente ao crédito tributário, que ultrapassava o seu patrimônio líquido. No desenho das competências do órgão fazendário em questão, apresenta-se, em essência, apenas, o resgate de despesas sonegadas. Caberia ao órgão responsável pela execução fiscal, ao lado de seu dever de resgatar o débito passado, considerar que a empresa empregava centenas de famílias, ou mesmo que, com a regularização de sua situação, já contribuía, no presente, com elevadas cifras de impostos, ou até que o seu produto dificilmente seria suprido pelo mercado?

Naturalmente que, em sua atuação, o referido órgão só pode buscar fundamentação em seu traçado competencial; entretanto, a sua decisão pode e deve tomar em consideração interesses secundários envolvidos, e que, no caso em tela, são relevantes. A alternativa por um parcelamento dilatado do débito, e/ou mesmo uma transação, com toda a certeza, não podem ser soluções aleatórias ou fruto de interveniências políticas, mas deve depender da própria força dos interesses secundários envolvidos, que devem ser sopesados e considerados, em especial em casos como o exemplificado” (BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Transação no Direito Tributário, Discricionariedade e Interesse Público. *Revista Dialética de Direito Tributário*, Belo Horizonte, nº 83, p. 123, ago. 2002).

37 Por isso, a respeito do princípio da eficiência, tem-se: “Perceba-se, portanto, que o princípio da eficiência impõe uma contínua busca pelo aperfeiçoamento da atuação administrativa, de modo a afastar do sistema os

transação pode melhor atender ao interesse fazendário (ou, como querem alguns, interesse público).

Por outro lado, nem se diga que a transação tributária pode levar à renúncia de receitas, aviltando os princípios da isonomia e impessoalidade entre contribuintes, bem como, no campo empresarial, da livre concorrência, todos albergados na Carta Magna (art. 37, caput, e art. 170, IV).

A uma, porque não colhe falar em renúncia de receitas quando se tem em conta um dos pressupostos para a transação fiscal em todos os sistemas jurídicos, qual seja, a existência de direitos duvidosos. Logo, se não é uma receita garantida e intocável a auferir, vale dizer, não é um crédito tributário impassível de questionamento, somente se está a renunciar o direito à manutenção do crédito tal qual originalmente constituído – em troca de outras concessões do contribuinte, a exemplo de desistência de recursos administrativos ou judiciais, pagamento imediato, empenho de garantias idôneas, dentre outros.

A duas, porque não há qualquer benefício ou preferência em relação a contribuintes em situação equivalente. Ou seja, o Estado comporta-se de maneira idêntica frente aos contribuintes que apresentem demanda jurídica a reclamar igual tratamento.

Então, se, por exemplo, mais de um contribuinte expor a mesma impugnação, seja fundada na interpretação dos fatos, seja na própria concepção da regra jurídica, e que seja plausível o suficiente para provocar uma dúvida sobre o direito aplicável, o Fisco deve, quando aferir a conveniência, propor o mesmo acordo para resolução do litígio a todos os contribuintes com a demanda específica.

Ora, dessa forma, a isonomia, a impessoalidade ou a livre concorrência não são malferidas, vez que tais primados impõem o tratamento igualitário aos sujeitos em situação igual ou equivalente, e não entre todos indiscriminadamente.

atos que, ainda que fielmente voltados ao alcance do interesse público, acabem por violá-lo mediatamente, quando não sejam instrumentalizados da forma mais adequada, com o melhor custo-benefício.

Trata-se, de fato, de louvável esforço do constituinte no sentido de evitar a contradição interna de atos administrativos que, apesar de devidamente motivados, não assumam a forma mais eficiente, isto é, não sejam operacionalizados mediante a mais precisa interação entre meios e fins.

Portanto, no caso de existir um instrumento alternativo mais eficiente (com menor custo-benefício) para o alcance de uma finalidade estatal, o princípio da eficiência torna inafastável a opção por ele, em detrimento do instrumento ineficiente" (SEVERINI, Tiago V. *Transação em matéria tributária no direito brasileiro?* Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 12, nº 95, out./jan 2009/2010, p. 86-87).

É que, simplesmente, não há benefício ao contribuinte com quem o Fisco transaciona. Há, sim, a reposição de uma verdade: o Fisco não tinha, afinal, direito ao tributo de que se arrogava. E, com isso, não se viola a legalidade, a impessoalidade ou a isonomia, antes se as pratica.³⁸

De outro norte, em relação ao contribuinte que recolheu o tributo conforme a exigência fiscal originária, sem buscar discutir o lançamento, tampouco sofrerá tratamento antiisonômico.

Primeiramente, cada caso pode apresentar peculiaridades, a autorizar uma resposta diversa pelo Fisco. Além disso, o fato de um contribuinte suscitar uma ilegalidade ou excesso de tributação, cuja argumentação venha a ser considerada plausível, e de outro contribuinte, em paralelo, não levantar tais máculas acerca da exação tal como procedida, jamais conduz à conclusão de que um tratamento diferente para cada um deles implica ofensa ao princípio da igualdade e seus corolários.

Veja-se, cogitar uma tal violação constitucional importa, também, considerar inconstitucional a hipótese de um contribuinte obter a restituição de tributos pagos a maior, enquanto o outro, por ter deixado transcorrer o lustro prescricional, não possuir mais esse direito. Não há como exigir do Estado o paternalismo de conferir, caso a caso, as melhores e mais adequadas teses a todos os contribuintes ativos. O dever, ao revés, está em conferir um tratamento igualitário a quem, pelos mesmos fundamentos, provocar-lhe uma resposta à mesma demanda jurídica encaminhada.

Portanto, assim como o Direito exige a estabilidade das relações jurídicas, e daí o fundamento da prescrição e decadência, em prol do aperfeiçoamento das instituições não é possível engessar a interpretação do Fisco. O argumento de que outro contribuinte pode não se valer de possíveis mudanças de comportamento (para melhor), tal como na situação de direito à restituição prescrito ou coisa julgada material, não pode tornar incorrigíveis atos defeituosos e ilegais ulteriormente postos a descoberto, sob pena de vilipendiar o princípio da autotutela da Administração, e, ainda, de consagrar a dependência, a todo tempo, da intervenção judicial – outrora de caráter excepcional, passa a ser imprescindível e única protagonista da conquista de direitos.

38 CATARINO, João Ricardo, FILIPPO, Luciano. L'arbitrage dans le droit fiscal, etat actuel et perspectives, (também em castelhano e italiano). In: *Del Derecho de la Hacienda Pública al Derecho Tributario, Estudios de honor a Andrea Amatucci*. v. V, p. 613 – 645, organizado por Jean-Claude Martinez, editora Themis, Bogotá/Jovene editore, Nápoles, 2011.

No mais, há exemplos evidentes de atitude jurídica na contramão da eficiência, como no caso do pequeno crédito, que não justifica uma execução custosa (e talvez inexitosa). Mas, alternativamente, embasaria toda uma gama de restrições junto ao Estado (certidões negativas, parcelamentos, licenciamentos etc), as quais poderiam até ser mais numerosas, diversificadas, criativas, dado o comprovado efeito inibidor que provoca nos contribuintes:

Portanto, no caso de a transação se revelar um instrumento mais eficiente que a atividade exacional no que tange ao alcance da finalidade estatal de consecução do interesse público, é inafastável o dever de que a transação seja realizada.

Veja-se, por exemplo, que na hipótese didática de a cobrança de um crédito tributário em face de certo contribuinte requerer um maior dispêndio de numerário dos cofres públicos que os valores a serem arrecadados, resta evidente, sob a égide do princípio da eficiência, a necessidade de abstenção do Estado.³⁹

No entanto, para além da combatida evocação da indisponibilidade do interesse público, a doutrina contrária à transação tributária aventa que tal instrumental, disponibilizado à Administração tributária, daria ensejo a práticas de corrupção, transformaria o tributo em instrumento político, de modo a corromper o sistema calcado nos princípios da estrita legalidade, moralidade e impessoalidade:

A ‘maleabilidade’ e a discricionariedade que ela confere à Administração Tributária além de ser contrária ao princípio da legalidade, dá espaço para a prática de corrupção que agride o interesse público, que há de ser realizado com obediência à lei. Essa ‘maleabilidade’, ainda que não seja utilizada para a prática de corrupção, poderá transformar o tributo em instrumento político, com a redução de ônus em troca de apoio ao governo, em evidente ofensa aos princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade e da indisponibilidade do interesse público.⁴⁰

Críticas nesse sentido são pulverizadas, ao argumento de que “A quem, então, se atribui o juízo das possibilidades de vitória ou derrota na demanda, variando, de acordo com essas possibilidades, o quantum a ser oferecido

39 SEVERINI, 2010, p. 88.

40 MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Ementário Parecer: Transação em matéria tributária. Limites. Inconstitucionalidades*. Fortaleza: Brito Machado Consultores Associados, ago. 2009. p. 13.

para o acordo?⁴¹. Porém, fato é que a desconfiança, o temor do desrespeito à ordem jurídica não têm o condão de repulsar o instituto, sob pena de se engessar o sistema e chancelar a ineficiência insuperável do Estado:

Mas essa constatação não afasta o cabimento de composições envolvendo os entes públicos. Apenas comprova a necessidade de reprimir de modo rigoroso o descumprimento de obrigações pela Administração. Reputar que o desvio de finalidade é a regra geral e proibir por isso a composição direta pelas partes equivaleria a tomar a patologia por normalidade. O desvio deve ser combatido, e não transformado em padrão, em premissa para outras conclusões.⁴²

De tal sorte, é preciso enfrentar o senso comum teórico⁴³, a fim de agasalhar o instituto da transação no âmbito tributário. Para facilitar esse processo, as dificuldades cotidianas apresentam-se, cada vez mais, em fratura exposta, e os benefícios da transação se lhe oferecem justamente como solução.

3 CONCLUSÃO

Feitas essas colocações, não se conclui de outro modo senão que a transação, enquanto instituto de direito tributário, está abalizada pela melhor doutrina, não deixando sombra de dúvidas sobre sua viabilidade e benefícios aos sujeitos da relação jurídica tributária.

Com efeito, ainda não foi editada uma Lei Geral de Transação Tributária, conforme preconiza o artigo 171 do CTN, porém o fundamento teórico que sustenta o instituto está, de antemão, profundamente alicerçado. Pode-se até dizer, sem qualquer receio, que as antigas travas nos ambientes político e jurídico progressivamente sucumbem ao coro doutrinário que hoje empolga a transação em território brasileiro.

41 PERRUD, Rogério José. Entes de direito público, Direitos indisponíveis. Consequências da afirmação. *GENESIS – Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, p. 379, abr/jun 1997.

42 TALAMINI, op. cit., p. 66.

43 Os mesmos entraves interpostos à transação se veem na oposição à arbitragem como método 'alternativo' de resolução do conflito tributário. Por todos: "Se é possível os entes públicos serem partes contratantes no juízo arbitral para ver solucionada lide contratual de índole privada, no entanto os direitos creditórios tributários, fiscais e, em geral, todos aqueles de interesses à Fazenda Pública estão excluídos do raio de ação da Lei de Arbitragem.

Inegavelmente, a relação jurídica tributária tem caráter patrimonial (obrigacional) por referir a crédito/débito, mas a soberania estatal dita seu poder de império fazendo com que o crédito dessa relação se torne indisponível" (MATTOS NETO, Antonio José. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei da arbitragem. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 106, p. 233, 2002).

Nessa linha, o sucesso das experiências estrangeiras – as quais, entre si, até podem guardar diferenças importantes – é mais um vetor de força argumentativa em prol da internalização da cultura da autocomposição na seara tributária. Não bastando haver a norma autorizativa no próprio Código, é preciso que Fazenda e contribuintes confiem nesse modelo, percebam suas vantagens em relação ao contencioso tal como é hoje, a fim de constituir o interesse político na aprovação da lei faltante para sua implementação.

Em verdade, há anteprojeto de lei para tal regulamentação, que foi inclusive elaborado pelo próprio órgão de representação judicial da União, qual seja, a Advocacia Geral da União (AGU), reconhecendo as vantagens do uso desse instrumento, em alguns casos, para o Erário. Entretanto, uma visão adversarial que jaz sobre a relação Fisco e contribuinte, opondo-se os interesses de forma, quiçá, maniqueísta, denota uma falsa aparência de que as tratativas, mediante concessões mútuas, no direito público são impossíveis.

Para desconstruir essa ideia, então, foi preciso desmistificar o interesse (ou pretensão) fazendário que fosse alçado, indistintamente, à categoria de interesse genuinamente público. Isso porque tal somente ocorre quando a pretensão se revela condizente com a ordem jurídica, expressão da melhor exegese das normas e princípios, acerca do que a última palavra reside com o Poder Judiciário.

Com isso em mente, não há óbice para a transação, quer em fase administrativa, quer judicial, do conflito tributário, pois não existe direito algum consolidado, e, por isso, indisponível. Aliás, é certo que o tributo é indisponível, sendo seu recolhimento imperioso, e diante de sonegação ou fraude para evadi-lo, também é compulsório o lançamento de ofício, acrescido das penalidades.

No entanto, isso não impede que haja zonas cinzentas, margens de discussão, acerca das várias nuances do fato tributável. A apuração dos elementos da hipótese de incidência (material, espacial, temporal etc), o procedimento administrativo, os regimes tributários, a responsabilidade, entre outros, são temas que não raro ensejam o debate, e, enquanto o crédito tributário não for imutável, nada obsta seja realizada uma composição amigável para defini-los.

E, nesta medida, enquanto as partes estejam discutindo os termos das respectivas pretensões, e não exista um direito definitivo ao crédito tributário, não há qualquer direito indisponível a ser preservado. Logo assim, nada impede que a transação seja utilizada como forma de resolver tais conflitos.

Nessa ordem de ideias, crê-se ter sido possível traçar as linhas mestras do instituto, que já angariou uma sustentação teórica necessária para a sua permanência na ordem jurídica. No mais, a resistência calcada em cânones do direito público se desfalece diante da releitura da noção de interesse público proposta. Finalmente, a transação deve não apenas ser tolerada, mas incentivada no campo fiscal, pois, ao cabo de tudo, é a materialização do princípio constitucional da eficiência, entre cujas vertentes está a busca incessante pelo aprimoramento das funções estatais.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Nadja. (In)disponibilidade dos tributos e os meios de solução dos litígios. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 8, nº 35, p. 191-227, jan./fev. 2006.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Transação no Direito Tributário, Discricionariedade e Interesse Público. *Revista Dialética de Direito Tributário*, Belo Horizonte, nº 83, p. 116-125, agosto 2002.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 10. ed. v. 4, Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo Ltda., 1955.
- CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Parecer sobre a Contribuição Extraordinária de Solidariedade lançada em Portugal*. Disponível em: <http://www.aofa.pt/rimp/Parecer_Gomes_Canotilho.pdf>, Acesso em: jun./2015.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Imposto sobre a renda (perfil constitucional e temas específicos)*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *Curso de direito tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CATARINO, João Ricardo; FILIPPO, Luciano. L'arbitrage dans le droit fiscal, etat actuel et perspectives, (também em castelhano e italiano). In: *Del Derecho de la Hacienda Pública al Derecho Tributario, Estudios de honor a Andrea Amatucci*. v. V, p. 613 – 645, organizado por Jean-Claude Martinez, editora Themis, Bogotá/ Jovene editore, Nápoles, 2011.

_____; _____. *A transação sobre questões de fato e sobre a interpretação das normas fiscais: novas perspectivas para resolução de litígios*. 2014. Disponível em: <http://www.aqlfadvogados.com.br/docs/a_transacao_sobre_questoes_de_fato_e_sobre_a_interpretacao_das_normas_fiscais.pdf>.

CAVALCANTI, Raquel. *Análise crítica da invocação do interesse público como fundamento para relativização de direitos e garantias do contribuinte*. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, agosto 2006.

FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques Fernandes. Transação como forma de extinção do crédito tributário: eficiência e celeridade. *Revista do Mestrado em Direito*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 195-220, jan./jun. 2013.

GOLDSCHIMIDT, Fábio Brun. Arbitragem e Transação Tributária – Verificação de compatibilidade. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 48, p. 47-64, 1999.

MACHADO, Hugo de Brito. A Transação no Direito Tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 75, p. 60-70, dez 2001.

_____; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Ementário Parecer: Transação em matéria tributária. Limites. Inconstitucionalidades*. Fortaleza: Brito Machado Consultores Associados, agosto 2009.

MATTOS NETO, Antonio José. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei da arbitragem. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 106, p. 221-236, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Doutrina e prática: das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*. Curitiba: Typ. e Lith. a vapor Imp. Paranaense, 1908.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Comentários ao código tributário nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. A Transação em Matéria Tributária no Direito Comparado. *Revista Brasileira de Direito Tributário*, São Paulo, n. 41, p. 165-178, nov./dez. 2013.

PERRUD, Rogério José. Entes de direito público. Direitos indisponíveis. Consequências da afirmação. *GENESIS – Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, p. 378-382, abr./jun. 1997.

RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Mecanismos alternativos na solução de conflitos em matéria tributária. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, n. 49, p. 43-64, 2003.

SEVERINI, Tiago V. Transação em matéria tributária no direito brasileiro? *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 12, n. 95, p. 75-92, out./jan. 2009/2010.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 128, p. 59-77, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 12. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Curso de direito financeiro e tributário*. 18. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro, Renovar, 2011.

RECEBIDO EM: 22/09/2015

APROVADO EM: 14/12/2015

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO: OBJETIVA OU SUBJETIVA?

*CIVIL LIABILITY OF STATE FOR FAILURE: OBJECTIVE OR
SUBJECTIVE?*

*Leonardo Bas Galupe Lagos
Procurador Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceitos preliminares; 2 Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado no mundo; 2.1 Irresponsabilidade estatal; 2.2 Responsabilidade subjetiva; 2.3 Responsabilidade objetiva; 2.4 Nova fase: o Estado como garantidor dos direitos fundamentais; 3 Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado no direito brasileiro; 4 Diferença entre a responsabilidade civil subjetiva e a objetiva; 4.1 Excludentes da responsabilidade civil do Estado; 4.1.1 Caso fortuito ou força maior; 4.1.2 Culpa exclusiva da vítima; 4.1.3 Fato de terceiro; 5 Responsabilidade civil do Estado por ação; 6 Responsabilidade civil do estado

por omissão: objetiva ou subjetiva?; 6.1 Considerações gerais; 6.2 Primeira corrente: teoria objetiva; 6.3 Segunda corrente: teoria subjetiva; 7 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho visa apresentar a controvérsia existente acerca de qual teoria da responsabilidade se aplica quando por omissão do Estado um terceiro sofre prejuízo. Apresenta a evolução histórica relativa às teorias aplicadas no campo da responsabilidade estatal, passando por uma análise das que foram adotadas pelas constituições brasileiras. Esclarece o debate atualmente travado apontando os fundamentos das correntes doutrinárias que defendem tanto a teoria objetiva, quanto a teoria subjetiva da responsabilidade, relatando qual seria a diferença prática na adoção de uma ou outra. Conclui que não há uma doutrina dominante, mostrando que a divergência doutrinária e jurisprudencial está plenamente aberta.

PALAVRAS-CHAVE: Estado. Omissão. Responsabilidade. Objetiva. Subjetiva.

ABSTRACT: This paper aims to present the current controversy about which theory of liability applies when default state suffers a third loss. Presents the historical evolution on the theories applied in the field of state responsibility, through an analysis of which were adopted by the Brazilian constitutions. Clarifies the debate currently locked pointing out the doctrinal foundations of the current defending both the objective theory, the theory of subjective responsibility, reporting what would be the practical difference in the adoption of one or the other. Concludes that there is no dominant doctrine, showing that the divergence of case law is fully lit.

KEYWORDS: State. Omission. Responsibility. Objective. Subjective.

INTRODUÇÃO

Este trabalho buscará expor os principais argumentos doutrinários sobre qual teoria deve ser aplicada nos casos de responsabilidade civil do Estado por omissão (teoria objetiva ou subjetiva). Para tanto, se fará breve relato acerca da evolução histórica das teorias aplicáveis em caso de responsabilidade civil no mundo e nas constituições brasileiras.

Será demonstrado qual a relevância prática dessa discussão, fazendo uma comparação entre os elementos que devem estar presentes na teoria objetiva e na subjetiva para que o prejudicado faça jus à indenização do Estado. Além disso, será demonstrado em quais hipóteses o poder público estará isento de sua responsabilidade, como, por exemplo, se ocorrer caso fortuito ou força maior.

Em seguida, se demonstrará os fundamentos utilizados pela doutrina para adotar um ou outro posicionamento, além de esclarecer como a jurisprudência nacional vem decidindo atualmente sobre o tema. Será visto que ainda existe intenso debate sobre tal tema, mas que os tribunais vêm aderindo a um dos posicionamentos, aceitando, inclusive, alguns “temperamentos” em sua aplicação prática.

1 CONCEITOS PRELIMINARES

O presente trabalho trata sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado, que difere da sua responsabilidade civil contratual, sendo disciplinadas, inclusive, por diplomas legais estranhos. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello¹:

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.

Na seara do direito público, a responsabilidade civil estatal pode advir tanto de conduta ilícita, quanto de conduta lícita, ao contrario do direito privado, onde a responsabilidade civil sempre se origina de um comportamento ilícito. Como se verá adiante, o que justifica a responsabilidade do Estado

1 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1001.

por atos lícitos é o princípio da isonomia. Corrobora essa afirmativa os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro²:

Ao contrário do direito privado, em que a responsabilidade exige sempre um ato ilícito (contrário à lei), no direito administrativo ela pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem a pessoas determinadas ônus maior do que o imposto aos demais membros da coletividade.

Por fim, cumpre ressaltar que, diante da adoção da Teoria do Órgão Público, mais especificamente na sua “modalidade” Teoria da Imputação, idealizada pelo alemão Otto Friedrich Von Gierke, quando um agente público age dentro de suas funções, na verdade quem está agindo é o Estado. As condutas praticadas pelos agentes públicos são imputadas ao Estado, como se este tivesse agido, sendo aquele não um representante, mas sim um presentante do Estado. Por isso, quando um servidor público, por exemplo, no exercício de suas competências, causa dano a um terceiro, cabe ao Estado indenizar, e não ao agente.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO MUNDO

2.1 Irresponsabilidade Estatal

Até o ano de 1873 vigorava a Teoria da Irresponsabilidade Estatal, ou seja, o Estado não tinha nenhum dever de indenizar danos causados a terceiros por atos praticados por seus agentes. Tal teoria era representada pela expressão “The king can do no wrong”, traduzindo a ideia de que “o rei não erra”. Seu principal fundamento de sustentação era a crença na concepção político-teleológica, onde os súditos acreditavam que os governantes eram representantes de Deus.

Isso ocorreu na época dos Estados Absolutistas, onde o Estado dispunha de autoridade incontestável perante seus súditos, de forma que a atribuição de responsabilidade ao ente público seria uma inaceitável equiparação deste aos particulares.

Por trazer inúmeras injustiças, essa fase de irresponsabilidade estatal foi sendo superada. Isso ocorreu, sobretudo, na França, onde em

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 703.

1800 foi editada uma lei regulamentando a forma pela qual o Estado deveria ressarcir os particulares por danos resultantes de obras públicas.

Porém, a doutrina costuma delimitar como marco histórico para o fim desta teoria a data de 1873, mais precisamente no dia 8 de fevereiro, onde o Tribunal de Conflitos Francês deu decisão inédita entendendo ter o Estado responsabilidade civil por danos causados a terceiros em razão da prestação de serviços públicos, no caso conhecido como *Aresto Blanco*. Conforme as lições de Alexandre Mazza³:

O Tribunal de Conflitos é o órgão da estrutura francesa que decide se uma causa vai ser julgada pelo Conselho de Estado ou pelo Poder Judiciário. Em 8 de fevereiro de 1873, sob relatoria do conselheiro David, o Tribunal de Conflitos analisou o caso da menina Agnes Blanco que, brincando nas ruas da cidade de Bordeaux, foi atingida por um pequeno vagão da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo. O pai da criança entrou com ação de indenização fundada na ideia de que o Estado é civilmente responsável pelo prejuízo causado a terceiros na prestação de serviços públicos. O *Aresto Blanco* foi o primeiro posicionamento definitivo favorável à condenação do Estado por danos decorrentes do exercício das atividades administrativas. Por isso o ano de 1873 pode ser considerado o divisor de águas entre o período da irresponsabilidade estatal e a fase da responsabilidade subjetiva.

Os últimos países ocidentais a utilizarem a Teoria da Irresponsabilidade do Estado foram Estados Unidos e Inglaterra, até os anos de 1946 e 1947, respectivamente. Atualmente, essa teoria está totalmente superada.

2.2 Responsabilidade Subjetiva

A partir do final do século XIX, o Estado passou a ter responsabilidade em situações específicas, mas não era ainda uma responsabilidade “completa” como a de atualmente. Chegou-se, então, à Teoria da Responsabilidade Subjetiva do Estado.

Em primeiro lugar, nessa fase, tentou-se dividir a personalidade do Estado a fim de apurar se havia ou não responsabilidade civil. Entendia-se que quando o Estado praticasse atos de gestão haveria sua responsabilidade,

3 MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 277.

mas quando praticasse atos de império, continuava irresponsável. De acordo com Odete Medauar⁴:

Um segundo momento na evolução levou a reconhecer a responsabilidade do Estado pelos chamados atos de gestão, em contraponto aos atos de império, insuscetíveis de gerar responsabilização. Na época se afirmava que, ao praticar atos de gestão, o Estado teria atuação equivalente à dos particulares em relação aos seus empregados ou prepostos: como para os particulares vigorava a regra da responsabilidade, nesse plano o Estado também seria responsabilizado, desde que houvesse culpa do agente. Ao editar atos de império, estreitamente vinculados à soberania, o Estado estaria isento de responsabilidade.

Ocorre que a divisão da personalidade do Estado não foi aceita pela doutrina. Pedeu-se vênia para esclarecer a referida oposição dos juristas através das palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵:

Surgiu, no entanto, grande oposição a essa teoria, quer pelo reconhecimento da impossibilidade de dividir-se a personalidade do Estado, quer pela própria dificuldade, senão impossibilidade, de enquadrar-se como atos de gestão todos aqueles praticados pelo Estado na administração do patrimônio público e na prestação de serviços.

Ainda nessa teoria, o posicionamento dos estudiosos evoluiu. Superou-se a ideia de divisão da personalidade estatal e passou-se a afirmar que para haver responsabilidade do Estado a vítima deveria apontar quem era o agente culpado pelo seu dano, sendo isso denominado de “Culpa do Agente”.

Posteriormente, isso foi sendo superado, passando a existir a responsabilidade estatal em caso de “Culpa do Serviço” (também chamada de Culpa Anônima/ Culpa Administrativa/ “Faute du Service”). Por esse entendimento, a vítima não precisava mais apontar o agente causador do seu dano, mas deveria demonstrar que seu prejuízo adveio devido ao serviço público não ter funcionado, ter funcionado atrasado ou ter funcionado mal.

Nesse passo, deveria o particular comprovar quatro requisitos para ter direito à indenização, quais sejam, o ato, o dano, o nexos causal e a culpa/dolo do Estado. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello,

4 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 376.

5 DI PIETRO, op. cit., p. 706.

pode-se perceber que a Culpa do Serviço, é, portanto, de responsabilidade subjetiva do Estado⁶:

É mister acentuar que a responsabilidade por “falha do serviço”, falha do serviço ou culpa do serviço (*faute du service*, seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.

Com efeito, para sua deflagração não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva.

Todavia, em que pese tenha havido significativo avanço em relação à Teoria da Irresponsabilidade do Estado, a Teoria da Responsabilidade Subjetiva carrega um grave defeito, visto que há elevada dificuldade para a vítima conseguir demonstrar em juízo a existência da culpa ou dolo da conduta estatal. Apesar disso, esta teoria era a regra geral utilizada pela doutrina até meados do século XX.

Atualmente, a Teoria da Responsabilidade Subjetiva ainda é utilizada no direito brasileiro no que tange à ação regressiva do Estado contra seu agente. Há quem sustente, ainda, que nos casos de danos por omissão estatal também é esta teoria que incide, mas há relevantes controvérsias travadas tanto no âmbito doutrinário, quanto na seara jurisprudencial sobre o tema, que será esmiuçado em capítulo adequado.

2.3 Responsabilidade Objetiva

Atualmente, a teoria que tem sido adotada como regra da responsabilidade civil do Estado é a objetiva. Esta teoria dispensa a necessidade de comprovação de culpa ou dolo da administração pública, baseando-se apenas no risco (Teoria do Risco). Conforme aduz Alexandre Mazza⁷, “quem presta um serviço público assume o risco dos prejuízos que eventualmente causar, independentemente da existência de culpa ou dolo”.

6 BANDEIRA DE MELLO, op. cit. p. 102.

7 MAZZA, op. cit., p. 278.

Para que haja responsabilidade civil do Estado, de acordo com a Teoria Objetiva, basta comprovar a existência do ato, do dano e do nexo de causalidade, para que a vítima seja indenizada pelo poder público. A discussão acerca da culpa ou do dolo foi transferida para a ação regressiva a ser ajuizada pelo Estado contra seu agente público após a efetiva indenização à vítima.

Segundo o mesmo doutrinador acima mencionado “a teoria objetiva baseia-se na ideia de solidariedade social, distribuindo entre a coletividade os encargos decorrentes dos prejuízos especiais que oneram determinados particulares”⁸.

Por fim, cumpre apenas ressaltar que no campo da responsabilidade objetiva, existem duas principais correntes que disputam seu modo de aplicação, quais sejam, Teoria do Risco Integral e Teoria do Risco Administrativo (que será oportunamente analisadas quando do estudo comparativo entre a responsabilidade objetiva e a subjetiva).

Hodiernamente, essa teoria é a regra geral no Brasil, expressamente prevista no artigo 37, §6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Entretanto, há quem sustente que ela só é aplicável aos casos de ação estatal, não servindo, todavia, para os casos de omissão, que continuaria sendo necessária a responsabilidade subjetiva. Este debate é o cerne do presente trabalho, e será aprofundado nos capítulos a seguir.

2.4 Nova Fase: O Estado Como Garantidor dos Direitos Fundamentais

No decorrer do século XXI, há doutrina passando a afirmar que estamos numa quarta fase da responsabilidade civil do Estado, tendo este o dever de garantir os direitos fundamentais. Felipe Peixoto Braga Netto citando Daniel Sarmiento, esclarece esse posicionamento¹⁰:

Destaque-se que na ordem constitucional brasileira, os direitos fundamentais não são concebidos como meros direitos de defesa em face do Estado. Tais direitos, por um lado, exigem também comportamento ativo dos poderes públicos, voltados à sua proteção e promoção.

8 MAZZA, op. cit., p. 279.

9 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.

10 Apud BRAGA NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Manual da Responsabilidade Civil do Estado*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 66.

Este mesmo autor segue sua linha de raciocínio ao mencionar Helena Elias Pinto¹¹:

A nova dimensão dos direitos fundamentais, enquanto direito de proteção pelo Estado, caso não seja efetiva no caso concreto, pode ensejar a ocorrência de dano indenizável, desaguando na responsabilidade civil do Estado por omissão.

Dessa forma, conclui-se que, ainda que timidamente, vem surgindo interessante corrente defendendo estarmos numa quarta etapa da evolução da responsabilidade civil do Estado. Este posicionamento é deveras relevante em virtude da máxima eficácia dos direitos fundamentais, da aplicação horizontal dos direitos fundamentais e do direito ao mínimo existencial. Caso isso seja violado, não é absurdo imaginar eventual responsabilização estatal como consequência.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO

Primeiramente, cumpre ressaltar que o Brasil nunca adotou a Teoria da Irresponsabilidade. As Constituições de 1824 e 1891 não continham dispositivos que tratassem acerca da responsabilidade civil do Estado, fazendo somente menção à responsabilidade do funcionário público em caso de abuso ou omissão.

A partir da vigência do Código Civil de 1916, passou a ser adotada a Teoria Subjetiva, também chamada de Teoria Civilista para os danos causados pelo Estado. As Constituições de 1934 e 1937 não alteraram a teoria a ser utilizada na responsabilidade civil do Estado, apenas inserindo dispositivo que tornou solidária a responsabilidade entre o poder público e seu funcionário pelos danos causados por este em caso de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos.

Entretanto, com a Constituição de 1946, houve alteração na teoria adotada pelo Brasil a respeito da responsabilidade civil do Estado. A partir de então passou a valer a Teoria Objetiva, momento no qual foi descolada para a ação de regresso a discussão acerca da culpa. No mesmo sentido caminhou a Constituição de 1967.

11 apud BRAGA NETTO, p. 67.

Atualmente, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, segue sendo a Teoria Objetiva como regra geral de responsabilidade civil extracontratual do Estado, seja para danos morais, seja para danos materiais. Hoje em dia, a Teoria Subjetiva subsiste apenas para a ação regressiva. Quanto a sua aplicação para os casos de responsabilidade civil do Estado por omissão, há grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial que será analisada em tópico próprio no decorrer deste trabalho.

4 DIFERENÇA ENTRE A RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E A OBJETIVA

Tendo em vista que este trabalho tem o objetivo de trazer à baila a controvérsia existente acerca de ser objetiva ou subjetiva a responsabilidade civil do Estado em caso de omissão, conveniente se faz abordar qual é a principal diferença entre uma ou outra modalidade de responsabilidade.

No que tange à responsabilidade subjetiva, seu principal elemento é a culpa. Para que ela seja configurada é preciso que estejam presentes quatro elementos, quais sejam, o ato, o dano, o nexó causal e a culpa (em sentido amplo). Isto significa que o aspecto subjetivo ou psíquico do agente deverá ser investigado a fim de se determinar se haverá ou não responsabilidade civil.

A culpa em sentido amplo se subdivide na culpa propriamente dita (caracterizada pela negligência, imprudência ou imperícia) e no dolo (que significa a real vontade do agente em causar o dano). Esta discussão acerca da culpa existente na responsabilidade subjetiva, que não se faz presente na responsabilidade objetiva como se verá adiante, é o elemento central que diferencia uma de outra modalidade. Além disso, é a necessidade de se comprovar a culpa que torna, teoricamente, a responsabilidade subjetiva mais difícil de ser demonstrada em juízo do que a objetiva.

Nas sábias palavras do professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹²:

Há responsabilidade objetiva quando basta para caracterizá-la a simples relação causal entre um acontecimento e o efeito que produz. Há responsabilidade subjetiva quando para caracterizá-la é necessário que a conduta geradora de dano revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de

¹² BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 1013.

empenho, atenção ou habilidade normais (culpa) legalmente exigíveis, de tal sorte que o direito em um ou outra hipótese resulta transgredido.

Em relação a responsabilidade objetiva, conforme já mencionado, não é necessário a demonstração de culpa para que haja a indenização pelos prejuízos causados pelo Estado, sendo preciso apenas comprovar o ato, o dano e o nexo causal. Essa forma de responsabilidade, em que pese não seja calcada na culpa, baseia-se na Teoria do Risco e na solidariedade social. Mais uma vez as palavras de Alexandre Mazza¹³, esclarecem qual o fundamento da Teoria do Risco afirmando que “quem presta um serviço público assume o risco dos prejuízos que eventualmente causar, independentemente da existência de culpa ou dolo”. Além disso, neste mesmo sentido, interessante demonstrar o posicionamento de Hely Lopes Meirelles¹⁴:

Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administradores e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública. O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina, que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no art. 194 da CF/46.

A maior parte da doutrina e da jurisprudência defende existirem duas modalidades da teoria do risco, quais sejam, Risco Administrativo e Risco Integral. Novamente as claras lições de Alexandre Mazza nos ensinam que “a teoria do risco integral é uma variação radical da responsabilidade objetiva, que sustenta ser devida a indenização sempre que o Estado causar prejuízo a particulares, sem qualquer excludente”. E segue o referido autor afirmando que¹⁵:

Não há notícia de nenhum país moderno cujo direito positivo tenha adotado o risco integral como regra geral aplicável à responsabilidade

13 MAZZA, op. cit., p. 278.

14 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 726.

15 MAZZA, op. cit., p. 284.

do Estado, jamais tendo sido adotada entre nós. Sua admissibilidade transformaria o Estado em verdadeiro indenizador universal.

A Teoria do Risco Integral, como dito, não foi adotada como regra no direito pátrio, sendo, entretanto, aceito em alguns casos, tais como, “[...] danos causados por acidentes nucleares (art. 21, XXIII da CF) e também na hipótese de danos decorrentes de atos terroristas contra aeronaves [...]”¹⁶.

Por outro lado, a Teoria do Risco Administrativo, que é a regra geral adotada pela nossa Constituição Federal de 1988, no seu art. 37, §6º admite várias hipóteses de excludentes, conforme será estudado no item a seguir.

Todavia, em que pese a maioria da doutrina concordar com essa subdivisão da Teoria do Risco para fundamentar a responsabilidade objetiva, há doutrinadores que a criticam. Segundo Odete Medauar os próprios¹⁷:

autores que mencionam em suas obras a teoria do risco integral, para adotá-la, admitem a isenção da Administração em caso de força maior ou culpa da vítima, pois em tais hipóteses deixaria de haver o nexo de causalidade ensejador da responsabilização.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro cita um dos principais críticos dessa subdivisão, o jurista Yussef Said Cahali¹⁸:

[...] a distinção entre risco administrativo e risco integral não é ali estabelecida em função de uma distinção conceitual ou ontológica entre as duas modalidades de risco pretendidas, mas simplesmente em função das conseqüências irrogadas a uma outra modalidade: o risco administrativo é qualificado pelo seu efeito de permitir a contraprova de excludente de responsabilidade, efeito que seria inadmissível se qualificado como risco integral, sem que nada seja enunciado quanto à base ou natureza da distinção. [...] deslocada a questão para o plano da causalidade, qualquer que seja a qualificação atribuída ao risco – risco integral, risco administrativo, risco proveito – aos tribunais se permite exclusão ou atenuação daquela responsabilidade do Estado quando fatores outros, voluntários ou não, tiverem prevalecido ou concorrido como causa na verificação do dano injusto.

16 DI PIETRO, op. cit., p. 708/709.

17 MEDAUAR, op. cit., p. 378.

18 apud DI PIETRO, op. cit., p. 708.

O nexu causal, por sua vez, elemento que, juntamente com o ato e o dano, deve estar presente tanto na responsabilidade subjetiva quanto na objetiva, nos dizeres de Flávio Tartuce “constitui a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém” (TARTUCE, 2011, p. 419). Há várias teorias justificadoras do nexu de causalidade, sendo que atualmente a doutrina altera entendimentos ora aplicando a Teoria da Causalidade Adequada, ora sustentando a Teoria do Dano Direto e Imediato. Há, inclusive, julgados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça afirmando ser as duas teorias sinônimas:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. EMPRESA DE ESTACIONAMENTO QUE PERMITE A RETIRADA DE VEÍCULO PELO FILHO DA PROPRIETÁRIA DO MESMO, SEM A APRESENTAÇÃO DO COMPROVANTE DE ESTACIONAMENTO. ACIDENTE DE TRÂNSITO OCORRIDO HORAS MAIS TARDE EM CIDADE DIVERSA. NEXO DE CAUSALIDADE. INEXISTÊNCIA. 1. À luz do comando normativo inserto no art. 1.060 do Código Civil de 1916, reproduzido no art. 403 do vigente códex, sobre nexu causal em matéria de responsabilidade civil – contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva – vigora, no direito brasileiro, o princípio da causalidade adequada, também denominado princípio do dano direto e imediato (STJ, Resp 325622, Rel. Min. Fernando Mathias, 4 T, DJ 10/11/08). (grifo nosso)

Como o presente trabalho não tem pretensão de aprofundar o referido tema, cabe aqui apenas uma menção acerca de uma atual confusão no âmbito jurisprudencial acerca do nexu de causalidade.

4.1 Excludentes da Responsabilidade Civil do Estado

As hipóteses de exclusão de responsabilidade a seguir mencionadas servem, em regra, tanto para a modalidade objetiva (nos casos em que admitir excludentes), quanto para a subjetiva. Considerando que o nexu de causalidade é elemento essencial da responsabilização do Estado, quando ele não for a causa do dano, ou não for a única causa, não pode haver obrigação do poder público em indenizar o prejuízo.

4.1.1 Caso Fortuito ou Força Maior

Durante muitos anos a doutrina tentou identificar o que seria caso fortuito e o que seria força maior, qual deles seria um evento imprevisto ou qual seria uma força intransponível. Ainda hoje subsiste tal divergência

conceitual onde o que para alguns é caso fortuito, para outros é força maior. Para Felipe Peixoto Braga Netto¹⁹, todavia, “não há, no direito brasileiro, relevância na distinção entre caso fortuito e força maior”.

Deixando de lado a controvérsia conceitual, interessante é o posicionamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao entender que²⁰:

[...] mesmo ocorrendo motivo de força maior, a responsabilidade do Estado poderá ocorrer se, aliada à força maior, ocorrer omissão do Poder Público na realização de um serviço. Por exemplo, quando as chuvas provocam enchentes na cidade, inundando casas e destruindo objetos, o Estado responderá se ficar demonstrado que a realização de determinados serviços de limpeza dos rios ou bueiros e galerias de águas pluviais teria sido suficiente para impedir a enchente.

Por esse posicionamento, o caso fortuito e a força maior devem ser analisados em cada caso concreto a fim de se verificar se podem ou não excluir a responsabilidade do Estado.

4.1.2 Culpa exclusiva da Vítima

Caso o dano tenha ocorrido exclusivamente por conduta da vítima, não poderá haver responsabilidade do Estado. Isso ocorre, por exemplo, quando uma pessoa se joga na frente de uma viatura policial para se suicidar, não havendo, neste caso, dever do Estado em indenizar a família.

Convém mencionar que a culpa exclusiva da vítima não se confunde com a culpa concorrente, pois neste caso não se trata de uma excludente de responsabilidade, mas sim de uma causa atenuante. São os casos em que a vítima e o agente causam, por culpa recíproca, os prejuízos, havendo uma compensação de culpas. A culpa concorrente não rompe o nexo de causalidade, gerando apenas uma mitigação no valor da indenização.

4.1.3 Fato de Terceiro

O fato de terceiro acontece quando alguém que não faz parte dos quadros de agentes do poder público causa o prejuízo. Ocorre que nem sempre

19 BRAGA NETTO, op. cit., p. 111.

20 DI PIETRO, op. cit., p. 713.

o fato de um terceiro causar prejuízo ao particular sem o Estado ter dado causa diretamente ao dano excluirá a responsabilidade do poder público.

Como se verá no capítulo referente à responsabilidade civil do Estado por omissão, caso fosse hipótese em que a Administração devesse ter agido para evitar que o terceiro causasse o dano, mas fica inerte, poderá sim ocorrer o dever de o Estado indenizar um dano causado pelo particular.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR AÇÃO

Em que pese este trabalho tenha a intenção de explorar as divergências existentes sobre a responsabilidade civil do Estado por omissão, considerando que um ato omissivo é exatamente o inverso da conduta comissiva, convém neste tópico apenas traçar linhas gerais sobre esta modalidade de responsabilidade estatal.

A doutrina é unânime em informar que o art. 37, § 6º da Constituição Federal²¹ (BRASIL, 1988) trouxe, nos casos de ação estatal, a responsabilidade objetiva na sua modalidade risco administrativo, ou seja, admitindo a incidência de excludentes. Felipe Braga Netto²², a citar Helena Elias Pinto afirma que “[...] a responsabilidade por ação é disciplinada de forma peremptória no Texto Constitucional, com a imputação de responsabilidade objetiva ao Estado por atos que seus agentes, atuando nessa qualidade, causem a terceiros”.

De acordo com ilustre Hely Lopes Meirelles²³:

O §6º do art. 37 da CF seguiu a linha traçada nas Constituições anteriores, e, abandonando a privatística teoriasubjetiva da culpa, orientou-se pela doutrina do Direito Público e manteve a responsabilidade civil objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo. Não chegou, porém, aos extremos do risco integral.

Além disso, importante destacar que nos casos de ação estatal, cuja teoria aplicada é a objetiva, pode haver a responsabilidade civil com a prática

21 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.

22 apud BRAGA NETTO, op. cit., p. 157.

23 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 729.

de atos ilícitos ou lícitos, como, por exemplo, uma obra pública que causa danos a um particular. Nesse passo, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello²⁴:

Responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano.

Por fim, cabe ressaltar que a doutrina entende que no caso de atos lícitos, o que fundamenta a responsabilidade civil do Estado devendo indenizar o prejudicado é o Princípio da Isonomia. Por sua vez, praticando atos ilícitos que causem danos a um terceiro, o Estado tem o dever de indenizar com base no Princípio da Legalidade. Tais fundamentos da responsabilidade civil do Estado são esclarecidos por Alexandre Mazza²⁵:

Quando o ato lesivo for ilícito, o fundamento do dever de indenizar é o princípio da legalidade, violado pela conduta praticada em desconformidade com a legislação.

No caso, porém, de ato lícito causar prejuízo especial a particular, o fundamento para o dever de indenizar é a igual repartição dos encargos sociais, ideia derivada do princípio da isonomia.

Como se pôde verificar, no campo dos atos comissivos praticados pelo Estado é pacífico o entendimento da doutrina pela aplicação da teoria objetiva. Dessa forma, pode-se, enfim, adentrar no tema que nomeia o presente trabalho, ou seja, passa-se a detalhar as controvérsias acerca de qual teoria se aplica no caso de responsabilização estatal por atos omissivos.

6 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO: OBJETIVA OU SUBJETIVA?

6.1 Considerações Gerais

A divergência travada na doutrina e jurisprudência que se põe neste capítulo é deveras importante, tendo em vista que, em sendo adotada a teoria subjetiva o prejudicado terá o dever de demonstrar a culpa do Estado na ocorrência de seus danos para fazer jus à indenização almejada, o que não é necessário para a teoria objetiva.

²⁴ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 1014.

²⁵ MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 282.

Além disso, segundo Helena Elias Pinto, citada por Felipe Braga Netto²⁶:

A responsabilidade por ação é disciplinada de forma peremptória no Texto Constitucional, com a imputação de responsabilidade objetiva ao Estado por atos que seus agentes, atuando nessa qualidade, causem a terceiros. [...] o direito positivo não apresenta solução normativa específica para as hipóteses de omissão.

Devido ao nosso ordenamento jurídico não disciplinar expressamente sobre qual teoria deve ser aplicada em casos de omissão estatal para fins de sua responsabilização, cabe à doutrina e à jurisprudência resolverem tal impasse. Ocorre que ainda hoje não há uma posição pacificada quanto ao tema, havendo, ainda, grande divergência inclusive no Superior Tribunal de Justiça:

Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes da responsabilidade objetiva e da responsabilidade subjetiva, prevalece, na jurisprudência, a teoria subjetiva do ato omissivo, só havendo indenização se houver culpa do preposto (STJ, Resp 721.439, Rel. Min. Eliana Calmon, 2 T., DJ 31/08/07)

Necessário enfatizar que a doutrina afirma que não se trata de qualquer omissão que gerará a responsabilidade do Estado, pois não se pode transformar o poder público num segurador universal de qualquer acontecimento cotidiano. O Estado só poderá ser compelido a indenizar um dano causado em virtude de sua omissão no caso em que devesse agir naquela situação mas fica inerte, ou, mesmo atuando, o faz de forma insatisfatória.

De acordo com as lições da professora Maria Sylvia “[...] para a responsabilidade decorrente de omissão, tem que haver o dever de agir por parte do Estado e a possibilidade de agir para evitar o dano”. E segue a linha de raciocínio da jurista²⁷:

No caso de omissão do Poder Público os danos em regra não são causados por agentes públicos. São causados por fatos da natureza ou fatos de terceiros. Mas poderiam ter sido evitados ou minorados se o Estado, tendo o dever de agir, se omitiu.

Há doutrina mencionando existir a omissão genérica (que não geraria dever de indenizar) e a omissão específica (que atrai a responsabilidade civil

²⁶ apud BRAGA NETTO, op. cit., p. 157.

²⁷ DI PIETRO, op. cit., p. 716.

do Estado). Como exemplo da genérica, Felipe Braga Netto menciona um motorista bêbado que atropela e mata uma pessoa, não tendo o Estado o dever de indenizar sua família. Já no caso de tal motorista, embriagado, ter sido parado numa blitz, mas indevidamente liberado pela polícia e que logo em seguida mata alguém atropelado, haverá de ser o Estado responsabilizado por tal dano, visto que se trata de hipótese de omissão específica²⁸. Quanto mais específica for a omissão, mais claro restará a obrigação de indenizar do Estado.

Pertinente transcrever as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, que de sua maneira, acaba chegando à mesma conclusão acima exposta²⁹:

É que, em princípio, cumpre ao Estado prover a todos os interesses da coletividade. Ante qualquer evento lesivo causado por terceiro, como um assalto em via pública, uma enchente qualquer, uma agressão sofrida em local público, o lesado poderia sempre arguir que o “serviço não funcionou”. [...] Razoável que responda pela lesão patrimonial da vítima de assalto se agentes policiais relapsos assistiram à ocorrência inertes e desinteressados ou se, alertados a tempo de evitá-lo, omitirem-se na adoção de providências cautelares. Razoável que o Estado responda por danos oriundo de uma enchente se as galerias pluviais e os bueiros de escoamento das águas estivessem entupidos ou sujos, propiciando o acúmulo de água. Nestas situações, sim, terá havido descumprimento do dever legal na adoção de providências obrigatórias.

Mas como saber quando o Estado tem o dever legal de agir e não o faz, gerando o dano a ser reparado? Esta não é uma resposta objetiva de ser dada, pois apenas com a análise dos aspectos fáticos do caso concreto é que se extrairá se havia ou não o dever de agir do Estado. Novamente, cabe aqui expor o posicionamento de Celso Antônio³⁰:

Não há resposta a priori quanto ao que seria o padrão normal tipificador da obrigação a que estaria legalmente adstrito. Cabe indicar, no entanto, que a normalidade da eficiência há de ser apurada em função do meio social, do estágio de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico e da conjuntura da época, isto é, das possibilidades reais médias dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso.

28 BRAGA NETTO, op. cit., p.163.

29 BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 1023.

30 Ibidem, p. 1022.

Das colocações acima pode-se concluir que a omissão estatal não é a causa direta do dano sofrido pelo terceiro, mas sim uma condição necessária para que um outro ato cause o prejuízo. Caso a omissão não tivesse ocorrido, também não haveria a condição que possibilitou o dano, e, com isso, escaparia o Estado da obrigação de indenizar o prejuízo. Esse é o pensamento de Celso Antônio³¹:

De fato, na hipótese cogitada o Estado não é o autor do dano. Em rigor, não se pode dizer que o causou. Sua omissão ou deficiência haveria sido condição do dano, e não causa. Causa é o fator que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado.

Expostas as considerações gerais, se permite adentrar nos fundamentos da doutrina e jurisprudência para acolher a teoria objetiva ou a subjetiva em relação à responsabilidade do Estado quando omissivo no seu dever de agir.

6.2 Primeira Corrente: Teoria Objetiva

Ainda que haja doutrinadores renomados sustentando pela aplicação da teoria da responsabilidade objetiva em caso de omissão do poder público, esta corrente é minoritária atualmente. Todavia, nos compete aqui expor os fundamentos desse posicionamento que defende ser dispensável, para fins de recebimento de indenização, a demonstração da culpa do Estado no prejuízo sofrido em razão de uma omissão, bastando a demonstração do dano e do nexo causal.

Um primeiro argumento desta corrente é que o art. 37, §6^o³² da Constituição Federal (BRASIL, 1988), ao tratar acerca da responsabilidade civil do Estado e adotar a teoria objetiva, não faz qualquer distinção entre ela ser aplicada aos atos comissivos ou omissivos, não cabendo ao intérprete fazê-la. Quem destaca este fundamento é Gustavo Tepedino, que afirma ainda que ao adotar a teoria objetiva da responsabilidade civil do Estado nas suas omissões não se estaria levando a uma “panresponsabilização” do poder público, pois mesmo nesta teoria existem excludentes de responsabilidade³³.

31 BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p.1022/1023.

32 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.

33 TEPEDINO, Gustavo Mendes. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.192.

Outra justificativa adotada por esta corrente é que na responsabilidade civil estatal por omissão não deve ser analisada a culpa (como afirmam os defensores da teoria subjetiva), mas apenas o nexo causal. Mesmo que o Estado demonstre não ter agido com culpa, se houve o nexo causal entre sua omissão e o dano, deve ser compelido a indenizar o prejuízo. Neste sentido é o entendimento de Felipe Braga Netto³⁴:

Isso evidencia que na omissão estatal a responsabilidade independe do elemento culpa. Basta o nexo causal. Ainda que o Estado prove que não houve, de modo algum, culpa (digamos que o buraco apareceu no dia anterior, impossibilitando qualquer previsão de obra), ainda assim persistirá a responsabilidade estatal, para cuja ocorrência basta o dano aliado ao nexo causal, sendo irrelevante, mesmo nos casos de omissão estatal, a culpa.

Seguindo sua linha de pensamento, este mesmo autor afirma que a própria legislação brasileira já caminha nesse sentido, visto que³⁵:

O Código de Trânsito responsabiliza objetivamente – por ações ou omissões – o poder público pelos danos causados aos cidadãos. (Art. 1º, § 3º “Os órgãos e entidades competentes do Sistema Nacional de Trânsito respondem, no âmbito das respectivas competências, objetivamente, por danos causados aos cidadãos em virtude de ação, omissão ou erro na execução e manutenção de programas, projetos e serviços que garantem o exercício do direito do trânsito seguro.”).

Convém destacar, que no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal, já houve decisão no sentido de encampar a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva em relação às omissões estatais:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DANOS CAUSADOS POR TERCEIROS EM IMÓVEL RURAL. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. INDENIZAÇÃO. ILEGITIMIDADE DE PARTE. DENUNCIÇÃO DA LIDE Esta Corte já firmou entendimento de que é incabível, na via extraordinária, alegação de ofensa indireta à Constituição Federal, por má interpretação de normas processuais, contidas na legislação infraconstitucional. *Caracteriza-se a responsabilidade civil objetiva do Poder Público em decorrência de danos causados, por invasores, em propriedade particular, quando o Estado se omite*

34 BRAGA NETTO, op. cit., p. 159.

35 Ibidem, p. 159.

no cumprimento de ordem judicial para envio de força policial ao imóvel invadido. Recursos extraordinários não conhecidos.(STF, RE 283.989/PR, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1 T., 28/05/2002) (grifo nosso)

Enfim, embora sejam sedutores os argumentos desta corrente doutrinária ela é minoria no cenário nacional, vindo a maioria dos doutrinadores e inclusive a jurisprudência, aceitando como mais adequada, neste caso, a aplicação da teoria subjetiva da responsabilidade.

6.3 Segunda Corrente: Teoria Subjetiva

Neste tópico devem ser explorados os fundamentos utilizados pela corrente que vem predominando na jurisprudência. Segundo este entendimento, para que o prejudicado por uma omissão estatal faça jus à indenização, deverá demonstrar que houve o dano, o nexo causal, bem como que o poder público tenha concorrido de forma culposa (ou dolosa) para o prejuízo.

Primeiramente, há quem defenda, ao fazer uma interpretação literal do art 37, § 6º da Constituição Federal³⁶ (BRASIL, 1988), (que como se sabe adotou a teoria objetiva), que o mencionado dispositivo legal não pode ser utilizado nos casos de omissão do Estado, em virtude do verbo “causar” ali presente, passar uma ideia de conduta positiva do poder público, de uma ação. Neste sentido, cabe aqui, resumir novamente as afirmações de Celso Antônio Bandeira de Mello, onde, para ele, a omissão não causa dano, mas apenas é uma condição para que o dano ocorra³⁷.

O próximo argumento desta robusta corrente de entendimento é que, conforme mencionado no primeiro tópico deste capítulo, não é qualquer omissão do Estado que gera sua responsabilidade civil, mas só aquela omissão no momento em que era seu dever agir. Desta forma, quando o poder público deixa de realizar uma conduta que era obrigado a fazer, acaba praticando ato ilícito, que, por sua vez, atrai a teoria subjetiva da responsabilidade (e não a teoria objetiva), porquanto não há conduta ilícita que não advenha de culpa ou dolo.

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro “enquanto no caso dos atos comissivos a responsabilidade incide nas hipóteses de atos lícitos e ilícitos, a omissão tem que ser ilícita para acarretar a responsabilidade do Estado”³⁸,

36 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.

37 BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p.1022/1023.

38 DI PIETRO, op. cit., p. 716.

afirmando a autora que “por essa razão, acolhemos a lição daqueles que aceitam a tese de responsabilidade subjetiva nos casos de omissão do Poder Público”³⁹.

Imprescindível, neste ponto, transcrever os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁰:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. [...] a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.

Essa corrente prossegue seu pensamento rebatendo o fundamento da corrente contrária (que defende a responsabilidade objetiva), ao afirmar que não haverá dificuldade para o prejudicado comprovar que houve culpa do Estado em omitir-se e causar o dano. Aduzem que haverá, na verdade, uma presunção de culpa do Estado não necessitando o prejudicado demonstrar o referido elemento subjetivo do poder público. Ocorrerá, no âmbito do poder judiciário, a inversão do ônus probatório recaindo sobre os “ombros” estatais a necessidade de comprovar que agiu de forma diligente naquele caso concreto. Novamente, quem nos esclarece o tema é o professor Celso Antônio⁴¹:

Com efeito, nos casos de “falta do serviço” é de admitir-se uma presunção de culpa do Poder Público, sem o quê o administrado ficaria em posição extremamente frágil ou até mesmo desprotegido ante a dificuldade ou até mesmo a impossibilidade de demonstrar que o serviço não se desempenhou como deveria. O administrado não pode conhecer toda a intimidade do aparelho estatal, seus recursos, suas ordens internas de serviço, os meios financeiros e técnicos de que dispõe ou necessita dispor para estar ajustado às possibilidades econômico-administrativas do Estado. [...] Razoável, portanto, que nesta hipóteses ocorra a inversão do ônus da prova

39 *Ibidem*, p. 717.

40 BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 1021.

41 *Ibidem*, p. 1023/1024.

Cabe frisar que a jurisprudência pátria vem aceitando com bastante constância a aplicação da teoria subjetiva da responsabilidade, conforme se verifica nos julgados abaixo colacionados:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS PÚBLICAS. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: LATROCÍNIO PRATICADO POR APENADO FUGITIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. I. - *Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço.* II. - A falta do serviço $\frac{3}{4}$ *faute du service* dos franceses $\frac{3}{4}$ não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Latrocínio praticado por quadrilha da qual participava um apenado que fugira da prisão tempos antes: neste caso, não há falar em nexo de causalidade entre a fuga do apenado e o latrocínio. Precedentes do STF: RE 172.025/RJ, Ministro Ilmar Galvão, “D.J.” de 19.12.96; RE 130.764/PR, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 143/270 IV. - RE conhecido e provido (STF, RE 369.820/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, 2 T., 04/03/2011). (Grifo nosso)

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONDUTOR DO VEÍCULO. *OMISSÃO DO ESTADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CULPA DEMONSTRADA NA ESPÉCIE. ACIDENTE DE VEÍCULOS EM CRUZAMENTO. SEMÁFORO DEFEITUOSO. CULPA CONCORRENTE DO MUNICÍPIO E DO MOTORISTA QUE TRAFEGAVA NA VIA EM QUE O SINAL ESTAVA INOPERANTE. AUSÊNCIA DE CULPA DO CONDUTOR DO VEÍCULO QUE TRANSITAVA PELA RUA EM QUE O SEMÁFORO ESTAVA VERDE.* (STJ, Resp 716.250/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, 2 T., 21/06/2005). (Grifo nosso)

Ocorre que esta mesma corrente faz um “temperamento” acerca da aplicação da teoria subjetiva nas omissões estatais, entendendo que em algumas hipóteses caberá a aplicação da teoria objetiva.

São os casos onde o Estado por uma ação sua cria uma situação de risco que a priori não gera danos a ninguém, mas que origina um “ambiente”

suscetível de ocasionar prejuízo não causado pelo poder público. O dano não será causado diretamente pelo Estado, pois este fica inerte, mas por ter criado esta situação deverá responder pela teoria objetiva da responsabilidade.

A doutrina cita, por exemplo, a situação onde a administração pública permite que uma casa que vende explosivos seja instalada no centro de uma cidade, sendo esta loja atingida por um raio, explodindo e causando danos à vizinhança. Em que pese o ato causador do incidente não tenha partido do Estado, a sua atitude de permitir sua instalação num local habitado gera sua responsabilidade objetiva. Celso Antônio nos elucida a questão⁴²:

Há casos em que a ação danosa, propriamente dita, não é efetuada por agente do Estado, contudo é o *Estado quem produz a situação da qual o dano depende*. Vale dizer: são hipóteses nas quais é o *Poder Público quem constitui, por ato comissivo seu, os fatores que propiciarão decisivamente a emergência do dano*. Tais casos, ao nosso ver, assimilam-se aos danos produzidos pela própria ação do Estado e por isso ensejam, tanto quanto estes, a aplicação do princípio da responsabilidade objetiva.

Os juristas mencionam também que haverá responsabilidade objetiva do Estado por suas omissões nos casos em que há relação de custódia, ou seja, sujeição especial de pessoas ou bens à administração pública. Vale citar como exemplo os casos em que um preso mata outro dentro da penitenciária, e as agressões sofridas por alunos de escola pública em horário e ambiente de aula. Nesses casos, o Estado assumiu uma responsabilidade mais acentuada em relação a essas pessoas, por isso sua responsabilidade em caso de eventual omissão deve ser pautada pela teoria objetiva. Conforme leciona Hely Lopes Meirelles⁴³:

[...] incide a responsabilidade civil objetiva quando a Administração Pública assume o compromisso de velar pela integridade física da pessoa e esta vem a sofrer um dano decorrente de omissão do agente público naquela vigilância. Assim, alunos da rede oficial de ensino, pessoas internadas em hospitais públicos ou detentos, caso sofram algum dano quando estejam sob guarda imediata do Poder Público, têm o direito à indenização, salvo se ficar

42 BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 1026.

43 MEIRELLES, op. cit., p. 731.

comprovada a ocorrência de alguma causa excludente daquela responsabilidade estatal.

Segundo Alexandre Mazza, nesses casos de relação de custódia “a responsabilidade estatal é objetiva inclusive quanto a atos de terceiros”⁴⁴.

Cabe ressaltar, que há muito tempo a jurisprudência já vem aceitado esse “temperamento” da teoria subjetiva da responsabilidade em caso de omissão estatal para aplicar a teoria objetiva:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. *RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO*. MORTE DE DETENTO NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO CARACTERIZADA. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. Na hipótese dos autos, as recorridas ajuizaram ação ordinária visando à condenação do Estado de Santa Catarina ao pagamento de indenização pelos danos que suportaram com o suicídio de um parente em uma cela de presidiária. 2. O Tribunal de origem não condenou o Poder Público, em razão da ausência de nexo de causalidade entre eventual *omissão* estatal e o falecimento do preso. 3. *Contudo, a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e a do Superior Tribunal de Justiça são no sentido de que não é necessário perquirir eventual culpa/omissão da Administração Pública em situações como a dos autos, já que a responsabilidade civil estatal pela integridade dos presidiários é objetiva em face dos riscos inerentes ao meio em que eles estão inseridos por uma conduta do próprio Estado.* 4. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no REsp 1305259/SC, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, 2 T., DJ 09/04/2013) (Grifo Nosso)

Dessa forma, ficam demonstrados os principais argumentos desta corrente que vem “contaminando” os julgadores e sendo adotada na maior parte das vezes pelos tribunais brasileiros nos casos de responsabilidade civil do Estado por omissão. Todavia, conforme se percebeu, ainda não se pode dizer que é tema pacificado na jurisprudência e na doutrina, pois ainda existe acesa e instigante divergência de sedutores argumentos.

44 MAZZA, op. cit., p. 290.

7 CONCLUSÃO

Primeiramente, o presente trabalho apresentou a evolução histórica acerca da responsabilidade civil do Estado e quais teorias foram adotadas pelas constituições brasileiras. Mostrou que o Brasil nunca adotou a teoria da irresponsabilidade estatal e que atualmente não se tem conhecimento de nenhum Estado que a adote. Além disso, ficou claro que hoje em dia a teoria objetiva da responsabilidade é a regra geral adota pela Constituição Federal de 1988, no seu art. 37, §6º, quanto aos atos comissivos do Estado.

Em seguida, ficou demonstrado que nosso ordenamento jurídico não trata expressamente sobre a responsabilidade do Estado em caso de omissão, gerando intenso debate doutrinário e jurisprudencial sobre qual teoria deve ser aplicada nesse caso (objetiva ou subjetiva). No quarto capítulo, demonstrou-se a importância prática desta divergência, tendo em vista que se for adotada a teoria subjetiva o prejudicado deverá demonstrar a culpa *latu sensu* que o Estado teve ao causar seu prejuízo, ou seja, comprovar a culpa *strictu sensu* (negligência, imprudência ou imperícia) ou dolo na inércia do poder público.

Restou esclarecido que, independentemente da teoria adotada, seja ela a objetiva ou a subjetiva, (salvo, a teoria objetiva pelo risco integral), existem hipóteses que excluem a responsabilidade do Estado, tais como culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro e caso fortuito ou força maior.

Por fim, ficou claro que em que pese haja robustos argumentos para ambas as correntes doutrinárias, vem prevalecendo na jurisprudência que em caso de omissão do Estado deve ser aplicada a teoria subjetiva (ao contrário da regra geral que impõe a adoção da teoria objetiva em caso de ato comissivo do poder público).

Porém, a própria doutrina que defende o posicionamento dominante faz “temperamentos” em relação à aplicação da teoria subjetiva. Considerando a dificuldade do prejudicado em conseguir angariar elementos para demonstrar a culpa do Estado, aduzem que nesse caso há uma presunção de culpa da administração pública, havendo a inversão do ônus probatório. Com isso, caberá ao poder público quando demandando em ação judicial de responsabilidade civil por omissão comprovar que agiu de forma diligente no caso concreto. Finalmente, essa mesma corrente doutrinária afirma ainda que há casos em que mesmo que haja omissão estatal deverá ser aplicada não a teoria subjetiva, mas sim a objetiva, tais como nos casos em que o próprio Estado cria a situação de risco ou nos casos em que haja uma relação de custódia entre ele e a pessoa ou bem lesado.

REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Manual da Responsabilidade Civil do Estado*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.
- BRASIL. *Código Civil; Código de Processo Civil; Código Comercial; Constituição Federal*. Organizado por Youssef Said Cahali. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da república federativa do Brasil, 1988. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- FURASTE, Pedro Augusto. *Normas Técnicas para o Trabalho Científico: Explicações das Normas da ABNT*. 15. ed. Porto Alegre: Dáctilo Plus, 2011.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo, 2006.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.
- TEPEDINO, Gustavo Mendes. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RECEBIDO EM: 09/10/2015

APROVADO EM: 22/01/2016

REGIME PUNITIVO DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – UMA REVISÃO DA TEORIA DA NÃO CUMULATIVIDADE DAS SANÇÕES

*PUNITIVE SYSTEM OF THE ADMINISTRATIVE MISCONDUCT – A
REVIEW OF PENALTY'S NOT CUMULATIVE THEORY*

Márcio Fernando Bouças Laranjeira

Procurador Federal

Procuradoria-Regional da União - 2ª Região

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceito de Improbidade Administrativa; 2 Das sanções aos atos de improbidade administrativa; 2.1 Suspensão de direitos políticos; 2.2 Perda da função pública; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: Os atos de improbidade administrativa representam inequívoco desrespeito à dignidade da função pública, merecendo, assim, exemplar punição. Por tal motivo, a Constituição da República tratou de fazer expressa referência a essa espécie de ilícito, definindo a priori as sanções cabíveis, cuja aplicação haverá de observar a forma e a gradação previstas na lei (artigo 37, § 4º). Em obediência a tal mandamento constitucional, veio a lume a Lei n.º 8.429/1992, na qual definiu o legislador não só os procedimentos administrativo e judicial, mas também outras sanções e seus limites mínimo e máximo, conferindo ao magistrado a possibilidade de aplicar as penas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato (artigo 12). Assim, de acordo com a doutrina e a jurisprudência majoritárias, todas as sanções previstas na Lei n.º 8.429/1992 submetem-se ao juízo de ponderação do magistrado, o qual poderá deixar de aplicar qualquer uma delas. Tal raciocínio, no entanto, não pode ser adotado de forma irrestrita e ilimitada, pois algumas sanções devem ser necessariamente impostas em todos os casos de condenação por improbidade administrativa, não só por obediência à eficácia direta da norma constitucional, mas também pela interpretação sistemática do ordenamento jurídico. O objetivo deste breve estudo é discorrer sobre os motivos pelos quais as sanções previstas na Constituição – suspensão de direitos políticos e perda da função pública – encontram-se fora do âmbito de discricionariedade do juiz, devendo ser por ele impostas sempre que condenado o servidor ímprobo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Improbidade Administrativa. Regime Punitivo. Suspensão de Direitos Políticos e Perda da Função Pública. Aplicação Compulsória.

ABSTRACT: Acts of administrative misconduct represent clear disregard for the dignity of the public service, deserving thus exemplary punishment. Therefore, the Constitution made express reference to this kind of offense, defining a priori the mandatory sanctions, observing the way and gradation provided by law (Article 37, § 4). In obedience to such constitutional imposition, it came to light Law n.º 8.429/1992, which defined not only the administrative and judicial procedures but also other sanctions and their minimum and maximum limits, giving the judge the possibility of applying the feathers individually or cumulatively, according to the gravity of the fact (Article 12). Thus, according to the doctrine and the majority jurisprudence, all sanctions provided in Law n.º 8.429/1992 are submitted to the magistrate weighting of judgment. Such reasoning, however, can not be adopted unrestricted and unlimited, as some sanctions must necessarily be imposed in all cases of conviction for improper conduct, not only by obedience to the direct effectiveness of the Constitution, but also by the systematic interpretation of law. The purpose of this brief study is to discuss

the reasons why the sanctions provided for in the Constitution - suspension of political rights and loss of public office - are outside the scope of the judge's discretion and must be applied whenever condemned the unrighteous server.

KEYWORDS: Administrative Law. Administrative Misconduct. Punitive System. Suspension of Political Rights and Dismissal of the Public Service. Compulsory Application.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar o regime punitivo dos atos de improbidade administrativa, em específico a aplicação compulsória de determinadas sanções, nos casos em que, após regular processo judicial, tenha-se aferido a prática de conduta ímproba por servidor público, nos termos da Lei n.º 8.429/1992.

Para tal, indispensável será redefinir os limites da discricionariedade do magistrado, não só no que tange à quantificação das “penas”, mas também no que se refere à definição de quais sanções, dentre aquelas previstas em lei, serão aplicadas ao servidor ímprobo.

Adianta-se ao leitor que este breve artigo ousará dissentir da doutrina e jurisprudência majoritárias, segundo as quais pode o magistrado escolher, valendo-se de juízo de ponderação, quais punições deverá sofrer o condenado. De acordo com tal corrente, insere-se no âmbito da discricionariedade judicial a possibilidade de não aplicar a proibição de contratar com o Poder Público ou dele receber benefícios ou incentivos fiscais e creditícios, mas apenas determinar o ressarcimento ao erário; de impor a suspensão dos direitos políticos, mas não a perda do cargo; de determinar a perda dos bens acrescidos ilicitamente, mas não aplicar a multa civil etc.

Em suma, de acordo com o entendimento predominante, todas as sanções previstas na Lei n.º 8.429/1992 estão submetidas ao juízo de ponderação, cabendo ao magistrado definir, segundo as circunstâncias específicas do caso em análise, aquelas que, no seu entender, melhor se amoldarão ao interesse público da punição aos atos de improbidade.

No entanto, como se tentará demonstrar nas linhas seguintes, a discricionariedade judicial de fato existe, mas não de modo tão amplo e irrestrito. Algumas das punições estabelecidas na lei podem ser afastadas, já que – aí seguindo em parte o raciocínio majoritário – não são elas necessariamente cumulativas. Não será admitida, entretanto, a possibilidade

de o julgador afastar determinadas e específicas sanções, porque, em vista da gravidade ínsita ao ato de improbidade, são elas impostas jurídica e logicamente pelo ordenamento legal.

1 CONCEITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Dispõe a Lei n.º 8.429/1992 haver três espécies de atos de improbidade administrativa: i) os que implicam enriquecimento ilícito, pelo recebimento de qualquer vantagem patrimonial indevida em razão do cargo, mandato, função, emprego ou qualquer atividade na Administração Direta, Administração Indireta e em entidades subvencionadas pelo Poder Público (artigo 9º); ii) os que causam lesão ao erário, em virtude de ação ou omissão, dolosa ou culposa, que implique perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de bens ou haveres (artigo 10); e iii) os que atentam contra os princípios da Administração Pública, em virtude de ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições (artigo 11).

Analisando-se tais dispositivos, conclui-se que todo servidor está obrigado a pautar sua conduta à luz de princípios essenciais para a boa gestão da coisa pública, tais como legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, nos termos do artigo 37, caput, da Constituição da República (reproduzido pelo artigo 4º da Lei n.º 8.429/1992). Em verdade, impõe-se ao agente público respeitar o ordenamento jurídico em sua plenitude, o que se denomina princípio da juridicidade.

Neste sentido, ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

O princípio da juridicidade, como já o denominava Adolf Merkl em 1927, engloba, assim, três expressões distintas: o princípio da legalidade, o da legitimidade e o da moralidade, para altear-se como o mais importante dos princípios instrumentais, informando, entre muitas teorias de primacial relevância na dogmática jurídica, a das relações jurídicas, a das nulidades e a do controle da juridicidade.

O princípio da juridicidade corresponde ao que se enunciava como um “princípio da legalidade”, se tomando em sentido amplo, ou seja, não se o restringindo à mera submissão à lei, como produto das fontes legislativas, mas de reverência a toda a ordem jurídica.¹

1 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial, Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 87.

Como bem ponderam Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira, a improbidade configura desrespeito a todo o ordenamento jurídico, ou seja, não só à lei, mas também aos princípios norteadores da função pública. Assim enfatizam:

Além dos atos que acarretam enriquecimento ilícito e lesão ao erário, a improbidade administrativa, no Direito pátrio, engloba toda e qualquer violação aos princípios que regem a Administração Pública, conforme dispõe o art. 11 da Lei 8.429/1992.

Trata-se da consagração do denominado princípio da juridicidade, que impõe ao administrador o respeito não apenas à lei, mas também a todo o ordenamento jurídico.

[...]

A consagração do princípio da juridicidade não aceita a concepção da Administração vinculada exclusivamente às regras prefixadas nas leis, mas sim ao próprio Direito, o que inclui as regras e os princípios previstos na Constituição. Nesse sentido, no âmbito federal, o art. 2º, parágrafo único, I, da Lei 9.784/1999 consagra a juridicidade aqui aventada: “Art. 2º [...]. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I – atuação conforme a lei e o Direito”.

Há, portanto, estreita relação entre a improbidade administrativa e o princípio da juridicidade, pois a violação a qualquer princípio jurídico tem o potencial de configurar a prática da improbidade, desde que presentes os requisitos previstos na Lei 8.429/1992 e que serão destacados em momento oportuno.²

Não obstante a dificuldade na conceituação da improbidade administrativa, o termo pode ser compreendido como o ato praticado por agente público ou terceiro (nesta hipótese, quando também presente o servidor), geralmente de forma dolosa (e, em determinados casos, de forma culposa), contra as entidades públicas e privadas gestoras de recursos públicos, que implica violação aos princípios regentes da Administração, podendo dele advir dano ao erário ou enriquecimento ilícito.³

2 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *Manual de improbidade administrativa*. São Paulo: Método, 2012. p. 7-9.

3 Waldo Fazzio Júnior define o ato de improbidade como o “ato ilegal, fundado na má-fé do agente público que, isoladamente ou com a participação de terceiro, viola o dever de probidade administrativa, com ou sem proveito econômico, produzindo ou não lesão ao patrimônio público econômico.” (In: FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 127).

Apesar de a Lei n.º 8.429/1992 referir-se a “penas”, não se deve equiparar o ato ímprobo à conduta criminosa. A improbidade administrativa não é necessariamente ato criminoso, apesar de, em muitas situações, também se amoldar a um dos tipos penais definidos na legislação. Cuida-se de esferas distintas e independentes, cuja persecução far-se-á perante juízos diferentes e de acordo com procedimentos diversos.

Tanto é isso verdade que a Constituição da República, em seu artigo 37, § 4º, expressamente dispõe que a ação por improbidade administrativa poderá ser ajuizada, sem prejuízo da ação penal cabível. De igual modo assevera o artigo 12 da Lei n.º 8.429/1992, ao prever a responsabilidade pelo ato de improbidade administrativa, independentemente das sanções penais, cíveis e administrativas.

Tal distinção ganhou importância quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2797/DF, na qual o Supremo Tribunal Federal deixou consignado que não poderia o artigo 84, § 2º, do Código de Processo Penal (introduzido pela Lei n.º 10.628/2002) alargar a competência constitucional dos Tribunais, para conhecerem originariamente da ação de improbidade administrativa. E assim o fez por entender que tal demanda não se assemelha à ação penal, sendo inadmissível equiparar-se o ato ímprobo ao crime comum.

Os atos ímprobos também não se confundem com crimes de responsabilidade, ainda que a mesma conduta possa se enquadrar na Lei n.º 8.429/1992 e na Lei n.º 1.079/1950. Segundo a Corte Suprema, os regimes punitivos são distintos, não havendo óbice à aplicação de ambas as normas a um mesmo agente.⁴

Em recente julgamento, o Ministro Teori Zavascki ratificou a concorrência entre os regimes punitivos da Lei n.º 1.079/1950 e da Lei n.º 8.429/1992, ao proferir voto nos autos da Petição n.º 3240⁵. Na oportunidade, entendeu não haver qualquer dispositivo constitucional que isente agentes políticos de sofrerem sanções por improbidade administrativa, excepcionada a única hipótese do Presidente da República, para quem o artigo 85, inciso V, da

4 Neste sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal na Ação Cautela n.º 3585 AgR/RS, em 02/09/2014 (DJe 211, divulg. 24/10/2014, publ. 28/10/2014). Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Tal posicionamento representa evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, em julgados anteriores, afirmara que o agente político haveria de se submeter apenas ao regramento da Lei n.º 1.079/1950, evitando a dupla punição à mesma conduta (vide: Reclamação n.º 2138/DF).

5 *Informativo STF n.º 768*.

Carta da República, atribui a prática de crime de responsabilidade pelo cometimento de improbidade administrativa.⁶

Seguindo tal raciocínio, ensina Waldo Fazzio Júnior:

Alguma doutrina defende a inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, afirmando que têm responsabilidade própria fixada pela ordem constitucional e devem responder, conforme a legislação federal especial (Lei nº 1.079/50, Lei nº 7.106/83 e Decreto-lei nº 201/67).

Ora, sob a perspectiva constitucional, seria impossível demonstrar a tese de que todos os agentes políticos sujeitos a crime de responsabilidade (nos termos da Lei nº 1.079/50 ou do Decreto nº 201/67) estão imunes, mesmo parcialmente, às sanções do art. 37, § 4º, da Constituição Federal.

A lei ordinária (Lei nº 8.429/92), a quem o art. 37, § 4º, delegou competência para regulamentar, simplesmente, a forma e gradação dessas sanções, não pode restringir a órbita de abrangência do comando constitucional. Eventual limitação deveria ter sede na Constituição Federal, onde não existe, salvo em relação a atos de improbidade do Presidente da República.

Não há, mesmo, no complexo constitucional de normas exclusivamente processuais qualquer incompatibilidade material com o regime programado pelo art. 37, § 4º, da Constituição.

O mesmo acontece na órbita das normas constitucionais que apontam para a tipificação da conduta do crime de responsabilidade, as normas objetivas.

Nesse complexo normativo, a improbidade administrativa como crime de responsabilidade é a que está embutida no inciso V do art. 85, ao considerar crime de responsabilidade os atos praticados pelo Presidente da República contra a probidade na administração. Portanto, só nessa hipótese é que ocorre uma efetiva concorrência de regimes no âmbito do direito material (o regime geral do art. 37, § 4º, e o regime especial do art. 85, inciso V).⁷

6 Até julho de 2015, o processo encontrava-se com julgamento suspenso, em virtude de pedido de vista do Ministro Luís Roberto Barroso.

7 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa*: doutrina, legislação e jurisprudência, Atlas, 2012. p. 51-52.

De modo intermediário, há ainda uma terceira corrente, segundo a qual é possível a coexistência de ambas as demandas (improbidade e crime de responsabilidade), cada qual com sanções distintas. As sanções políticas (perda do cargo e suspensão de direitos políticos) só poderão ser impostas na ação por crime de responsabilidade, enquanto as demais só haverão de ser aplicadas na ação de improbidade administrativa.⁸

Ressalte-se, no entanto, que mesmo sob tal enfoque permanece a distinção entre crimes de responsabilidade e atos de improbidade administrativa, ainda que estes também se amoldem às figuras descritas na Lei n.º 1.079/1950.

Ademais, se ambos os ilícitos fossem sinônimos, evidentemente não haveria a necessidade de previsão em diplomas distintos, o que levaria à necessária conclusão (equivocada, ressalte-se) de que a Lei n.º 1.079/1950 estaria revogada, porque inteiramente disciplinada a matéria, pela subsequente Lei n.º 8.429/1992.

Os atos qualificados como ímprobos caracterizam desvio de conduta do servidor, que passa a agir para satisfazer interesse próprio ou de terceiros, em detrimento da dignidade da função pública. Trata-se de comportamentos graves, contrários à boa gestão da coisa pública e que, portanto, merecem exemplar punição.

Não por outro motivo, a Constituição da República determinou, em seu artigo 37, § 4º, que os atos de improbidade administrativa ensejarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. No mesmo sentido, encontram-se os artigos 5º, 6º e 12 da Lei n.º 8.429/1992.

8 Neste sentido, afirmam Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende de Oliveira: “Não há que se falar em imunidade do agente político à aplicação da Lei de Improbidade Administrativa. A interpretação sistemática do ordenamento jurídico demonstra que a intenção do legislador constituinte foi a de estabelecer regras especiais para os agentes políticos que cometerem atos de improbidade/ crimes de responsabilidade em relação exclusivamente à aplicação de sanções políticas (perda do cargo e inabilitação temporária para o exercício de função pública), mas não no tocante às demais sanções que não possuem caráter político e que estão previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992. Destarte, o agente político pode ser responsabilizado, pelo mesmo fato, com fundamento na legislação especial, que trata do crime de responsabilidade, e na Lei 8.429/1992, ressalvada a aplicação de sanções políticas, sem que isso configure bis in idem. No processo e julgamento por crimes de responsabilidade serão aplicadas as sanções políticas (perda do cargo e inabilitação temporária para o exercício de função pública), enquanto na ação judicial de improbidade administrativa o magistrado aplicará as demais sanções elencadas na Lei 8.429/1992 (ressarcimento ao erário, multa civil etc.)” (In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *Manual de improbidade administrativa*. São Paulo: Método, 2012. p. 52).

Ressalte-se que todo ato de improbidade é, por natureza, grave. Com efeito, desviar recursos públicos, causando prejuízo ao erário, receber benefícios ilícitos valendo-se do cargo público ou deixar de observar os princípios basilares da Administração Pública são condutas inadmissíveis.

Asseverar que o magistrado pode deixar de aplicar algumas sanções previstas na Lei n.º 8.429/1992 não afasta tal raciocínio. É evidente que determinado ato ímprobo pode ser mais gravoso que outro, justificando a gradação das penas e a eventual não aplicação da multa civil e da proibição de contratar com o Poder Público (sanções não previstas no Texto Constitucional e, no entender deste autor, as únicas que podem ser afastadas pelo julgador). No entanto, volta-se a dizer, todos são atos graves; tão graves que a Constituição da República a eles fez expressa referência e determinou a imposição de sanções específicas.

Veja que, ao contrário de tantas outras condutas ilícitas previstas na legislação ordinária, os atos ímprobos foram eleitos pela Carta de 1988 como comportamentos que, em respeito aos princípios republicanos nela albergados, não poderiam deixar de ser punidos severamente. Decidiu o Constituinte, então, por já estabelecer as sanções necessariamente aplicáveis: a suspensão de direitos políticos e a perda da função pública⁹. Ao assim proceder, o Texto Magno realizou, a priori, o juízo de ponderação.

A gravidade dos atos de improbidade revela-se, ainda, na própria definição das condutas, todas decorrentes de dolo ou de culpa grave¹⁰. De fato, a conduta há de ser conscientemente destinada a obter o fim ilícito, seja pela vontade direta (dolo), seja pela assunção de sua ocorrência, quando da prática de ato que, ao servidor minimamente cuidadoso, já pareceria indevido (culpa grave).

Como bem esclarece Fábio Medina Osório, a lei de improbidade administrativa, mesmo ao prever condutas culposas, não visa a punir

9 O ressarcimento ao erário e a indisponibilidade de bens, apesar de igualmente previstos na Carta da República, não são verdadeiras sanções, mas providências de caráter indenizatório e cautelar, respectivamente.

10 Observe-se que a distinção entre culpa grave e culpa leve nem sempre é admitida na doutrina. Negando tal diferenciação para fins de qualificação da improbidade, Waldo Fazzio Júnior sustenta que o artigo 10 da Lei n.º 8.429/1992 adotou a culpa em sentido estrito (fundada em imprudência, negligência ou imperícia), não exigindo culpa grave. Para o autor, a culpa grave confunde-se com o dolo, logo não haveria necessidade de a ela fazer referência a lei (*Improbidade Administrativa*, p. 134-135). Discorda-se de tal entendimento, pois a equiparação de culpa grave ao dolo representa ampliação das condutas tipificadas nos artigos 9º e 11 da Lei n.º 8.429/1992, adotando-se interpretação extensiva à norma que, dotada de caráter sancionatório, há de ser interpretada restritivamente.

qualquer equívoco praticado por servidor público, mas tão somente os atos que exteriorizam desonestidade. Assevera o ilustre doutrinador:

Insista-se que a culpa não se confunde com o erro profissional. Daí por que a jurisprudência pode mencionar que a LGIA não pune o “inábil” mas o desonesto. Essa assertiva, tão explorada por alguns setores, há de ser compreendida. O administrador “inábil”, no dizer do acórdão aqui comentado, significa o que erra dentro das margens de erro profissional. A LGIA não pode realmente punir todo e qualquer erro dos gestores públicos, sob pena de se consagrar como espúria e manifestamente injusta, até mesmo draconiana, para usarmos uma expressão em voga. Porém, o fato de não alcançar a mera inabilidade dos agentes públicos não retira da LGIA a legítima possibilidade de proibir e sancionar comportamentos gravemente culposos, dentro de um esquema de tipicidade montado sobre as bases da legalidade e da segurança jurídica.¹¹

Assim, entendendo o magistrado que o servidor incorreu em culpa escusável (e.g., erro decorrente de má interpretação da lei, sem que demonstrada a má-fé), não haverá ato de improbidade algum. A conduta ímproba, quando culposa, exige erro grosseiro e inadmissível.¹² Deste modo, o ato de improbidade será sempre grave, a justificar a necessária aplicação de determinadas punições.

Rejeita-se, aqui, a tese de que existem atos de improbidade “sem grande relevância”¹³, os quais não devem ser punidos com as sanções extremas da suspensão de direitos políticos e perda do cargo. Como já aduzido nas linhas anteriores, não há ato de improbidade leve; se a conduta for assim qualificada, então não haverá improbidade alguma, mas irregularidade ou ilegalidade outra, sujeitas à aplicação de sanções administrativas previstas nos respectivos estatutos funcionais.

Volta-se a dizer: só há improbidade decorrente de dolo ou de culpa grave. Como assente na jurisprudência, as sanções previstas no artigo 37, § 4º, da Constituição da República, e na Lei n.º 8.429/1992 destinam-se a punir o servidor desonesto e não o inábil. Havendo desonestidade, o ato será ímprobo e, obviamente, grave por natureza, justificando a cogente aplicação

11 OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública – corrupção – ineficiência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 231-232.

12 Neste sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. São Paulo: Método, 2012. p. 86.

13 Expressão utilizada por FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 517.

das sanções previstas na Constituição da República, de modo a excluir o indivíduo do serviço público (com a perda do cargo, emprego ou função) e obstar, por determinado tempo, o seu retorno, inclusive para cargos eletivos (o que se dá com a suspensão dos direitos políticos). Ao julgador, entretanto, confere-se a prerrogativa de não impor as demais sanções previstas na Lei n.º 8.429/1992 se, à luz das circunstâncias, as entender desnecessárias.

Consideremos, por exemplo, o servidor que, agindo com culpa grave, causa prejuízo ao erário, mas não obtém qualquer ganho patrimonial. É evidente que tal situação denota menor gravidade se comparada a do servidor que age dolosamente para causar prejuízo ao erário ou para enriquecer ilicitamente.

No entanto, porque o agente incorreu em culpa grave¹⁴, estarão justificadas a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, apesar de razoável a não aplicação da multa civil e da proibição de contratar com o Poder Público. Veja que não se está a punir o “minúsculo agente público que se entregou à infeliz praxe da irregularidade administrativa de pequena monta”¹⁵, pois improbidade não se confunde com irregularidade administrativa. Esta, ainda mais se de pequena monta, sequer haverá de ser qualificada como improbidade.

A circunstância de o agente ímprobo ocupar ou não o mais alto escalão da Administração Pública em nada interfere na caracterização da improbidade. Todo aquele que, com dolo ou culpa grave (a denotar desonestidade), causa prejuízo ao erário, enriquece ilicitamente ou tão só atenta contra os princípios da Administração, deverá ser considerado inapto para o exercício das funções públicas, seja a do cargo ou emprego que ocupa, seja a de qualquer outro cargo ou emprego que almeje ocupar. Em consequência, o condenado haverá de perder a função pública e, para evitar o reingresso nos quadros da Administração, ter suspensos os seus direitos políticos por determinado lapso temporal.

Observe-se que a individualização da sanção por improbidade administrativa é plenamente possível, ainda que obrigatórias, em todos os casos, a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública.

Com efeito, a distinção entre os atos de improbidade dolosos e os amparados em culpa grave, ou entre aqueles que ensejam enriquecimento ilícito (artigo 9º da Lei n.º 8.429/1992), os que causam prejuízo ao erário

14 Lembre-se que, se o erro for justificável ou decorrente de inabilidade (sem que caracterizada desonestidade), não haverá improbidade administrativa alguma.

15 FAZZIO JÚNIOR, op. cit., p. 517.

(artigo 10 da Lei n.º 8.429/1992) e os que atentam contra os princípios da Administração Pública (artigo 11 da Lei n.º 8.429/1992), será realizada, quando da imputação das “penas”, dos seguintes modos: i) pela fixação de distintos períodos de suspensão dos direitos políticos; ii) pela aplicação ou não da multa civil e fixação de valores distintos a tal título; e, finalmente, iii) pela proibição ou não de contratar com o Poder Público, estabelecendo, caso aplicada tal medida, períodos diversos, como autoriza o artigo 12 da Lei n.º 8.429/1992.

Assim, não se estará a punir igualmente servidores que praticaram atos de improbidade de gravidades distintas. O que se tem é a aplicação das sanções previstas impositivamente na Constituição da República (que já fez um juízo de ponderação a priori), com o eventual afastamento daquelas previstas complementarmente na Lei n.º 8.429/1992.

À luz de tais argumentos, pode-se concluir que, pela só natureza do ato de improbidade administrativa, nem todas as sanções previstas na Lei n.º 8.429/1992 estão realmente submetidas ao juízo de proporcionalidade do magistrado. As sanções previstas no Texto Constitucional encontram-se fora do âmbito de decisão do julgador, não podendo ele deixar de aplicá-las, com base em sua compreensão (obviamente subjetiva) acerca da gravidade da conduta.

3 DAS SANÇÕES AOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Como antes referido, segundo a corrente majoritária, as punições ao agente ímprobo devem ser fixadas livremente pelo magistrado, valendo-se de juízo de razoabilidade. É a gravidade da conduta que justificaria a aplicação das penas devidas, como expressamente autorizado pelo artigo 12, caput e parágrafo único, da Lei n.º 8.429/1992.

Tal entendimento, com a devida vênia, merece críticas. Observe-se, desde logo, que a prática de ato ímprobo é manifestamente nociva à Administração Pública, pois implica a satisfação de interesse privado em detrimento da função pública. A improbidade, como visto, é conduta grave por natureza, o que nos leva a concluir que, mesmo não sendo impositivas algumas das punições elencadas na Lei n.º 8.429/1992 (i.e., não sejam necessariamente aplicadas ao agente ímprobo), outras o serão em todas as hipóteses, por constituírem o “núcleo” do sistema repressivo em análise.

Os atos de improbidade administrativa expõem o agente público às seguintes punições: i) suspensão dos direitos políticos; ii) perda da função pública; iii) proibição de contratar com o Poder Público e de receber benefícios

ou incentivos fiscais e creditícios; e iv) multa civil. Todas as referidas “penas” encontram-se previstas no artigo 12 da Lei n.º 8.429/1992, estando as duas primeiras também elencadas no artigo 37, § 4º, da Constituição.

Esclareça-se, no entanto, que o ressarcimento do dano causado ao erário e a perda dos bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio do servidor não representam verdadeiras sanções, apesar de também previstos na Carta Magna e na Lei n.º 8.429/1992. Em verdade, tais providências visam a recompor o patrimônio do ente lesado e a restabelecer o estado quo ante. Trata-se de providências inequivocamente pecuniárias e não punitivas.¹⁶

O caráter não punitivo das citadas medidas é reforçado pelo estatuído no artigo 8º da Lei n.º 8.429/1992, segundo o qual os sucessores do agente ímprobo responderão pelos prejuízos e pelo acréscimo ilícito no limite da herança. Ora, sabendo-se que a pena não ultrapassa a pessoa do condenado, fica evidente que tanto o ressarcimento quanto a perda do acréscimo ilícito estão excluídos de tal categoria, pois de outro modo não alcançariam os herdeiros do agente ímprobo.¹⁷

Apesar de o artigo 12, caput, da Lei n.º 8.429/1992, admitir a não cumulatividade das sanções nela previstas, o juízo não pode livrar o condenado da perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente e do dever de ressarcir o erário, pois tais medidas revelam-se cogentes.

O ressarcimento ao erário, tendo por fim a recomposição do patrimônio estatal, há de ser necessariamente imposto ao agente que tenha causado dano, pois irrenunciável o interesse público. Não pode o magistrado dispor do erário, admitindo que o ímprobo deixe de reparar o prejuízo. Se assim ocorrer, o condenado acabará por beneficiar-se de sua própria torpeza, restando violado o princípio basilar do Direito segundo o qual todo aquele que causar dano a outrem está obrigado a ressarcir-lo.¹⁸

16 Pondera José Antônio Lisbôa Neiva: “É importante ressaltar, inicialmente, que, em relação ao ressarcimento dos prejuízos sofridos e à perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, tais medidas não têm natureza punitiva. A primeira trata de mera recomposição em virtude de um dano sofrido pela pessoa jurídica em seu patrimônio por ato do agente público. A segunda (perda dos bens ou valores) busca ‘unicamente reconduzir o agente à situação anterior à prática do ilícito, mantendo imutável seu patrimônio legítimo.” (In: NEIVA, José Antônio Lisbôa. *Improbidade Administrativa*: legislação comentada artigo por artigo – doutrina, legislação e jurisprudência, Niterói: Impetus, 2009. p. 109)

17 Neste sentido: NEVES; OLIVEIRA, op. cit., p. 212-213.

18 Afirma Waldo Fazzio Júnior: “É bom considerar que o ressarcimento do prejuízo causado ao Erário não pode ser considerado propriamente uma sanção, senão uma consequência imediata e necessária do ato de improbidade lesivo, razão pela qual não pode ser excluído, em homenagem ao princípio da proporcionalidade.” (In: FAZZIO JÚNIOR, op. cit., p. 498).

De igual modo, a perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente também será de aplicação compulsória, em decorrência do princípio da vedação do enriquecimento sem causa (*nemo potest lucupletari jactura aliena*).

Não se pode admitir que o agente, valendo-se da função pública, venha a se locupletar ilicitamente, mantendo para si os bens que adquiriu como fruto de sua conduta ímproba. Deixar o magistrado de impor o perdimento dos bens representará, na prática, recompensa ao agente, o que, por evidente, não é compatível com o ordenamento jurídico.

Em vista de tais circunstâncias, já se pode verificar que a interpretação literal do artigo 12, caput, da Lei n.º 8.429/1992, no ponto em que autoriza a aplicação isolada das penalidades, revela-se incompatível com o ordenamento jurídico. Pelo menos o ressarcimento ao erário (quando aferida a lesão patrimonial) e o perdimento de bens acrescidos ilicitamente (se ocorrida tal hipótese) são necessária e cumulativamente impostos, não havendo aí qualquer discricionariedade judicial.

Corroborar tal conclusão o disposto nos artigos 5º e 6º da referida Lei n.º 8.429/1992, os quais determinam, impositivamente, o integral ressarcimento do dano e a perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do servidor ou do beneficiário do ato ímprobo. Portanto, considerando que o artigo 12, caput, há de ser interpretado em harmonia com os antecedentes dispositivos da mesma Lei n.º 8.429/1992 (interpretação sistemática), conclui-se que nem todas as providências nele estabelecidas encontram-se submetidas ao juízo de ponderação do magistrado.

Não se diga aqui, em defesa da tal ampla discricionariedade do julgador, que, sendo tais medidas de natureza ressarcitória (e não punitiva), a Lei n.º 8.429/1992 teria autorizado o juízo de ponderação apenas no tocante às verdadeiras sanções, a saber: perda da função pública, suspensão de direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Tal entendimento, porém, não há de vigorar, pois o artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa claramente trata de forma idêntica todas as cominações ao ato ímprobo nele previstas. Assim, se defendido for o posicionamento acima, já se estará a admitir que a redação de tal dispositivo é atécnica, não podendo ser interpretada literalmente. Aberta estará, portanto, a possibilidade de se questionar tal ampla discricionariedade conferida ao magistrado para a fixação das medidas enumeradas na lei.

Em uma análise mais apurada das verdadeiras punições estabelecidas para os atos de improbidade administrativa, chegar-se-á à conclusão de que duas delas exsurtem impositivas, não cabendo ao julgador afastá-las, sob pena de desrespeito ao ordenamento jurídico. Assim, deverão ser reconhecidas como sanções necessariamente aplicáveis ao agente ímprobo: i) a perda da função pública e ii) a suspensão dos direitos políticos.

O primeiro argumento em defesa da necessária aplicação de tais sanções tem por respaldo o artigo 37, § 4º, da Constituição da República, segundo o qual os atos de improbidade administrativa “importarão” a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens (providência de natureza cautelar) e o ressarcimento ao erário. Trata-se de norma cogente, que impõe tais consequências jurídicas.

A ponderação acerca da pertinência das referidas medidas já foi realizada pelo Constituinte, tendo em vista a gravidade ínsita aos atos de improbidade administrativa. Assim, à luz do Texto Constitucional, ao agente ímprobo devem ser aplicadas necessariamente a perda da função pública e a suspensão de direitos políticos, de modo a evitar, a um só tempo, a continuidade na prática de atos lesivos à Administração e o imediato retorno ao serviço público.¹⁹

A circunstância de a Carta da República ter transferido à legislação ordinária a competência para determinar a forma e a gradação para a aplicação das citadas medidas não significa que tenha o Constituinte autorizado a não cumulatividade. Em verdade, a Constituição de 1988 simplesmente conferiu ao legislador o dever de estabelecer o procedimento e a extensão (quantum) das penalidades.

Com efeito, deve-se entender por forma o modo como as “penas” serão aplicadas, cabendo ao legislador infraconstitucional estabelecer o momento e o procedimento a ser observado para a adoção das providências enumeradas no artigo 37, § 4º, da Constituição da República.

19 Assevera Pedro Roberto Decomain: “O próprio texto constitucional impõe a aplicação pelo menos de três sanções, uma das quais de caráter indenizatório: suspensão de direitos políticos, perda da função pública e ressarcimento de danos ao Erário. Nada existe no dispositivo constitucional que permita concluir pela possibilidade de que alguma dessas sanções ali previstas (exceto, claro, ressarcimento de danos, quando não os haja) possa deixar de ser aplicada.”. E completa: “Aliás, a previsão, no parágrafo 4º, do art. 37, da CF, de que os atos de improbidade administrativa importarão (expressão de inescindível caráter coercitivo) suspensão dos direitos políticos e perda da função pública constitui a essência do sancionamento constitucional da improbidade.” (In: DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 216-217).

Assim, nos termos do artigo 20 da Lei n.º 8.429/1992, a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública só ocorrem após o trânsito em julgado da condenação²⁰ que, ao seu turno, pressupõe o regular trâmite de especial procedimento (necessariamente judicial), no qual, dentre outras garantias processuais conferidas ao servidor, tem-se a abertura de prazo para defesa prévia, antes mesmo do recebimento da inicial (artigo 17, § 7º, da Lei n.º 8.429/1992). E mais, da decisão que admitir a ação e determinar a citação, o demandado poderá recorrer de imediato, via agravo de instrumento, conforme estabelecido no artigo 17, § 8º, da Lei de Improbidade Administrativa.

Também determinou o legislador que, em vista da gravidade dos fatos, não são autorizados acordo, transação e conciliação na ação disciplinada pela Lei n.º 8.429/1992 (artigo 17, § 1º). No tocante ao ressarcimento ao erário, estabeleceu-se que caberá ao magistrado destinar os recursos ao ente público lesado (artigo 18).

Como se pode verificar, trata-se de fixar o modo como tais providências haverão de ser adotadas. A forma, então, circunscreve-se ao procedimento a ser observado pelo magistrado e não a qualquer discricionariedade no que tange à aplicação das medidas enumeradas no artigo 37, § 4º, da Constituição da República.

Adotando tal raciocínio, ensina Pedro Roberto Decomain:

Nem mesmo a referência a forma e a gradação previstas em lei, constante do parágrafo 4º do art. 37 da CF/88, permite a conclusão de que poderia deixar de ocorrer a aplicação de alguma das penalidades previstas pelo dispositivo constitucional.

É que o parágrafo remeteu à lei ordinária apenas a previsão do modo como as penalidades seriam aplicadas, e do seu montante, hipótese que, por evidente, ficaria relacionada, em face das sanções previstas na própria Constituição, unicamente à suspensão dos direitos políticos. À lei ordinária caberia, então, definir (o que foi feito pela Lei n. 8.429/92) a duração da referida suspensão.

20 O trânsito em julgado da condenação é indispensável para a perda da função pública, ou seja, para o desfazimento do vínculo jurídico entre o servidor e o Poder Público. Nada impede que, em caráter cautelar, com o fito de evitar a continuidade na prática de atos ímprobos, em prejuízo ao interesse público, o magistrado determine o afastamento do exercício do cargo, emprego ou função pública, mantida a remuneração, nos termos do artigo 20, parágrafo único, da Lei n.º 8.429/1992.

Tocante à referência à forma como as sanções seriam aplicadas, tem-se que o parágrafo apenas indica que a lei disciplinará o modo de aplicação das sanções, é dizer, competência para isso e procedimento a ser observado.²¹

Ademais, a Carta de 1988 utilizou-se do verbo “importar” e não de qualquer outro termo ou expressão que induzisse à mera faculdade de o magistrado adotar ou não as providências nela estabelecidas (o Constituinte, se assim quisesse, utilizaria verbos que denotassem alguma discricionariedade, tais como “poderão” ou “autorizarão”).

Por conseguinte, as sanções expressamente referidas pela Constituição da República não podem deixar de ser aplicadas. O juízo de ponderação já foi feito pelo legislador constituinte, em vista da gravidade inerente a todos os atos de improbidade administrativa.²²

Ressalte-se que a tese ora defendida é a de que a Constituição da República definiu um elenco mínimo de punições que devem ser necessariamente aplicadas ao agente ímprobo. Em nenhum momento se afirma que o artigo 37, § 4º, da Carta Magna, definiu rol exaustivo a impedir que outras sanções sejam estabelecidas em lei ordinária.

Discorda-se, portanto, do raciocínio de Waldo Fazzio Júnior, para quem, a se admitir o caráter impositivo do artigo 37, § 4º, da Constituição, “nenhuma outra sanção, salvo aquelas estipuladas na Constituição Federal, poderia incidir, sob pena de se recepcionar a meia imperatividade.”²³ Como aduzido linhas atrás, a norma constitucional apenas definiu o núcleo do regime punitivo dos atos de improbidade, ou seja, as sanções que, em virtude da gravidade inerente a todo ato ímprobo, devem ser necessariamente aplicadas.

O Constituinte fez um juízo de ponderação a priori, sem impedir, entretanto, que o legislador estabelecesse outras punições. O imperativo refere-se à aplicação das sanções previstas no artigo 37, § 4º, da Carta

21 DECOMAIN, op. cit., p. 216.

22 Afirma Decomain: “Se o ato pode ser vislumbrado como caracterizador de improbidade, é grave o suficiente, ao juízo da própria Constituição, para que o seu autor seja afastado do exercício de qualquer função pública que esteja a ocupar, assim como é grave o suficiente para que do exercício de funções públicas permaneça afastado por mais algum tempo, justamente em decorrência da suspensão de seus direitos políticos.” (op. cit., p. 217)

23 FAZZIO JÚNIOR, op. cit., p. 516.

Magna, e não que apenas estas sejam adotadas. O rol é de sanções cogentes, mas não exaustivas.

Em verdade, as sanções previstas na Lei n.º 8.429/1992 (multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais ou creditícios) têm caráter complementar. A aplicação de tais medidas só ocorrerá se o magistrado entender insuficientes as punições estabelecidas compulsoriamente no Texto Constitucional.

Ora, partindo-se da premissa de que a vontade do Constituinte é afastar o servidor ímprobo dos quadros da Administração e evitar que, por determinado lapso temporal, exerça novas funções públicas, as demais punições eventualmente previstas em lei ordinária exsurgem meramente acessórias e não impositivas.²⁴

Destarte, conclui-se que o Texto Constitucional, face à redação imperativa do § 4º de seu artigo 37, determina que duas “penas” deverão de ser necessariamente aplicadas: a suspensão de direitos políticos e a perda da função pública (o ressarcimento e a indisponibilidade de bens, apesar de providências igualmente cogentes, não são verdadeiras sanções, mas reparação civil e medida de natureza cautelar destinada a assegurar a eficácia de eventual provimento condenatório, respectivamente).

Já as demais sanções previstas na legislação ordinária (em específico, a multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais ou creditícios²⁵), porque não impostas pela Carta da República, poderão ser afastadas, de acordo com o juízo de ponderação do magistrado, como autoriza o artigo 12 da Lei n.º 8.429/1992.

Ocorre que, segundo a doutrina majoritária, é exatamente o artigo 12, caput, da Lei n.º 8.429/1992, que confere ao juiz a discricionariedade para estabelecer quais sanções serão impostas no caso concreto. Tal raciocínio, entretanto, merece críticas, pois a lei ordinária não pode violar

24 Neste sentido, ensina Emerson Garcia: “O art. 37, § 4º, da Constituição prevê sanções que deveriam ser necessariamente disciplinadas pelo legislador, o que não importou em qualquer limitação ao seu poder discricionário na cominação de outras mais. E ainda, a indisponibilidade de bens prevista na Constituição não é um fim em si mesma, mas instrumento garantidor da eficácia das sanções pecuniárias, o que reforça a assertiva de que ao legislador infraconstitucional foi delegada a tarefa de discriminar aquelas que seriam por seu intermédio garantidas. Por não haver qualquer incompatibilidade com o texto constitucional, não há que se falar em inconstitucionalidade do art. 12 da Lei nº 8.429/1992.” (In: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 412)

25 Como já ressaltado anteriormente, a perda dos valores acrescidos ao patrimônio do agente ímprobo é sanção de obrigatoria imposição pelo magistrado, já que inadmissível o enriquecimento ilícito.

a Constituição da República. Ora, se a Carta Magna asseverou que o ato de improbidade “importará” a suspensão de direitos políticos, a perda da função e o ressarcimento ao erário, não compete à lei dispor em sentido contrário.

Assim, a não cumulatividade a que faz alusão a Lei de Improbidade Administrativa restringe-se à multa civil e à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais ou creditícios. Quanto às providências enumeradas no artigo 37, § 4º, da Constituição da República, a lei ordinária só pode estabelecer a forma (normas processuais para o julgamento da ação de improbidade e modo de aplicação das punições) e a gradação das sanções.

Ressalte-se que a circunstância de ter a Lei n.º 12.120/2009 alterado o artigo 12 da Lei n.º 8.429/1992, para prever expressamente a possibilidade de aplicação isolada das sanções nele elencadas, em nada altera o raciocínio ora desenvolvido. De fato, a nova redação conferida à Lei de Improbidade Administrativa serve, tão somente, para explicitar que não há necessária cumulação de todas as sanções, o que, entretanto, não significa afastar a aplicação daquelas que a Constituição da República já determinou a priori.

Em outras palavras, por respeito à eficácia normativa da Constituição da República, a Lei n.º 12.120/2009 cuidou apenas das medidas sancionatórias acrescentadas pela Lei n.º 8.429/1992. Assim, a alteração legislativa restou útil para afastar a cogente aplicação da multa civil e da proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, a par daquelas que a Constituição de 1988 impôs coercitivamente no artigo 37, § 4º.

Nada obstante, ainda que se desconsidere o caráter impositivo do artigo 37, § 4º, da Constituição da República, a aplicação compulsória da suspensão de direitos políticos e da perda da função pública em todas as condenações por improbidade administrativa haverá de ser reconhecida como resultado da interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

3.1 Suspensão de Direitos Políticos

Começamos pela suspensão de direitos políticos. Segundo o entendimento defendido neste trabalho, tal punição há de ser necessariamente aplicada, já que o ímprobo, além de não estar habilitado a exercer as atribuições de seu cargo ou emprego, também não deverá assumir qualquer outra função pública, por determinado tempo.

De fato, não é razoável admitir que o agente recém-condenado por improbidade administrativa possa logo assumir outra função pública, como se nada tivesse ocorrido. Em defesa da sociedade e com vistas a preservar a dignidade da função pública, impõe-se que o indivíduo não integre os quadros da Administração por prazo razoável, dentro do qual estará ele inabilitado a exercer qualquer atividade estatal.

No entanto, para que o indivíduo esteja proibido de ocupar cargo, emprego ou função pública é necessário que tenham sido suspensos os seus direitos políticos.²⁶ Observe-se que, dentre os vários requisitos de acesso aos cargos públicos, apenas o exercício de direitos políticos pode ser obstado em decorrência da prática de ato de improbidade administrativa.²⁷

Sendo assim, partindo-se da premissa de que o ímprobo não deve, por algum tempo, exercer função pública, a suspensão de direitos políticos apresenta-se indispensável para que tal fim seja alcançado.

A suspensão de direitos políticos também se impõe para obstar que o condenado por improbidade administrativa venha a ocupar cargo eletivo. Ora, se o servidor ímprobo não deve exercer qualquer cargo, emprego ou função pública (ainda que aprovado em concurso público), também não poderá ocupar cargo eletivo, sob pena de inadmissível inversão de valores.

A impossibilidade de o agente ímprobo ocupar um cargo político decorre da circunstância de ser a idoneidade do candidato um dos pressupostos para o acesso aos cargos eletivos. Não foi por outro motivo que a Constituição da República, em seu artigo 14, § 9º, claramente estabeleceu a probidade administrativa e a moralidade como fatores a serem observados para o exercício da capacidade eleitoral passiva.

Como admitir que um condenado por improbidade administrativa ocupe um cargo político, no qual, por sua relevância, espera-se que represente os interesses da coletividade e não os seus próprios? Tratando-se de agente

26 Afirma Pedro Roberto Decomain: "Com tais sanções, o que se pretende é afastar o ímprobo do exercício de qualquer função pública, com o qual se mostrou incompatibilizado justamente pela prática de ato de improbidade, e mantê-lo afastado de funções dessa índole por algum tempo, o que se consegue justamente pela suspensão dos direitos políticos." (In: DECOMAIN. op. cit., p. 216)

27 As demais condicionantes previstas em lei – tais como a nacionalidade brasileira, quitação com as obrigações militares e eleitorais, nível de escolaridade compatível com as atribuições do cargo, idade mínima, tempo mínimo de exercício de determinada atividade, aptidão física e aptidão mental – obviamente não são atingidas por eventual condenação por improbidade administrativa.

ímprobo, não se pode aceitar que exerça ele a magna função de representação da vontade popular.

Lembre-se que, como bem destacado pelo Ministro Carlos Ayres Brito, nos autos da ADC n.º 30/DF (na qual se questionou a constitucionalidade da Lei Complementar n.º 135/2010), “candidato vem de cândido, que significa - o étimo da palavra explica bem - cândido é puro, é limpo, é depurado eticamente. E candidatura significa limpeza, pureza ética.” Portanto, o agente ímprobo não se encontra habilitado a exercer qualquer cargo político.²⁸

Ocorre que, para evitar o acesso do agente ímprobo aos cargos eletivos, é indispensável que lhe seja aplicada a “pena” de suspensão de seus direitos políticos, com a consequente perda temporária de sua capacidade eleitoral passiva. Deveras, se o Código Eleitoral (Lei n.º 4.737/1965) condiciona o acesso aos cargos eletivos ao gozo de direitos políticos (artigo 94, § 1º, inciso V) e se, como exposto, o condenado por improbidade administrativa não apresenta idoneidade para exercer o mandato popular, a suspensão daqueles direitos revela-se necessária e impositiva, não podendo o magistrado deixar de a aplicar.

Se assim não for, os indivíduos que não demonstraram respeito às instituições, que causaram dano ao erário e que se enriqueceram ilicitamente à custa do Estado poderão livremente se candidatar e, caso vencedores, ocupar cargos de mais alta relevância na República. Portanto, uma vez condenado o agente nos termos da Lei n.º 8.429/1992, haverá de lhe ser aplicada a suspensão de direitos políticos, a fim de evitar o exercício da capacidade eleitoral passiva e, por conseguinte, o acesso ao cargo eletivo.

À mesma conclusão se chegará pela análise do Texto Constitucional. De fato, considerando que o artigo 14, § 3º, inciso II, da Carta de 1988, estabelece como condição de elegibilidade o pleno exercício dos direitos políticos, fica evidente que somente pela suspensão autorizada no subsequente artigo 15, inciso V, estará o ímprobo impedido de exercer sua capacidade eleitoral passiva.

Ora, não sendo crível admitir-se a diplomação de quem está condenado por improbidade administrativa, haverá o juiz de

28 Seguindo tal raciocínio, o Ministro Luiz Fux, relator da já citada ADC n.º 30/DF, bem consignou ser a probidade um dos requisitos essenciais para a boa administração pública. Assim consta em seu voto: “Demais disso, é de meridiana clareza que as cobranças da sociedade civil de ética no manejo da coisa pública se acentuaram gravemente. Para o cidadão, hoje é certo que a probidade é condição inafastável para a boa administração pública e, mais do que isso, que a corrupção e a desonestidade são as maiores travas ao desenvolvimento do país.” Disponível em: <<http://stf.jus.br>>.

necessariamente determinar a suspensão de direitos políticos, para que se inclua o condenado no rol de inelegíveis.

Em suma, deve-se concluir que, se o exercício de mandato eletivo pressupõe o respeito à moralidade e à probidade administrativa (artigo 14, § 9º, da Constituição da República) e se apenas com a suspensão de direitos políticos retira-se do indivíduo a capacidade eleitoral passiva (artigo 14, § 3º, inciso II, da Constituição da República; artigo 94, § 1º, do Código Eleitoral; artigo 1º, alínea “I”, da Lei Complementar n.º 64/1990, na redação dada pela Lei Complementar n.º 135/2010), a condenação por improbidade administrativa haverá de ensejar, necessariamente, a suspensão daqueles direitos.

Repita-se: se o magistrado condenar o agente ímprobo, mas não suspender os seus direitos políticos, estará ele autorizando, à revelia do artigo 14, § 9º, da Carta Magna, que o cargo eletivo venha a ser ocupado por quem maltratou os mais basilares princípios que regem a Administração Pública e que, por este motivo, não tem vida pregressa compatível com os preceitos da probidade administrativa e moralidade necessários ao exercício do mandato.

Finalmente, é de se ressaltar que o raciocínio ora desenvolvido não é contraditado pelo disposto na lei de inelegibilidade (Lei Complementar n.º 64/1990), segundo a qual o condenado por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito estará inelegível se lhe forem suspensos os direitos políticos (artigo 1º, alínea “I”, na redação que lhe conferiu a Lei Complementar n.º 135/2010).

Ainda que tal dispositivo legal tenha restringido a inelegibilidade apenas aos atos ímprobos que dolosamente impliquem lesão ao erário e enriquecimento ilícito²⁹ (não abrangendo, portanto, atos de improbidade que configurem desrespeito aos princípios da Administração e atos culposos que ensejam prejuízo ao erário), não significa que apenas nos casos nela previstos seja impositiva a suspensão de direitos políticos.

Em verdade, seguindo o entendimento defendido neste trabalho, persiste cogente a suspensão de direitos políticos em todos os casos de improbidade, com o fito de que, por determinado tempo, o agente não volte

29 O Tribunal Superior Eleitoral firmou entendimento de que a inelegibilidade prevista na Lei da Ficha Limpa decorre da suspensão de direitos políticos aplicada em virtude da prática de ato de improbidade administrativa que tenha acarretado cumulativamente prejuízo ao erário e enriquecimento ilícito, seja do próprio agente, seja de terceiro. Neste sentido: AgR-RO n.º 2604-09.2014.619.0000 (DJE de 23/06/2015); AgR-RO n.º 1404-69.2014.626.0000 (Publicado na sessão de 11/12/2014); AgR-RO n.º 292-66.2014.608.0000 (Publicado na sessão de 27/11/2014)

a ocupar cargo público (eletivo, efetivo ou em comissão). Já o disposto na Lei Complementar n.º 64/1990 tem objetivo diverso, qual seja, evitar que o indivíduo condenado por improbidade administrativa venha a ocupar cargos eletivos mesmo antes do trânsito em julgado, mantendo-se a vedação por período superveniente ao restabelecimento de seus direitos políticos.

Observe-se que a inelegibilidade não se confunde com suspensão de direitos políticos, tendo ela escopo mais restrito. De fato, enquanto a inelegibilidade atinge tão só a capacidade eleitoral passiva (capacidade de ser votado), a suspensão de direitos políticos engloba também a capacidade eleitoral ativa (direito de votar) e outros direitos que em nada se relacionam com o processo eleitoral (como ocupar cargo público e propor ação popular).³⁰

Ademais, enquanto a suspensão de direitos políticos só ocorrerá após o trânsito em julgado da condenação (artigo 20, caput, da Lei n.º 8.429/1992), a inelegibilidade prevista na Lei Complementar n.º 64/1990 subsiste já da decisão proferida por órgão colegiado (antes, portanto, do trânsito em julgado) e findará apenas 8 (oito) anos depois de restabelecidos os direitos políticos.

Ao editar a Lei Complementar n.º 135/2010, o legislador decidiu por vedar ao ímprobo o acesso a determinados cargos públicos (os cargos eletivos) por período que extrapola a suspensão dos direitos políticos. Por força de tal diploma, o agente condenado nos termos da Lei n.º 8.429/1992 estará impedido de exercer sua capacidade eleitoral passiva antes mesmo de suspensos os direitos políticos e por 8 (oito) anos a contar de sua requalificação.

Combinando-se o regime da Lei n.º 8.429/1992 com o da Lei Complementar n.º 64/1990 (com a redação da Lei Complementar n.º 135/2010), ter-se-á, portanto, o seguinte quadro: i) o condenado por improbidade administrativa, incurso no artigo 9º ou no artigo 10 (quando praticado ato doloso do qual tenha advindo lesão ao erário e enriquecimento ilícito), terá suspensos os seus direitos políticos pelo período fixado obrigatoriamente na sentença (o que lhe impedirá de ocupar qualquer cargo, emprego ou função pública, bem como de exercer sua capacidade eleitoral ativa e passiva) e, desde a condenação por órgão colegiado até 8 (oito) anos contados do término

30 Neste sentido, afirma Marcos Ramayana: "Quando tratamos de suspensão de direitos políticos, a pessoa não pode votar nem ser votada por um período de tempo, formando um impedimento temporário para as capacidades eleitorais ativas e passivas, o que é um plus negativo em relação à causa de inelegibilidade, que impede somente a capacidade eleitoral passiva, ou seja, ser eleito." (RAMAYANA, Marcos. A inelegibilidade que decorre da improbidade administrativa sancionada como causa de suspensão de direitos políticos. In: *Paraná Eleitoral: revista brasileira de direito eleitoral e ciência política*, v. 1, n. 3, Curitiba: Tribunal Regional Eleitoral do Paraná, 2012. p. 292)

do período de suspensão de direitos políticos, não poderá se candidatar a qualquer cargo eletivo; e ii) o condenado por improbidade administrativa incurso no artigo 9º (quando não houver lesão ao erário), artigo 10 (quando praticado ato culposo ou quando não houver enriquecimento ilícito) e no artigo 11 da Lei n.º 8.429/1992, terá suspensos os seus direitos políticos pelo período fixado obrigatoriamente na sentença mas, uma vez findo tal prazo, poderá exercer plenamente a capacidade eleitoral ativa e passiva.

Veja que, como a inelegibilidade prevista na Lei Complementar n.º 64/1990 não exige o trânsito em julgado, o agente ímprobo estará impedido de se candidatar a cargo eletivo desde a condenação imposta por órgão colegiado, mas poderá exercer livremente o direito de voto, de propor ação popular e de permanecer no cargo público enquanto estiver em trâmite a demanda, pois não ocorrida a suspensão dos direitos políticos.

Por outro lado, considerando que o objetivo precípua da Lei n.º 8.429/1992 – evitar a assunção de qualquer cargo público (aí incluído o eletivo) – já foi atingido com a suspensão de direitos políticos, nenhuma incongruência haverá se a inelegibilidade – que só se refere aos cargos eletivos – não se estender a todos os condenados por improbidade administrativa.

O legislador estabeleceu, na verdade, uma nova restrição ao agente ímprobo que, ao contrário da suspensão de direitos políticos (prevista no artigo 37, § 4º, da Carta da República), não é imposta, mas simplesmente autorizada, pelo Texto Constitucional. A previsão de inelegibilidade do agente ímprobo é, portanto, decorrência de uma faculdade atribuída ao legislador pelo artigo 14, § 9º, da Constituição da República, razão pela qual nada o impedia de restringi-la a determinadas hipóteses de improbidade administrativa.

Pelo exposto, a circunstância de a Lei Complementar n.º 64/1990 (na redação conferida pela Lei Complementar n.º 135/2010) referir-se apenas aos casos de improbidade por ato doloso que acarrete lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito (não alcançando o ato culposo que implique prejuízo ao erário e o ato de improbidade que viola princípio da Administração Pública) não significa que somente nestas hipóteses deverá ocorrer a suspensão de direitos políticos.

3.2 Perda da Função Pública

A perda da função pública também é sanção impositiva, i.e., não submetida à discricionariedade judicial, não só por força do já citado artigo 37, § 4º, da Constituição da República, mas também em decorrência de

uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico. De início, se a suspensão de direitos políticos é, como visto nas linhas anteriores, punição necessariamente imposta ao agente ímprobo, também o será a perda do cargo.

Em verdade, a suspensão de direitos políticos e a perda da função pública encontram-se indissociavelmente relacionadas, não podendo ser aplicada a primeira sem que também imposta a segunda, pois a extinção do vínculo funcional é decorrência necessária da suspensão dos direitos políticos.

Observe-se que a suspensão de direitos políticos representa a perda temporária dos direitos inerentes à cidadania, os quais, por sua vez, podem ser compreendidos sob duplo enfoque: i) a incapacidade eleitoral ativa e passiva (votar e ser votado – artigo 5º, inciso III, da Lei n.º 4.737/1965 e artigo 14, § 3º, inciso II, da Constituição da República); e ii) a inaptidão para o exercício de funções públicas (proibição que, no âmbito federal, está positivada no artigo 5º, inciso II, da Lei n.º 8.112/1990).³¹

Portanto, acarretando a inaptidão para o exercício de funções públicas, a suspensão de direitos políticos há de ser considerada causa da perda do cargo, pois o indivíduo deixa de atender a um dos requisitos para o exercício da função.

Em outras palavras, a manutenção do cargo público não é compatível com a suspensão dos direitos políticos, já que, se um dos requisitos legais para a assunção das funções públicas é exatamente o pleno exercício dos direitos políticos, sem os quais o indivíduo não pode ser nomeado, a posterior suspensão de tais direitos o tornará inapto para prosseguir no exercício do cargo, emprego ou função. Pode-se dizer, então, que a suspensão dos direitos políticos figura como evento superveniente que, por sua natureza, obsta a manutenção do vínculo funcional.

A permanência do agente ímprobo no cargo, emprego ou função pública, mesmo quando suspensos os seus direitos políticos, revela-se ainda

31 Assevera José Antônio Lisboa Neiva que a suspensão dos direitos políticos é punição que “retira do agente provisoriamente sua qualidade de cidadão, na medida em que não pode usufruir de seus direitos políticos, de votar e de ser votado, bem como de diversos direitos que são decorrentes da cidadania”. (In: NEIVA, op. cit., p. 113-114). Waldo Fazzio Júnior, por seu turno, afirma que o condenado pela prática de ato de improbidade, tendo suspensos seus direitos políticos, não poderá, provisoriamente, exercer o direito de sufrágio (capacidade eleitoral ativa e passiva), exercer o direito à iniciativa popular de lei, ajuizar ação popular, organizar partido político ou dele participar, ser editor ou redator de órgão de imprensa, exercer cargo público e exercer cargo de dirigente em sindicato (In: FAZZIO JÚNIOR, op. cit., p. 506-507).

mais absurda se confrontada com a situação do particular que igualmente tenha sofrido tal sanção política.

Explica-se: caso não determinada a perda da função pública, o servidor estará em condição mais favorável, pois manterá o vínculo jurídico, inclusive em relação ao ente contra quem praticou o ato ímprobo, ao passo que o particular sequer haverá de ser admitido no serviço público. Claro absurdo!

Posto isso, uma vez suspensos os direitos políticos, o servidor não poderá manter o vínculo funcional com a Administração, pelo simples fato de não mais estar atendido o requisito essencial para o exercício de qualquer função pública. Tem-se aqui a perda superveniente de pressuposto de acesso ao serviço público.

Revelando-se material e logicamente inconciliável a manutenção do servidor no cargo, emprego ou função pública, sem que esteja ele no pleno gozo daqueles direitos, a relação jurídica com o Estado deverá ser necessariamente extinta no momento em que ocorrida a suspensão dos direitos políticos.

A perda da função pública como decorrência necessária da suspensão de direitos políticos evitará, ademais, a paradoxal situação na qual servidor permanece no cargo, mas não pode assumir nova função pública, ainda que venha a ser aprovado em concurso. É evidente que o servidor ímprobo não está habilitado a exercer qualquer função pública, seja aquela na qual cometeu o ilícito, seja qualquer outra que venha a assumir.

Esclareça-se que a perda da função pública é aplicável não só ao cargo, emprego ou função no qual cometido o ato ímprobo, mas também a outros nos quais se encontrar o agente, ainda que nomeado ou contratado antes da sentença condenatória.

Apesar de haver entendimentos em sentido contrário, a perda da função deve abranger todo e qualquer vínculo com a Administração, pois o objetivo do ordenamento é claramente afastar o agente ímprobo do serviço público. Neste sentido, afirmam Daniel Amorim Assunção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

Para parcela minoritária da doutrina, a perda da função pública será limitada àquela função exercida pelo agente público no momento da prática do ato de improbidade administrativa. Afirma-se que essa foi a opção do legislador ao prever a perda “da” função pública e não de “função pública,

sendo, ademais, impossível uma condenação genérica e eventual, a colher o agente público no momento de seu trânsito em julgado.

A parcela doutrinária majoritária, com a qual me filio, entende que a função pública que será perdida é aquela exercida pelo agente ímprobo no momento do trânsito em julgado, mesmo que diferente daquela exercida à época em que foi praticado o ato de improbidade administrativa. Nesse sentido também o Superior Tribunal de Justiça. Além de ser interpretação que dá uma maior eficácia à sanção ora analisada, é a única que afasta o agente ímprobo de sua vinculação com a Administração Pública. Que sentido teria reconhecer que o sujeito é ímprobo e mantê-lo nos quadros da Administração Pública, dando-lhe total condição para que venha a repetir a prática de tais atos.³²

Pedro Roberto Decomain sustenta que a perda da função pública alcança inclusive cargo, emprego ou função para os quais tenha sido o indivíduo nomeado ou contratado antes ou após o trânsito em julgado da condenação. Vejamos:

A sanção de perda da função pública somente se torna efetiva com o trânsito em julgado da sentença, consoante previsto às expensas no parágrafo único do art. 20 da Lei n. 8.429/92. Até em razão dessa circunstância, forçoso reconhecer que a sanção de perda da função, cargo ou emprego atinge qualquer cargo, emprego ou função que o requerido esteja exercendo no momento do trânsito em julgado da sentença, ainda quando se trate de cargo, emprego ou função distinto daquele em cujo exercício praticou o ato de improbidade.

Além disso, mesmo que o requerido não esteja exercendo qualquer cargo, emprego ou função pública durante a tramitação do processo ou no momento da publicação da sentença em cartório, ainda assim tem lugar a aplicação a ele da sanção de perda do cargo, emprego ou função. Nesse caso, referida sanção virá a alcançar qualquer cargo, função ou emprego público cujo exercício inicie depois da sentença, mas antes do seu trânsito em julgado.

Exatamente porque a sanção de perda da função, emprego ou cargo público somente se efetiva com o trânsito em julgado da sentença, é que se mostra necessário que seja imposta tal sanção ao requerido, mesmo que durante o processo não esteja exercendo qualquer cargo, emprego ou função dessa índole, afirmando-se, na sentença, que a perda alcançará

32 NEVES; OLIVEIRA, op. cit., p. 217-218.

função, emprego ou cargo público que venha a ser assumido entre a data da publicação da sentença em Cartório e data de seu trânsito em julgado.

[...]

Entende-se que também outros cargos, empregos ou funções públicas, que venham a ser assumidos entre a publicação da sentença em cartório e seu trânsito em julgado, devem ficar compreendidos na determinação de perda do cargo. E isso pela evidente incompatibilidade entre o exercício de qualquer cargo público e a prática de atos de improbidade administrativa.³³

Ao cabo, o referido doutrinador esclarece que a extensão da perda da função pública a qualquer cargo, emprego ou função para os quais foi nomeado ou contratado o agente (em momento posterior ao cometimento do ato de improbidade, inclusive entre a sentença e seu trânsito em julgado), tem por objetivo evitar que, maliciosamente, o servidor ingresse em nova função com o único objetivo de não perder o vínculo com a Administração Pública.³⁴

Os argumentos acima expendidos demonstram que, se a suspensão de direitos políticos é impositiva (para obstar, temporariamente, o acesso o agente ímprobo ao serviço público), a perda da função será decorrência necessária, impositivamente aplicada pelo magistrado, para evitar que o servidor mantenha o vínculo funcional mesmo deixando de atender o pressuposto de acesso aos cargos e funções públicas.

A demissão do agente ímprobo evitará, ainda, outra grave incongruência. Cuida-se da situação na qual o servidor público mantém o cargo no qual praticou o ato ímprobo, ao passo que, se realizada a mesma conduta por um agente político (igualmente agente público), sofrerá ele a impositiva perda do cargo eletivo.

33 DECOMAIN, op. cit., p. 208-211.

34 Afirma o autor: "O entendimento exposto é salutar, exatamente porque, ressalvadas aquelas situações em que há normação específica no texto constitucional e que já foram expostas, impede que aquele que foi considerado autor de ato de improbidade administrativa e a quem foi imposta a penalidade de perda da função pública, deixe seu exercício e inicie o de outra, diferente, antes do trânsito em julgado, persistindo no exercício dessa novel função ou cargo público, mesmo depois de tornada irrecurável a sentença. Em certa medida, tal poderia importar em mecanismo capaz de fazer de força nenhuma a regra, de sede inclusive constitucional (art. 37, parágrafo 4º, da CF/88), de perda da função pública em decorrência da prática de ato de improbidade administrativa." (op. cit., p. 211)

Com efeito, nos termos do artigo 55, inciso IV, c/c § 3º da Constituição da República, os parlamentares com direitos políticos suspensos terão declarada a perda do respectivo cargo, não havendo a possibilidade de a Casa Legislativa decidir de modo diverso.³⁵

Seguindo tal raciocínio, afirma Emerson Garcia que os titulares de mandato eletivo devem perder o respectivo cargo, quando condenados por improbidade administrativa, não havendo, aí, qualquer mácula à soberania popular. Ensina o ilustre autor:

O argumento de que o afastamento dos detentores de mandato importaria em afronta à vontade popular, exteriorizada por intermédio do voto e que reflete a essência da soberania estatal, não merece ser igualmente prestigiado. Com efeito, a escolha popular permite que o agente desempenhe uma função de natureza eminentemente lícita e cujas diretrizes de atuação foram traçadas pelo ordenamento jurídico. Distanciando-se da licitude e rompendo o elo de encadeamento lógico que deve existir entre o mandato outorgado e a função a ser exercida, dissolve-se a legitimidade auferida pelo agente com a eleição, o que, a exemplo do que se verifica em qualquer país democrático, permite ao Poder Judiciário a recomposição da ordem jurídica lesada. Afinal, como afirmou o Padre Antônio Vieira, não faria sentido “em vez de o ladrão restituir o que furtou no ofício, restitua-se o ladrão ao ofício, para que fure ainda mais!”

Não bastasse isto, a perda do mandato eletivo, ainda que não estivesse encartada no gênero “perda da função pública”, seria consequência inevitável da sanção de suspensão dos direitos políticos, o que demonstra a coerência sistêmica da interpretação sugerida.³⁶

Em outra passagem, Emerson Garcia pondera que a suspensão dos direitos políticos imposta na ação por improbidade administrativa vincula o pronunciamento da respectiva Casa Legislativa, que não poderá deixar de declarar a perda do mandato. Assim:

É interessante observar que dentre as sanções previstas nos arts. 15, V, e 37, § 4º, da Constituição e na Lei nº 8.429/1992 está a suspensão dos direitos políticos, sendo consequência desta, como foi visto por ocasião

35 Neste sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal na AP 396-QO/RO (julg. 26/06/2013) e no MS 25.461/DF (julg. 29/06/2006).

36 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 447.

de sua análise, a cassação do mandato. Por força do art. 55, IV, da Constituição, perderá o mandato o parlamentar que tiver seus direitos políticos suspensos, o que será declarado pela Mesa da Casa respectiva. Ao falar em declaração, pretendeu o Constituinte estabelecer uma distinção com a suspensão dos direitos políticos advinda de condenação criminal em sentença transitada em julgado (art. 15, III, da CR/1988).

Nesta última hipótese, apesar de estarem suspensos os direitos políticos do parlamentar, a perda do mandato está condicionada à decisão discricionária da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal (art. 55, VI e § 2º). Diferentemente, tratando-se de suspensão de direitos políticos decorrente de condenação pela prática de ato de improbidade, a Mesa da Casa Legislativa se limitará a verificar o teor da decisão judicial, com ulterior declaração da perda do mandato (art. 55, IV e § 3º).

Essa declaração tem a natureza de ato vinculado, motivo pelo qual não é sequer submetida à apreciação do plenário; logo, a suspensão dos direitos políticos do parlamentar, por meio de decisão proferida na esfera cível, acarretará, de forma indireta, a perda do cargo.³⁷

Portanto, se o cargo representativo da vontade popular – o qual, por essa natureza, goza de maiores garantias, em respeito ao processo eleitoral – não poderá ser mantido nos casos de suspensão de direitos políticos, o que dirá dos servidores estatutários, cujo vínculo é essencialmente profissional, no qual se exige zelo e dedicação às atribuições do cargo, lealdade às instituições e conduta compatível com a moralidade administrativa (artigo 116, incisos I, II e IX, da Lei n.º 8.112/1990)?

Nada obstante, ainda que não fosse impositiva a suspensão de direitos políticos (o que ora se considera apenas *ad argumentandum*), a demissão do servidor persistiria obrigatória para evitar a manutenção do vínculo funcional em face exatamente do ente lesado por sua conduta. Trata-se, a toda evidência, de adotar singelo raciocínio lógico, no sentido de que, sendo grave a conduta ímproba, não se deve aceitar que o servidor permaneça no cargo ou função, no qual poderá cometer novas ilegalidades.

Tal raciocínio está cristalizado, no âmbito da Administração Pública Federal, pelo disposto no artigo 132, inciso IV, da Lei n.º 8.112/1990, segundo o qual a improbidade administrativa enseja a demissão do servidor. Tal dispositivo, aplicado especificamente ao cargo no qual houve a prática do

37 GARCIA; ALVES, op. cit., p. 457.

ato de improbidade, evita que o agente nele permaneça e, por conseguinte, que venha ele a praticar novos atos lesivos à Administração Pública.

Fica evidente, portanto, que a demissão é sanção coativamente imposta pelo ordenamento jurídico, não podendo o magistrado relevá-la. Se assim o fizer, estará o julgador beneficiando o servidor em prejuízo da dignidade da função pública.

Por fim, a tese ora defendida, no sentido de que a suspensão de direitos políticos e perda da função pública devem ser necessariamente impostas nas condenações por improbidade administrativa, aplica-se a todos os agentes públicos (inclusive os políticos), com uma única ressalva: o Presidente da República.³⁸

Como bem ponderado pelo Ministro Teori Zavascki, nos autos da Petição n.º 3240, em referência à mais alta autoridade do Poder Executivo, a própria Constituição da República tratou de incluir dentre os crimes de responsabilidade os atos de improbidade administrativa (artigo 85, inciso V), daí advindo a necessidade de se observar o procedimento próprio da Lei n.º 1.079/1950 e a competência exclusiva do Senado Federal (artigo 86) para impor a perda do mandato.

Destarte, somente para o Presidente da República, a perda do mandato eletivo não poderá advir de decisão proferida em ação por improbidade administrativa, cujo trâmite sequer é possível. Para os demais agentes públicos, políticos ou não, a perda do cargo ou função pública deve ser tida como decorrência necessária da condenação por improbidade administrativa.³⁹

4 CONCLUSÃO

O objetivo deste breve estudo foi o de demonstrar que a discricionariedade judicial na aplicação das sanções ao agente ímprobo não pode ser admitida de modo amplo e irrestrito.

Ao contrário da doutrina e jurisprudência majoritárias, ousou-se defender que, por serem os atos de improbidade graves por natureza, a

38 Quanto aos magistrados e membros do Ministério Público – agentes igualmente sujeitos à perda da função por improbidade administrativa, vide: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. p. 457-460.

39 Em sentido contrário, pelo cabimento da ação por improbidade administrativa em face do Presidente da República, quando a conduta não se amoldar àquelas previstas na Lei n.º 1.079/1950, vide: GARCIA; ALVES, op. cit., p. 453-456.

Constituição da República já realizou um prévio juízo de ponderação, determinando a impositiva aplicação de duas “penas”: a suspensão de direitos políticos e a perda da função pública (artigo 37, § 4º).

Não obstante tenha o Constituinte afirmado que tais sanções haveriam de observar a forma e a gradação previstas em lei, demonstrou-se que tal norma apenas transferiu ao legislador ordinário o ônus de disciplinar o procedimento judicial, o momento de aplicação e o quantum das sanções. Em nenhum instante permitiu a Carta da República que o julgador deixasse de impor a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos.

Seguindo tal raciocínio, o artigo 12, caput, da Lei n.º 8.429/1992, apenas autorizou que o magistrado deixasse de aplicar as sanções previstas exclusivamente em tal diploma (ou seja, a multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios), mas não aquelas já impostas pela Constituição da República.

Em reforço de tal tese, demonstrou-se que a aplicação literal do citado dispositivo legal acabaria por conferir ao julgador a possibilidade de não condenar o réu no dever de ressarcir o dano e na perda dos bens acrescidos ilicitamente, o que, a toda evidência, representaria inadmissível disposição do interesse público e violação ao princípio basilar do Direito que veda o enriquecimento sem causa.

Por conseguinte, a não cumulatividade das sanções, como disposto no artigo 12 da Lei n.º 8.429/1992, não é fundamento legal idôneo para afastar a impositiva aplicação de determinadas punições. Afinal, se tal diploma nem mesmo é capaz de afastar a necessária aplicação de punição nele prevista (i.e., a perda dos bens acrescidos ilicitamente), o que se dirá, então, das punições estabelecidas em norma constitucional?

A cogente suspensão de direitos políticos e a perda da função pública, além de impostos pela Constituição da República (que, em seu artigo 37, § 4º, estabeleceu que os atos de improbidade administrativa importarão tais consequências jurídicas – não se valendo, portanto, de expressão que denotasse mera faculdade), decorre também da própria legislação ordinária.

Quanto à suspensão de direitos políticos, verificou-se que tal medida se impõe para evitar que, por determinado tempo, o indivíduo

ocupe novo cargo público. De fato, considerando que o gozo de tais direitos é previsto como requisito para o ingresso no serviço público, somente pela aplicação daquela sanção estará o magistrado a impedir que o agente ímprobo venha a exercer nova função estatal.

A suspensão de direitos políticos também se revela cogente para obstar o acesso a cargos eletivos. Deveras, considerando que o exercício de mandato eletivo pressupõe o respeito à moralidade e à probidade administrativa (artigo 14, § 9º, da Constituição da República) e se com a suspensão de direitos políticos retira-se do indivíduo a capacidade eleitoral passiva (artigo 14, § 3º, inciso II, da Constituição da República; artigo 94, § 1º, do Código Eleitoral), a condenação por improbidade administrativa haverá de ensejar, necessariamente, a suspensão daqueles direitos.

Quanto à perda da função pública, ponderou-se cuidar de necessária decorrência da suspensão de direitos políticos. De fato, se o gozo de direitos políticos é condição de acesso a cargo, emprego ou função pública, sua posterior suspensão há de ensejar, obviamente, a extinção do vínculo funcional, por superveniente perda do requisito previsto para o ingresso no serviço público.

Ademais, se o particular condenado por improbidade, ao sofrer a suspensão de direitos políticos, não poderá ocupar cargo, emprego ou função pública, como admitir que o servidor permaneça nos quadros da Administração, vinculado exatamente ao ente prejudicado pelo ato ímprobo? Se assim for, a sanção imposta ao servidor será mais branda que a imposta ao particular.

Finalmente, ressaltou-se que, no caso de ocupante de cargo eletivo, a suspensão de direitos políticos implica a consequente perda do mandato. Portanto, se o cargo representativo da vontade popular não poderá ser mantido nos casos de suspensão de direitos políticos, também haverá de ser perdida a função, o cargo efetivo ou o emprego público ocupado por quem, mantendo vínculo essencialmente profissional, encontrava-se obrigado a zelar pelas atribuições que lhe foram investidas, agir com lealdade às instituições e adotar conduta compatível com a moralidade administrativa.

Em conclusão, a discricionariedade judicial para definir as sanções aplicáveis ao condenado por improbidade administrativa circunscreve-se àquelas previstas exclusivamente na Lei n.º 8.429/1992, não se

estendendo às punições estabelecidas, em caráter impositivo, pela Constituição da República.

A não cumulatividade subsiste, portanto, de forma menos abrangente, cabendo ao magistrado aplicar sempre a suspensão de direitos políticos e a perda da função (além da perda dos bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio e o ressarcimento ao erário, nos casos em que ocorrido enriquecimento ou prejuízo ao erário), mas ponderando sobre a necessidade de também impor a multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm>. Acesso em: 30 abr. 2015.

BRASIL. *Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990*. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp64.htm>. Acesso em: 30 abr. 2015.

BRASIL. *Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 30 abr. 2015.

BRASIL. *Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Publicado no Diário Oficial da União de 3 de junho de 1992. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 30 abr. 2015.

BRASIL. *Lei Complementar n.º 135, de 4 de junho de 2010*. Altera a Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp135.htm>. Acesso em: 30 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem na Ação Pena n.º 396/RO*. Autor: Ministério Público do Estado de Rondônia. Réu: Natan Donadon. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 26 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=196&dataPublicacaoDj=04/10/2013&incidente=3976641&codCapitulo=5&numMateria=147&codMateria=1>>. Acesso em: 21 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Ação Cautelar n.º 3585/RS*. Autor: Yeda Rorato Crusius. Réu: Ministério Público Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 2 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=211&dataPublicacaoDj=28/10/2014&incidente=4590827&codCapitulo=5&numMateria=158&codMateria=3>>. Acesso em: 21 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2797/DF*. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Menezes Direito. Brasília, 15 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=242&dataPublicacaoDj=19/12/2006&incidente=2082833&codCapitulo=5&numMateria=43&codMateria=1>>. Acesso em: 21 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n.º 25.461/DF*. Impetrante: Albérico de França Ferreira Filho. Impetrado: Mesa da Câmara dos Deputados e outro. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 29 de junho de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365428>>. Acesso em: 02 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição 3240/DF*. Requerente: Eliseu Lemos Padilha. Requerido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 19 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2250863>>. Acesso em: 21 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n.º 2138/DF*. Reclamante: União. Reclamados: Juiz Federal Substituto da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal e Relator da Ação Cautelar n.º 1999.34.00.016727-9 do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília, 13 de junho de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2044010>>. Acesso em: 21 maio 2015.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2012.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NEIVA, José Antônio Lisbôa Neiva. *Improbidade Administrativa: legislação comentada artigo por artigo – doutrina, legislação e jurisprudência*. Niterói: Impetus, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *Manual de improbidade administrativa*. São Paulo: Método, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública – corrupção - ineficiência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RAMAYANA, Marcos. A inelegibilidade que decorre da improbidade administrativa sancionada como causa de suspensão de direitos políticos. In: *Paraná Eleitoral: revista brasileira de direito eleitoral e ciência política*, v. 1. n. 3. Curitiba: Tribunal Regional Eleitoral do Paraná, 2012.

RECEBIDO EM: 02/10/2015

APROVADO EM: 15/01/2016

ORÇAMENTO E TRANSPARÊNCIA: UMA CONQUISTA SEM FIM OU COMO A GESTÃO PÚBLICA FLERTA COM A OPACIDADE¹

***BUDGET AND TRANSPARENCY: A CONQUEST WITHOUT END HOW
PUBLIC MANAGEMENT FLIRTING WITH OPACITY***

Raimundo Márcio Ribeiro Lima

Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Especialista em Direito Público, com habilitação em Direito Administrativo, pela UnB. Especialista em Docência do Ensino Superior pela UnP. Procurador Federal. Procurador-chefe da PF/UFERSA

A transparência não precisa ser reendida como um valor riamente a ser mizado à custa de outros eresses. E isso certamente mantém importante reconhecer os malefícios às boas decisões que a transparência, como uma salvaguarda contra às más decisões, pode, às vezes, causar².

1 Agradeço ao advogado Willione Pinheiro Alves pelas críticas/sugestões apresentadas ao texto original. As eventuais traduções contidas no texto, contanto que não seja identificada a autoria, são da exclusiva responsabilidade do autor.

2 "Transparency need not be understood as a value necessarily to be maximized at the expense of other interests. And it certainly remains important to recognize the harms to good decisions that transparency, as a safeguard against bad decisions, may at times cause" (SCHAUER, Frederick. Transparency in three

SUMÁRIO: Introdução; 1 Transparência; 1.1 Conceito. 1.1.1 Perspectiva Formal; 1.1.2 Perspectiva Material; 1.2 Transparência e Publicidade; 1.3 Transparência e Acessibilidade de Informações; 2 Transparência como Resultado de um Complexo Processo Orgânico-Funcional; 2.1 Regulação; 2.2 Democracia; 2.3 Eficiência; 2.4 Epistemologia; 3 Transparência e Orçamento; 3.1 Implicações Políticas; 3.2 Implicações Procedimentais; 3.3 Implicações Operacionais; 4 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O artigo discute a relação entre orçamento e transparência como mecanismo de aperfeiçoamento da gestão fiscal, destacando, sobretudo, a importância do controle social para transformação das instituições públicas. A transparência, compreendida em quatro dimensões, isto é, como regulação, democracia, eficiência e epistemologia, garante a viabilidade de importantes vias emancipatórias da sociedade civil em face da gestão orçamentária brasileira. O trabalho também discute relevantes aspectos conceituais da transparência, da acessibilidade de informações e da publicidade no contexto de uma gestão pública democrática. Ademais, a transparência é o resultado de um complexo processo orgânico-funcional que apresenta relevantes consequências políticas, procedimentais e operacionais à Administração Pública. Por outro lado, a transparência não é uma panaceia para a gestão pública, aliás, para evitar a opacidade, é mais importante o compromisso político dos cidadãos com o orçamento público e, claro, a transparência pode contribuir muito para esse propósito dos membros da comunidade política.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública. Orçamento. Transparência. Controle Social. Participação Política.

ABSTRACT: The article discusses the relationship between budget and transparency as mechanism to improve of fiscal management, highlighting, above all, the importance of social control for transformation of public

dimensions. University of Illinois Law Review. Champaign, vol. 2011, nº 04, p. 1.339-1.358, 2011, p.1.356). A citação soa como uma importante advertência: por mais que se deseje transparência, e mesmo que ela se concretize na ambiência pública, é sempre relevante considerar a possibilidade, em casos excepcionais, de uma dinâmica da atuação político-administrativa desvinculada inicialmente da transparência, no que cumpre justamente a função de assegurar os fins prospectados pela sociedade com a gestão pública. Afinal, os resultados da gestão pública, cedo ou tarde, tende a revelar a procedimentalidade adotada pelo gestor e, claro, os efeitos materiais da atuação administrativa, sejam eles positivos ou negativos, mormente numa ambiência de providencial salvaguarda do direito de acesso às informações públicas, conforme a tônica do Open Government. Aliás, sobre o Governo Aberto, que não é propriamente o centro de reflexão deste artigo, até mesmo por limite de espaço, tratando-se de assunto afim, inclusive mais abrangente e com notórias diferenciações, vide: LATHROP, Daniel; RUMA, Laurel (Editors). *Open Government. Collaboration, Transparency, and Participation in Practice*. Sebastopol: O'Reilly, 2010.

institutions. Transparency, understood in four dimensions, i.e., as regulation, democracy, efficiency and epistemology, ensures the viability of important emancipatory way of civil society in the face of the Brazilian budget management. The paper also discusses relevant conceptual aspects of transparency, accessibility information and advertising in the context of a democratic public administration. Furthermore, transparency is the result of a complex organic-functional process that has significant operating, procedural and political consequences to the Public Administration. On the other hand, transparency is not a panacea for public management, in fact, to avoid opacity, the political commitment of citizens with the public budget is more important and of course transparency can contribute much to this purpose the members of the political community.

KEYWORDS: Public Administration. Public Budget. Transparency. Social Control. Political Participation.

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, a transparência é uma expressão bem recorrente nos círculos organizacionais públicos ou privados de qualquer sociedade no mundo globalizado, revelando, assim, um valor que transcende os limites da ocidentalidade. Em verdade, há como que um clamor de que os órgãos públicos sejam transparentes. Exige-se transparência, impõe-se uma atuação transparente etc., porém, a cultura de transparência na vida pública³ parece não ganhar tanto espaço na sociedade brasileira. Naturalmente, as razões disso são bem diversas em função dos objetivos, nem sempre convergentes, arqueados por uma sociedade civil que ainda não se encontra plenamente vigilante sobre o exercício do poder político. Como também diversas são as formas de compreender o processo de consolidação da cultura de transparência, isto é, não há como admitir a efetividade da transparência a partir da diretiva estritamente legislativa, muito menos, apenas nos estreitos limites dos círculos da atuação estatal, até porque a disciplina normativa, não raras vezes, deixa consideráveis espaços à opacidade.

A cultura da transparência deve ser enraizada na sociedade e, para isso, pouco importa se uma pessoa jurídica é pública ou privada, porquanto o tratamento das informações relevantes de qualquer pessoa jurídica acaba por exigir, cedo ou tarde, um necessário filtro da sociedade civil, seja para fins econômicos, seja para fins políticos etc. De todo modo, a disciplina normativa da transparência na ambiência pública é incontestavelmente mais

3 DREZÊ, Jean; SEN, AMARTYA. *Glória Incerta: a Índia e suas contradições*. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes e Laila Coutinho. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 118.

importante que na ambiência privada, por duas razões: (a) toda informação relevante numa sociedade moderna é ou será de interesse público; e (b) a atuação pública só pode existir regularmente em público. Ora, se a ideia de direitos requer uma regulação estatal, não é compreensivo que o exercício deles, no qual exija publicidade ou guarda de informações, não demande algum interesse público, pelo menos no sentido da proteção da informação.

Nesse sentido, o artigo discutirá o conceito de transparência com foco na sua perspectiva formal e material, dedicando, em seguida, algumas ligeiras reflexões sobre a diferença entre transparência e alguns institutos afins ou correlatos, tais como, a publicidade, a acessibilidade e a divulgação de dados. Continuando, ainda, a senda discursiva da matéria no reconhecimento da transparência como resultado de um processo orgânico-funcional, espreado as devidas relações da transparência com a regulação, democracia, eficiência e epistemologia, considerando-se, sobretudo, as implicações políticas, procedimentais e operacionais na consolidação de uma gestão pública transparente e, por conseguinte, dedicada à efetiva prossecução do interesse público na execução orçamentária, mormente em cidades com notórios problemas estruturais e socioeconômicos.

Vale, desde já, mencionar que a transparência não é uma panaceia para a sociedade brasileira e, nessa qualidade, um antídoto para todos os dilemas do processo democrático de decisão política; em verdade, exige-se cometimento para enxergar os limites da transparência administrativa. Dessa forma, os desdobramentos deste artigo não prescindem dessa importante premissa, senão pode restar uma exposição unilateralizante da temática e, assim, possivelmente fantasiosa da temática em análise.

1 TRANSPARÊNCIA

Primeiramente, vale destacar que a transparência possui inegável status constitucional; aliás, ela não decorre apenas das prescrições dos artigos 5º, caput, incisos XIV, XXXIII, XXXIV, alíneas a e b, LX, LXXII, alíneas a e b; 37, caput, § 3º, inciso II; 216, § 2º, todos da CF/88, que retratam expressamente a questão da publicidade, mas, sobretudo, da perspectiva republicana imposta pelo texto constitucional às instituições brasileiras, por força do artigo 1º da CF/88, tal como exige a diretriz básica condensada na expressão governo do poder público em público⁴. Aliás, assim como os edifícios, segundo as pretensões da arquitetura moderna,

4 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009b, p. 98.

as instituições devem ser iluminadas, claras, transparentes, porquanto isso repercute não apenas na receptividade e honestidade dos agentes públicos nos arranjos políticos, mas também na forma em que as pessoas gozam suas vidas na seara privada ou pública⁵. Daí, a importância da aspiração normativa da transparência, como que fosse capaz de tornar as instituições tão transparentes quanto às construções modernas⁶.

Dessa forma, a arquitetura legal da transparência não se limita aos parâmetros constitucionais, espalhando-se, no âmbito federal, em diversas leis⁷, decretos⁸ e portarias⁹. Desde já, urge destacar a importância do vislumbre compreensivo da atividade financeira do Estado, no que consagra a lógica do governo público em público e para o público, porquanto as decisões políticas, mormente as de política financeira¹⁰, ainda que não se rendam à transparência, no seu momento decisivamente político¹¹, sempre exigem, cedo ou tarde, uma regular nota de publicidade e acessibilidade de informações, que vai desaguar na própria ideia de controle da gestão fiscal do Estado. Não por outro motivo, a despeito da apatia cívica, a transparência da gestão fiscal é tão relevante quanto à própria compreensão e regularidade da dinâmica da imposição tributária, exigindo-se a superação da pretensa preferência social implícita pela opacidade em função dos largos engendros da atividade burocrática do Estado, denunciando, assim, uma nova dimensão

5 FISHER, Elizabeth. Exploring the legal architecture of transparency. In: ALA'I, Padideh; VAUGHN, Robert G. (editors). *Research Handbook on Transparency*. Northampton: Edward Elgar, 2014. p. 59-79, p. 61.

6 *Ibidem*, p. 60.

7 Dentre outras: (a) Lei Complementar nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF); e (b) Lei Ordinária nº 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação (LAI).

8 Principalmente os seguintes: (a) Decreto nº 5.482/2005; (b) Decreto nº 6.170/2007; (c) Decreto nº 7.033/2009; (d) Decreto nº 7.034/2009; (e) Decreto nº 7.185/2010; (f) Decreto nº 7.257/2010; (g) Decreto nº 7.505/2011; (h) Decreto nº 7.592/2011; e (i) Decreto nº 7.724/2012, que regulamenta a LAI.

9 Destacando-se as seguintes: (a) Portaria Interministerial nº 140/2006; (b) Portaria nº 516/2010; (c) Portaria nº 548/2010; (d) Portaria Interministerial nº 233/2012; e (e) Portaria Interministerial nº 262/2012.

10 “Política financeira será aquela parte da Política econômica que estuda as medidas que devem adotar-se – decisões financeiras – para a consecução de certas metas, medidas que serão, portanto, distintas segundo os diversos objetivos que desejem alcançar-se, e as circunstâncias que concorrem” (SAINZ DE BUJANDA, Fernando. *Sistema de Derecho Financiero*. Introducción. v. I. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1977. p. 182).

11 É dizer, por mais que se conheça a dinâmica procedimental do processo decisório político, bem como as circunstâncias socioeconômicas que circundam a problemática a ser superada, é impossível reconhecer a noção de transparência nos fatores verdadeiramente decisivos da escolha política do gestor, porquanto o conhecimento das demandas e das conjunturas que as cercam, no mais das vezes, apenas pode revelar uma pragmática compreensão das escolhas públicas, mas jamais a escolha pública em si. Evidentemente, uma vez tomada à decisão política, com ou sem os prognósticos da participação popular ou do controle social, a transparência ganha maior fôlego pela simples e elementar razão de que toda decisão comporta procedimentos, isto é, necessários cânones processuais, e, portanto, submetidos à dinâmica da transparência em função da procedimentalidade, no que resultaria uma transparência pelo procedimento.

reflexiva da democracia, que exige militância e lucidez, como que uma revolução do conhecimento, no regular exercício da cidadania política¹².

Como pretensão de uma realidade nova, a transparência demanda uma análise racional dos seus fins e, para isso, é preciso, desde já, ventilar sua delimitação conceitual, pois a cadência funcional exigida pelo conceito vai desaguar numa pretendida margem operativa dos parâmetros legais vigentes sobre a matéria. É dizer, sem um núcleo conceitual compreensível, a despeito de todas as suas incompletudes e/ou imperfeições, resta inviável uma dinâmica operativa de qualquer instituto ou instrumento equivalente. Portanto, somente a partir da lógica conceitual, inclusive para evitar inesgotáveis processos de reflexão, é possível encabeçar as mais diversas pretensões lastreadas na transparência.

Evidentemente, a transparência não é propriamente um instituto jurídico, e nem mesmo uma realidade nova, porquanto na ambiência corporativo-gerencial¹³ e, sobretudo, comercial, a transparência tem alcançado, há anos, passos largos na atividade econômica, portanto, de nova mesmo, como que contagiado pelas exigências comerciais em escala global, é apenas a tentativa de sua abordagem numa perspectiva jurídica¹⁴. Por outro lado, numa perspectiva mais geral, não há como negar nela uma ideia de instituição, no sentido de permear “[...] qualquer atitude suficientemente recorrente num grupo social”¹⁵.

De todo modo, a delimitação conceitual revela-se imperiosa para identificar o universo compreensivo do objeto estudado, afastando-se, desse modo, da linear noção do senso comum.

1.1 Conceito

Não há pretensão de verdade em qualquer conceito, muito menos na seara jurídica, mas, sim, pretensão de utilidade. Isto é, a tentativa de destacar a finalidade do instituto conceituado numa dinâmica consentânea com os limites da perspectiva normativa como instrumento de transformação da sociedade. Isso fica bem claro em virtude da função heurística das teorias

12 ROSANVALLON, Pierre. *Le bon gouvernement*. Paris: Éditions du Seuil, 2015. p. 252.

13 Sobre os devidos contornos da transparência na via corporativa, vide: HENRIQUES, Adrian. *Corporate Truth*. The limits to transparency. London: Earthscan, 2007.

14 OLIVER, Richard W. *What is transparency?* New York: McGraw-Hill, 2004. p. 06.

15 ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 6. ed. 2ª tiragem. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 654.

jurídicas¹⁶, que, evidentemente, influencia na formulação de qualquer conceituação jurídica. Considerando que uma das evidentes necessidades de uma teoria é resolver problemas jurídicos, por certo, os conceitos devem também atender a tais propósitos. Ora, não há como aceitar um conceito que simplesmente nega a teorização que pretensamente o respalda. Por isso que o conceito é constitutivo e a ideia é regulativa¹⁷, pois, no primeiro, cumpre acentuar a construção teórica sobre determinado objeto, isto é, uma dada realidade; já, no segundo, prospera uma faculdade cognitiva diretiva não propriamente definida, mas capaz de fazer mover caminhos numa dada perspectiva teórica.

Pois bem, o conceito de transparência é bem elementar: traduz a ideia de algo que seja claro, límpido ou, de modo mais rebuscado, diáfano. Então, fica fácil perceber que, numa perspectiva institucional, o termo não passa de uma metáfora. Uma questão parece fora de dúvida: a transparência representa uma importante metáfora numa sociedade moderna e, sobretudo, democrática, e, assim ela deve ser inicialmente compreendida, afinal, como conceber uma atividade/entidade transparente no sentido literal do termo? A transparência como metáfora revela uma dinâmica compreensiva de largo emprego no meio social e, geralmente, vinculada ao combate à corrupção e opacidade na Administração Pública, exigindo-se maior legitimidade da atuação estatal em função da expansão da acessibilidade de informações na estrutura burocrática do Estado¹⁸. Desprendendo-se da noção inicial apresentada acima, o conceito de transparência envolve uma inegável dificuldade no Direito Público, justamente porque não há um núcleo compreensivo totalmente transparente para transparência, porém não se discute sua clara relação com a publicidade e acessibilidade de informações¹⁹. Dito de outro modo, mesmo em ambientes organizacionais complexos, que vivem no árido terreno de um mercado competitivo, no qual as informações sobre o mercado e seus agentes são extremamente importantes, a compreensão da transparência, ainda assim, suscita enormes questionamentos sobre os seus verdadeiros propósitos, isto é, sobre a sua operacionalidade e sua relevância nas políticas organizacionais.

16 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*. Traducción de Daniela Brückner y José Luis de Castro. Cándido Paz-Ares. Madrid: Civitas, 1995. p. 31.

17 AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004. p. 159, conforme premissas teóricas de Immanuel Kant sobre a matéria.

18 FENSTER, Mark. Seeing the State: Transparency as Metaphor. *Administrative Law Review*. Chicago, v. 62, n. 03, p. 617-672, summer 2010. p. 628.

19 Muito embora a transparência não se limite a essas relações, aliás, esse assunto é objeto de exposição nos tópicos vindouros.

Notadamente, na ambiência pública a questão ganha outros contornos e, com isso, cuidados diversos, mas, mesmo assim, a transparência é uma exigência sempre recorrente no cotidiano das pessoas que abraçam uma gestão pública mais eficiente e responsável; agora, como essa transparência será alcançada é, ainda, uma questão em aberto. Nesse ponto, curioso é o modo como um novo marco legislativo é concebido e observado no Brasil. Veja-se o caso da LAI: (a) de um lado, ocorrerá uma exacerbada preocupação com a divulgação dos vencimentos dos servidores²⁰; (b) do outro, a fantasiosa percepção de que a divulgação de vencimentos, por si só, fosse capaz de romper o sangramento das contas públicas, isto é, de constranger os gestores públicos, mormente os que atuam com fundamento na auspiciosa autonomia orçamentária e financeira, sobre os eventuais desmandos na política remuneratória no país. Lembrando-se que a questão remuneratória dos servidores não é, nem de longe, a mais relevante das questões relativas à transparência na ambiência pública, mas, nem por isso, deve ser desprezada pela sociedade. Dito de outro modo, o favor da opacidade não tardará, por meios de mecanismos de pretensa segurança de dados ou proteção dos agentes públicos, para tentar firmar um lugar no universo dedicado à transparência pública. O fato é que a transparência é um processo árduo, demorado mesmo, sobre a evolução institucional de um povo, não é um dado pronto, é construído e reconstruído a cada novo embaraço, e não são poucos, na consolidação de uma sociedade mais justa, sobretudo, por possuir, como membros de uma comunidade política, cidadãos mais cômicos de seus direitos e mais responsáveis de seus deveres.

1.1.1 Perspectiva formal

Conceber a transparência numa perspectiva formal não é nada difícil, afinal ela é galhardamente compreendida nos textos legais, isto é, a consagração da previsão legal do dever de transparência da atuação do Poder Público. Nesse sentido, os artigos 48 e 48-A da LRF bem corporificam a noção do princípio da transparência na sua perspectiva formal. Aliás, vai mais além, apresenta as bases normativas da dinâmica material do princípio em testilha. A perspectiva formal é extremamente importante na ambiência administrativa, porquanto representa um marco

²⁰ Nesse ponto, transcreve-se uma ligeira passagem, na qual expressa um injustificável repúdio quanto à possibilidade de divulgação de vencimentos de servidores públicos: “Moralidade e transparência, ótimo; moralismo fácil e devassa ao patrimônio moral alheio, péssimo. Cortesia pública à custa da imagem e da honra alheias não é bem cortesia mas vilania, torpeza, maliciosidade, desvio de finalidade e desonestidade de propósito” (RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Transparência não é devassa*, nem na Lei nº 12.527/2011. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 12, n. 138, p. 32-36, p. 34, ago. 2012.).

normativo e, com isso, o dever de empreender esforços para tornar a disciplina normativa mais clara, enfim, operacionalmente possível, daí o exsurgir da atividade regulamentadora na atuação administrativa do Estado, bem como a necessidade de criar mecanismos, notadamente os processuais, destinados à efetiva promoção de uma atuação estatal transparente. Veja-se, portanto, que a perspectiva formal expressa um dado antecedente²¹ à própria compreensão material do princípio da transparência, que é justamente o dado palpável da consagração normativa do princípio, inclusive identificado até mesmo pelos leigos.

1.1.2 Perspectiva material

A decantação material do princípio da transparência vai além, evidentemente, da disciplina normativa da matéria: exige acessibilidade das informações e, por ser tão providencial, também a inteligibilidade delas. Então, é fácil perceber que a acessibilidade e a inteligibilidade são parâmetros determinantes na compreensão da perspectiva material do princípio da transparência.

Dito de outro modo, sem acessibilidade e inteligibilidade dos dados não há como assegurar qualquer transparência na ambiência pública. Compreensivamente a questão é posta nestes termos: primeiramente, a informação deve ser de fácil acesso e, mais adiante, que ela seja facilmente inteligível pelos cidadãos. Veja-se: a transparência comporta níveis de inteligibilidade, justamente para evitar limites de compreensão das informações estatais, fazendo com que, a depender do universo de exposição, os processos de decodificação sejam mais incisivos, senão o ideal da transparência seria absolutamente comprometido²².

O problema, aqui, e isso parece bem indiscutível, reside no processo de decodificação institucional, porquanto muitas informações, já decodificadas ou a decodificar, podem ser seriamente comprometidas por intervenções ideológicas que reduzam demasiadamente o fluxo real da atuação estatal. De qualquer forma,

21 Claro que, como valor republicano, portanto, constituído a partir de valores substantivos de determinada sociedade, a transparência precede a todo o curso da dinâmica formal e material da atividade legislativa do Estado.

22 Aqui, é pertinente destacar esta ligeira advertência: "Nesse contexto, que se reforça a necessidade de a contabilidade pública contribuir para a promoção do controle social, desenvolvendo demonstrativos gerenciais mais transparentes, que possam evidenciar, com mais simplicidade, a execução das metas vinculadas aos gastos públicos nas diversas esferas de governo" (GARCIA, Leice Maria. Controle social dos gastos públicos. In: _____; BUGARIN, Maurício; VIEIRA, Laércio Mendes (Org.). *Controle dos gastos públicos no Brasil*: instituições oficiais, controle social e um mecanismo para ampliar o envolvimento da sociedade. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2003. p. 153).

é racional afirmar que somente com a observância do princípio da transparência, notadamente na sua perspectiva material, é possível fazer com que os cidadãos disponham de meios para aferir a regularidade da atuação administrativa e, sobretudo, encontrar a dinâmica alocativa dos recursos públicos.

Daí o inegável mérito do princípio da transparência: servir de instrumento para uma sociedade civil cômica do modelo de gestão adotado pelo Poder Público e, com isso, arvorar as críticas sobre a condução da estrutura orgânico-funcional de cada ente político. Dito isso, cumpre destacar que a transparência possibilita um salto qualitativo nas críticas promovidas à gestão pública, pois o conhecimento da atuação administrativa permite à sociedade civil organizada engendrar análises racionais não somente sobre as escolhas públicas, mas, sobretudo, sobre a regularidade delas no Estado Democrático de Direito, com particular destaque aos limites normativos da Administração Pública, que, no Brasil, são extremamente expressivos em função de um largo histórico de desmandos na gestão pública, notadamente em âmbito municipal. Porém, a transparência governamental nunca é completa²³, seja pelo critério da extensão, isto é, não é possível cogitar que toda a amplitude da atuação estatal submeta-se a tal propósito; seja pelo critério da profundidade, ou seja, não há como conseguir os níveis desejáveis de inteligibilidade da atuação administrativa, porque o desejável vai sempre além da interferência normativa e, claro, da permissibilidade dos procedimentos administrativos. Enfim, a transparência é um conquista sem fim, mas com necessários resultados no universo da autogovernança democrática.

1.2 Transparência E Publicidade

A transparência não se satisfaz com requerimentos de publicidade e de acessibilidade. Disso resulta uma conclusão bem simples, mas importante: a publicidade pode ser uma fase da acessibilidade, esta, no entanto, não satisfaz a dinâmica da publicidade e, muito menos, da transparência. Isso porque a acessibilidade de informações pode ocorrer independentemente da publicidade delas, aliás, em boa parte dos casos, a importância da acessibilidade decorre justamente da restrita publicidade da informação. Por outro lado, a publicidade possui a lógica da generalidade; a acessibilidade, por sua vez, pode decorrer ou não de um parâmetro geral de informações. É dizer, a publicidade é para todos; a acessibilidade nem sempre, porquanto trabalha na invariável lógica do interesse seletivo.

23 FENSTER, Mark. The Opacity of Transparency. *Iowa Law Review*, Iowa City, v. 91, n. 03, p. 885-949, March 2006. p. 902.

Um exemplo deixa isso bem claro. O amplo leque de informações constantes no Diário Oficial da União é, obviamente, uma clássica forma de publicidade, na qual se observa uma cadeia performativo-formal, aliás, de destacada força ficcional, de conhecimento das informações. Noutro giro, a acessibilidade pode decorrer de uma ou outra informação, inclusive meramente referencial, advinda da publicação, mas não necessariamente dela, muito embora da publicação possa justamente exsurgir o interesse correlato por outros dados.

Baseando-se nessas premissas, é necessário traçar uma nota distintiva entre transparência e publicidade. E, para ir mais além, distingui-las da mera divulgação. Primeiro, vale lembrar que a distinção pretendida não busca estabelecer perspectivas compreensivo-operacionais estanques sobre uma dada realidade, mas, tão-somente, acentuar uma compreensão mais precisa da atuação estatal voltada à promoção da transparência. Além disso, a delimitação possui outro alcance prático: criar mecanismos pretensamente seguros para reconhecer a inexistência da perspectiva material do princípio da transparência a partir da identificação, tão-somente, da publicidade ou da mera divulgação de dados.

Pois bem. A transparência pode ser compreendida como processo, inclusive isso será abordado em tópico específico, e também como resultado de uma publicidade qualificada pela acessibilidade e inteligibilidade²⁴. Assim, defende-se que a transparência representa outro nível discursivo sobre a compreensão da atividade estatal, isto é, suplanta a ordinária publicidade, de caráter nitidamente formalístico e, com isso, gera uma legítima expectativa de que, além da divulgação seletiva de dados, no que caracterizaria a mera divulgação, e da publicidade das informações, comprovadamente inteligíveis, sejam identificadas as posições do Poder Público sobre as ordinárias questões da atuação administrativa, mormente no que se referem à execução orçamentária.

24 Em sentido diverso, destacando que a transparência é que qualifica a publicidade, vide: ELIAS, Gustavo Terra. Da publicidade à transparência: o percurso para a reafirmação da democracia participativa. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 12, nº 141, p. 27-40, p. 35, nov. 2012. p. 35. É notório o equívoco do autor: a publicidade não é transparente, mas, sim, inteligível e/ou acessível. As instituições é que podem ser transparentes. Portanto, nesse contexto, somente as instituições é que podem ostentar essa qualificadora, de forma que a publicidade é um pressuposto importante para a transparência das instituições, no que o autor, todavia, admite, mas ela não pode ser qualificada pela transparência, inclusive esse mesmo equívoco é observado no art. 5º da LAI. De igual modo, a transparência não é subprincípio da publicidade, em verdade, elas caminham numa convergência operativa, mas sem perder a necessária autonomia e identidade. Há, assim, com o devido respeito, uma nada concebível inversão lógica no pensamento do autor.

Não é por outro motivo, numa clara pretensão republicana, que a transparência deve ser compreendida como processo identificador da atuação do Poder Público. Claro que a pretensão de identificação da atuação estatal não possui o ideal de revelar antecipadamente todas as escolhas públicas, o que seria até um fator de instabilidade na gestão pública, e mesmo impensável concretamente em qualquer contexto político, mas, tão-somente, de criar mecanismos para fazer projeções confiáveis sobre a atuação do Poder Público. Afinal, uma informação que é de todos não pode ser um privilégio de ninguém. Ora, como valem as informações privilegiadas no sistema econômico e como são onerosas política e economicamente a oferta delas num cenário de crise, então, é possível afirmar que a assimetria de dados, além de um fator de dificuldade no raciocínio político do povo²⁵, também expressa um mecanismo de fortalecimento do poder central por meio da seletiva disponibilidade das informações no mercado e, claro, na sociedade. Essa, quiçá, seja uma das mais dantescas formas de empreendimento econômico, inclusive, não raras vezes, tem gerado vultosos valores à ciranda política brasileira. Exemplos há de toda ordem e, por isso, não é preciso mencioná-los, tudo em função do exponencial crescimento patrimonial de diversos atores da ciranda político-econômica brasileira. O que importa mesmo é compreender que a ausência de transparência da gestão pública é um declarado fator de corrupção no Brasil e, claro, no mundo.

Desse modo, não há como confundir transparência e publicidade, porquanto elas possuem áreas de atuação diversas: a publicidade deita espaço no campo das inferências meramente informativas; a transparência, por sua vez, assume uma dinâmica qualificadora no espaço institucional. É bem verdade que há espaços interseccionais entre elas, porém, em qualquer caso, o universo da transparência vai muito além das premissas expositivas de dados e/ou informações, que são típicas da ordinária publicidade. A publicidade e a transparência representam níveis compreensivos bem diversos na evolução da responsabilidade político-administrativa da gestão pública e, desse modo, expressam conquistas históricas relacionadas ao processo acumulativo de controle do exercício do poder político, portanto, elas decorrem da autogovernança democrática dos povos modernos. Em verdade, a publicidade seria o primeiro estágio da transparência²⁶ e, mais adiante, a acessibilidade de informações representaria o segundo estágio, aliás, não conclusivo, porquanto a transparência ainda demanda outros valores relacionados ao envolvimento político dos cidadãos e, claro, ao

25 RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 266, p. 89-123, p. 94, maio/ago. 2014.

26 MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência Administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 37.

compromisso institucional de promover uma gestão pública pautada na accountability democrática.

Apesar disso, não há como admitir a ideia fantasiosa de que a publicidade tenha sua origem na democracia ateniense ou nos fóruns romanos e a transparência, diferentemente, “é um termo moderno que requer uma administração pública diáfana, garantindo-se o acesso do público à informação e permitindo um controle por parte do público”²⁷.

É uma tese encantadora, porque apresenta marcos históricos relevantes à civilização ocidental. Todavia, a publicidade, tal como é conhecida, praticada e defendida, é tão moderna quanto à própria transparência, sem falar que não se pode afirmar que alguns povos antigos tenham sido menos transparentes que entregues à publicidade, tudo em função do parâmetro da democraticidade. O permeio da democracia é igualmente cara à publicidade e à transparência. As duas congraçam as mesmas bases democráticas e corporificam os mesmos anseios republicanos, daí que as imbricações teórico-discursivas entre elas sejam tão intensas.

Em verdade, a diferença entre elas não se encontra na técnica da periodização, sempre tão arbitrária, mas, sobretudo, nos objetivos que se desejam alcançar com elas. Pode-se defender, no entanto, o entendimento de que compreensão política do instituto da publicidade encontra-se mais decantada na sociedade e, por outro lado, a transparência cadencia um longo caminho de aperfeiçoamento, por meio de um processo de apropriação pela política, inclusive por consequência da revolução tecnológica do nosso tempo²⁸, e principalmente como movimento político global. Sem falar que a importância concedida à transparência pela política é suportada pelo crescente desenvolvimento da tecnologia de informação²⁹.

Noutro giro, o matiz jurídico da transparência guarda indubitosa dificuldade teórica, pois, como elementar dilema comparativo, a exigência normativa de ar limpo, conforme a dinâmica da sustentabilidade ambiental, não o transforma, evidentemente, num instituto jurídico, muito embora os imperativos procedimentais promovidos até a verificação desse ar limpo, inevitavelmente, vão revelar a importância de vários institutos

27 RODRIGUES, op. cit., p. 93. A passagem traz, ainda, o inconveniente em associar qualquer operacionalidade da transparência apenas a partir da acessibilidade das informações.

28 CAVALCANTE, Denise Lucena. Dos Tributos para as Finanças: ampliação do foco. *Nomos – Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 25, p. 67-78, p. 70, dez. 2006.

29 ZETLAOUI, Tiphaine. Les mirages technologiques de la transparence administrative. *Quaderni – La revue de la communication*, Paris, n. 52, p. 67-76, p. 74, Automne, 2003.

jurídicos processuais e/ou materiais. Na transparência, por certo, segue a mesma lógica: como fim pretendido pela ordem jurídica, ela carrega diversos institutos jurídicos, mas, tecnicamente, não é um instituto jurídico propriamente dito. É uma constatação lógica, mas, claro, não retira a importância do tratamento normativo de diversos procedimentos relativos à consagração da transparência na Administração Pública brasileira.

1.3 Transparência e Acessibilidade de Informações

Aqui, procura-se afastar o equívoco, aliás, nada raro, de vincular o universo compreensivo da transparência à acessibilidade de informações na ambiência pública. Não há como discutir que a acessibilidade de informações constitui um importante instrumento na consagração da transparência; todavia, ela possui um nicho operativo mais restrito que a desejada transparência, pois é possível conceber o direito/dever de transparência até mesmo nas situações em que não há informações a serem disponibilizadas ao público.

A transparência, como processo de identificação e previsibilidade da atuação estatal, tende a exigir uma clara dinâmica da acessibilidade de informações, mas vai além da mera informação prestada, pois compreende todo um lastro de implicações procedimentais na promoção das atividades administrativas com o providencial propósito de evidenciar os rumos da gestão pública. É dizer, se a acessibilidade de informações, ainda que inteligível, não for capaz de revelar os caminhos percorridos e a percorrer pela Administração Pública, por certo, não há transparência total na atuação estatal, nessa hipótese, observa-se apenas uma perspectiva meramente formal de sua configuração teórica, porquanto os pressupostos materiais pretensamente verificados, acessibilidade e inteligibilidade, não foram capazes de romper com a política de segredo na Administração Pública, porquanto, apenas em casos excepcionais, devidamente disciplinados em lei, é legítima a configuração do segredo de Estado³⁰.

Surge-se, nesse caso, a translucency³¹ como um fenômeno reconhecedor de uma parcial transparência³². Ora, a própria lógica que anima a disciplina do orçamento público, com o consequente planejamento

30 BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade; para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 15. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009. p. 30-31.

31 Evidentemente, que a expressão em inglês não permitiria uma tradução com a expressão translucência, no que denotaria um claro anglicismo, até porque a palavra mais acertada na última flor do Lácio é translucidez, que é relativo à palavra translúcido.

32 SCHAUER, op. cit., 2011. p. 1.345.

da execução orçamentária, atende precipuamente, dentre outros importantes propósitos, à necessidade de estabelecer um mínimo de previsibilidade da gestão dos entes políticos. Então, a transparência possui uma clara semântica com a ideia de previsibilidade da atuação estatal. Enxergá-la com esse objetivo faz com que o largo processo de execução alcance outra forma de compreensão, isto é, não se trata da mera exigência de conhecer o planejamento, mas, sobretudo, saber como atua o Poder Público na execução desse planejamento.

Dito de outro modo, sem o acesso às informações do Estado, não é possível avaliar a atuação da gestão pública no passado, nem aferir uma possível *accountability* no presente e, claro, não é possível deliberar adequadamente sobre os representantes do governo no futuro³³, resultando que a acessibilidade de informações tende a criar um ambiente de transparência na gestão pública em função do alto custo político, em tese, de uma desfavorável participação política dos cidadãos no processo político das relevantes decisões do Estado. Acessibilidade gera transparência, que, por sua vez, exige mais acessibilidade de informações em função do processo de participação popular³⁴. É uma tensão necessária. Não há transparência como ato voluntário do gestor público, porém sem a predisposição das autoridades públicas não é possível uma transparência plena na Administração Pública. Isto é, a transparência, por exigir coerência da gestão pública, custa muito caro ao jogo político, fazendo com que o gestor público, por vezes, esteja possivelmente impotente para desenvolver questionáveis objetivos numa sociedade civil [pretensamente] organizada.

A transparência esclarece, mas também constringe. Isso bem demonstra o porquê de a transparência administrativa ser tão combatida pelos maus gestores públicos de quaisquer dos Poderes da República. Em verdade, quanto mais encastelado for o Poder, o mesmo se diga quanto ao rol de órgãos independentes da sofrível República brasileira, menos transparente ele se revela na estrutura orgânico-funcional do Estado. Nessa questão, cumpre afirmar que, incompreensivelmente, os poderes ou órgãos menos transparentes são justamente os que se prendem institucionalmente ao controle, direta ou indiretamente, da Administração Pública. Nesse contexto, de órgãos constitucionalmente vocacionados à importante tarefa de controle institucional, a transparência praticamente assume a mesma e deselegante importância do instituto da solidariedade nas obrigações

33 FENSTER, op. cit., p. 619.

34 O que não se pode perder de vista é a compreensão de que a transparência é um processo complexo e que não se resume à acessibilidade de informações e a inteligibilidade delas, vai mais além: é um resultado de um processo orgânico-funcional fundamentado na responsabilidade político-administrativa dos gestores públicos.

jurídicas, isto é, só favorece as instituições que não são transparentes. Pode parecer exagero, porém, de todo modo, a situação é bem paradoxal. Aliás, a estrutura administrativa brasileira é um mosaico de contradições. Portanto, isso não chega a surpreender, muito embora possa causar, sem razão, certa incompreensão a eventuais leitores.

Por fim, cumpre destacar que a transparência, acessibilidade e publicidade são fenômenos distintos, mas inter-relacionados na imperiosa função de servir como instrumentos de controle social da gestão pública³⁵, de maneira que, numa escala de concreção na ambiência pública, parte-se da publicidade até alcançar à acessibilidade e, por derradeiro, culmina-se na transparência. Assim, o grau de dificuldade de concretização da transparência é maior que da acessibilidade, que, por sua vez, é maior que da publicidade. Dito de outro modo, a diversidade material entre elas denuncia claramente os obstáculos na concretização de uma instituição efetivamente transparente, porquanto a transparência não demanda apenas publicidade e acessibilidade de informações, mas, sobretudo, envolvimento popular e compromisso institucional numa clara relação de complementariedade.

2 TRANSPARÊNCIA COMO RESULTADO DE UM COMPLEXO PROCESSO ORGÂNICO-FUNCIONAL

Qual a razão de compreender a transparência como um processo orgânico-funcional? No que consistiria tal visão sobre uma pretensão de tão largos propósitos? A transparência pública é compatível com a dinâmica dos atos políticos dos gestores públicos? Em que consistiria o processo orgânico-funcional de transparência pública? Transparência é processo ou resultado? Esses ligeiros questionamentos são tratados nas linhas vindouras, mormente para lançar luzes, ou, quem sabe, revelar ainda mais sombras, sobre a operacionalidade do princípio da transparência na Administração Pública.

Um ponto deve ser destacado sem demora: a compreensão da transparência como resultado de um processo orgânico-funcional enxerga

35 Dentre outros fatores, a exigência de controle social decorre do reconhecimento de que o controle interno não é capaz de romper com as práticas político-administrativas de má gestão dos recursos públicos, tal como outrora, a exigência do controle decorria do reconhecimento da ineficiência do controle hierárquico, como bem esclarece esta passagem: "A crescente complexidade do aparelho estatal, a maior complexidade técnica das questões que tocam à Administração, a multiplicação das categorias de interesses e o incremento das exigências éticas por parte da sociedade tornaram insuficiente o controle baseado no princípio da hierarquia, o que motivou a criação de órgãos e departamentos para auxiliar o controle interno das Administrações Públicas" (LEAL, Rogério Gesta. O controle da Administração Pública no Brasil em face de sua necessária transparência. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública*, Belo Horizonte, ano 01, n. 01, 29-47, p. 34, jan./abr. 2012.).

limites na sua arquitetura, isto é, ela é considerada em função dos fins pretendidos pela ação pública, e, também, possui o mérito de apartar a lógica da transparência como uma realidade estritamente vinculada à publicidade e à acessibilidade de informações.

Uma ligeira digressão é necessária em função das indagações acima: a transparência é, sem sombra de dúvida, processo, mas também resultado. Aliás, como conceber um processo sem resultado³⁶. É processo orgânico-funcional em função dos inumeráveis esforços da Administração Pública em concretizar os parâmetros legais relacionados à transparência, nos quais exigem uma expressiva mudança de rotinas internas no tratamento das informações públicas ou publicizáveis, e, não menos importante, uma predisposição em conceber o exercício da participação popular como mecanismo de aperfeiçoamento da gestão pública. É processo como realidade transformadora da atividade administrativa. É resultado da gestão pública e, assim, qualificadora da instituição, com a nota distintiva de uma atuação estatal entregue à *accountability* democrática. Desse modo, na perspectiva interna, transparência é precipuamente processo decantado num largo empreendimento de órgãos e unidades administrativas voltadas à consolidação de procedimentos decorrentes das prescrições legais sobre a transparência na ambiência pública; na externa, é preponderantemente resultado. No primeiro caso é a transformação de uma realidade administrativa, no segundo, a imagem da realidade transformada.

A pressão política por transparência na gestão pública é um aspecto externo dessa realidade, a transparência evidenciada pelas instituições, inclusive com possíveis mistificações sobre a atuação administrativa, é decorrente de um processo orgânico-funcional, portanto, reflexo de um aspecto interno dessa mesma realidade.

Notadamente, a transparência comporta limites no sentido que nem todas as informações sejam partejadas em público, isto é, por mais que se deseje maior previsibilidade da atuação estatal em função de precedentes administrativos, evidentemente, de regulares tomadas de posição num determinado ponto de vista, deve-se considerar que a dinâmica dos atos políticos geralmente exigirá um fluxo decisório inicialmente alheio à transparência, justamente porque o universo das decisões eminentemente políticas, diferentemente dos arranjos processuais e/ou procedimentais, não comporta ainda uma atuação do poder público em público, isso porque não é

36 Todo processo exige um resultado, especialmente os que são desencadeados por demorados procedimentos legais, logo, mesmos os processos inexitosos denunciam resultados, ainda que inesperados numa conjuntura normativa de galhardas possibilidades processuais.

possível uma transparência do político³⁷, mas, tão-somente, da manifestação política e demais consectários lógico-procedimentais da ação pública. Por outro lado, deve-se reconhecer que “[s]em decisão política, a atividade financeira do Estado resulta mera gestão patrimonial, reduzida a simples exercício de burocracia, sem direção política ou qualquer conformidade com os anseios do povo, segundo os rumos da democracia”³⁸. De qualquer forma, não há maiores dilemas nisso, porquanto toda decisão política exige uma inevitável nota informativa por meios dos desdobramentos administrativos necessários à concretização da decisão tomada pelo gestor público, especialmente com a feliz redação do art. 48-A da LRF.

A transparência também pode revelar conseqüências negativas ou, numa postura mais adequada, acarretar possíveis embaraços à atuação administrativa. Primeiramente, urge mencionar que maior acessibilidade e inteligibilidade das informações governamentais, juntamente com o envolvimento político dos cidadãos, com a inevitável multiplicação dos requerimentos administrativos, acarreta um aumento dos custos fiscais do governo³⁹. Por outro lado, é possível defender que, em médio prazo, esses custos são amortizados pela maior precisão da atuação administrativa em função do controle social. Além disso, a transparência pode criar obstáculos na necessária contenção de informações anteriores ao processo decisório político, evidentemente, quando isso for necessário, sem falar, ainda, na eventual distorção de bens informacionais⁴⁰. Além do mais, o sigilo de determinadas informações do grande público, em dado contextos, pode revelar-se uma importante ferramenta para promoção de melhores informações e também uma melhor governação⁴¹, contanto, é claro, que a intenção da gestão pública siga tal propósito, caso contrário, o sigilo não passará de um expediente, possivelmente exitoso, para superar as ingerências do controle social e, com isso, prestigiar fins privados, potencialmente lesivos ao Erário, na pretendida prossecução do interesse público.

De todo modo, a discricionariedade para tomada de decisão do gestor público, no qual consagra o sentido político da atuação administrativa,

37 OLLIVIER-YANIV, Caroline. Les communicants gouvernementaux au secret: croire et croire à la transparence politique. *Quaderni – La revue de la communication*, Paris, n. 52, p. 105-115, p. 112, Automne, 2003.

38 TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 121.

39 FENSTER, op. cit., p. 907.

40 Ibidem, p. 908.

41 Ibidem, p. 909.

inclusive com a precedente exigência de sigilo de informação, não pode servir de obstáculo no fornecimento de informações relativas à decisão já emitida pelo Poder Público, de forma que a pretensão de acesso à informação pela sociedade civil encontra amparo no dever de transparência dos atos da Administração Pública⁴².

Em verdade, a transparência representa um nítido mecanismo para redução da discricção do gestor público, pois a disponibilidade das informações para todos os grupos afetados por eventual medida da Administração Pública, no que compreende a lógica da acessibilidade e da inteligibilidade da atuação administrativa, vai afetar no resultado do processo político, haja vista que o prognóstico da ação pública poderá ser filtrado pela sociedade civil e, nesse sentido, as possibilidades decisórias serão, em tese, reduzidas⁴³, exsurgindo, desse modo, um fator limitador da discricionariedade política.

2.1 Regulação

A opacidade é o reverso da transparência. A regulação é o reverso da indisciplina e do descontrole. Defende-se que a transparência é um atributo e não uma atividade⁴⁴, desse modo, é compreensível destacá-la em função de entidades (aspecto orgânico) ou realizações (aspecto funcional) do Poder Público e não em virtude de atividade, em per si, como prática individualmente considerada. Então, é permitido propugnar o entendimento de que a transparência e a regulação possuem uma inevitável relação de complementariedade na ambiência pública, porque uma reduz a opacidade e, a outra, pretende estabelecer uma noção de controle, por meio da disciplina normativa, dos eventos públicos⁴⁵. Numa perspectiva financeira, é fato

42 Nesse sentido, vide: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Segunda Turma. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 586424/RJ. Embargante: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Embargado: Alan Onofre Gripp. Ministro Relator: Gilmar Mendes. Brasília/DF. Julgamento em 24 fev. 2015. *Diário de Justiça Eletrônico (DJe)*. Edição nº 047, Publicação em 12 mar. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7993263>>. Acesso em: 30 maio 2015.

43 VAUGHN, Robert G. Transparency in the Administration of Laws: the Relationships between Differing Justifications for Transparency and Differing Views of Administrative Law. *American University International Law Review*, Washington, v. 26, n. 4, p. 969-982, 2011. p. 981.

44 SCHAUER, op. cit., p. 1.343-1.344.

45 Numa perspectiva corporativa, a opacidade segue um fim inevitável, uma verdadeira espiral da opacidade, partindo da impunidade imaginada pelo agente até o seu efetivo castigo público, isso porque não há como esconder, exitosamente, informações relevantes sobre eventos opacos, cedo ou tarde, vazam as primeiras informações e, conseqüentemente, as negativas iniciais perdem vigor em função da força reveladora dos fatos (OLIVER, op. cit., p. 13). O problema, contudo, reside na indiferença, não raras vezes, dos cidadãos quanto à ocorrência dos eventos opacos e seus os danosos efeitos, mesmo quando ulteriormente revelados na arena pública.

que os orçamentos expressem um planejamento conjuntural e que não possam estabelecer programas ou metas governamentais plenamente vinculantes⁴⁶⁻⁴⁷, já que a dinâmica dos dilemas sociais é extremamente mutável e onerosa, agora, como admitir que, em qualquer conjuntura, o Poder Público não reserve adequadamente recursos para promoção da transparência no seio da Administração Pública? Não se trata apenas da existência ou não de recursos, mas, sobretudo, de atitude política de revolucionar gestão pública por meio da transparência. Adverte-se: “[a] opacidade prolongada nas finanças públicas não permite prevenir ou reagir antecipadamente diante de crises em fase emergente”⁴⁸. A opacidade constrói não apenas o desequilíbrio fiscal, mas, também, tolhe a devida compreensão dos limites da atividade financeira do Estado.

Ora, se a transparência congrega previsibilidade à atuação administrativa, porque se encontra lastreada na informação, não há como negar que quanto mais informação maior o controle da Administração Pública⁴⁹ e, com isso, também maior regulação político-administrativa da gestão pública. Portanto, tem-se a regulação como disciplina normativa e como controle político. Afinal de contas, como controlar o desconhecido. Transparência como regulação é, sobretudo, o reconhecimento de que a participação política do cidadão,

46 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*. O Orçamento na Constituição. v. V. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 59.

47 É sempre bom compreender que nenhum PPA é totalmente executado, aliás, nem mesmo a LOA pode alcançar tal honraria. A razão é bem simples desse entendimento: qualquer lei orçamentária é, basicamente, uma questão de definição de importantes escolhas políticas e, nesse sentido, não são fixas e irretroatáveis, porquanto vai depender das possibilidades econômicas do Estado, isto é, a partir do fluxo econômico, exsurtem as receitas. “A teoria de que o orçamento é lei formal, que apenas prevê as receitas públicas e autoriza os gastos, sem criar direitos subjetivos e sem modificar as leis tributárias e financeiras, é, a nosso ver, a que melhor se adapta ao direito constitucional brasileiro” (TORRES, op. cit., 2000, p. 76). Obviamente, há uma parcela de atuação do orçamento que não demanda escolhas políticas do gestor público, porquanto ela é previamente vinculada no próprio texto constitucional, como é o caso dos percentuais de alocação de recursos na área da saúde, educação etc. O que se pode questionar, por ser uma temática importante, é se o universo das escolhas políticas do gestor permite eventual preterição dos direitos sociais consagrados no texto constitucional. É dizer, é possível preterir determinado direito social no orçamento em função de escolhas políticas do gestor? A resposta só pode ser negativa. Todavia, e isso deve ficar claro, o gestor pode contempler, para evitar uma ineficiente pulverização orçamentária, formas alternativas ou aglutinativas de atendimento de certo direito social. Não se trata de um providencial arranjo orçamentário sobre a matéria, nem mesmo um expediente mimético das famosas pedaladas orçamentárias, mas simplesmente o reconhecimento da impossibilidade de uma disciplina alocativa de recursos específica para determinado direito, especialmente quando isso possa comprometer outras vias alocativas de recursos para contemplar direitos mais abrangentes. Portanto, o orçamento, como medida de prestação social, é, sobretudo, uma expressão de possibilidades gerais de atendimento e, só mais adiante, expressão de conquistas específicas no campo da socialidade.

48 GOÑI, Eduardo Zapico. Importancia y posibilidades estratégicas de la transparencia del gasto a nivel de políticas públicas. *Revista Documentación Administrativa*, Madrid, n. 286-287, p. 239-272, p. 242, enero/agosto 2010.

49 SCHAUER, op. cit., 2011. p. 1.347.

com ferramenta de controle do poder político, somente é possível em face do conhecimento público da atividade burocrática do Estado e mais que isso: a certeza dos gestores públicos de que o conhecimento gera mais controle em função da desejosa atividade cívica dos cidadãos.

Há uma questão inquietante no ordenamento jurídico brasileiro: como conviver com perspectivas normativas tão diversas, inclusive do mesmo ramo jurídico, disciplinando matérias relativas à transparência na ambiência pública⁵⁰. Aqui, é preciso ter um necessário cuidado. A dinâmica do sigilo, da privacidade, da intimidade e da proteção de dados pessoais não possui qualquer contraposição à transparência das instituições, mas, sim, seletividade das informações controláveis pelo grande público. O que se pode afirmar, sem medo de errar, é que o lado privado das informações gerenciadas pelo Poder Público torna-se cada vez mais o lado público que se encontra no privado das relações jurídicas.

É dizer: se a informação é de interesse público, então, é compreensível que o grande público tenha interesse no seu conhecimento; por outro lado, se o sigilo dessa informação comportar a defesa de um interesse privado, o que fazer? A discussão vai além da ciranda jurídica, isto é, além do regular imaginário das restrições aos direitos fundamentais. É, sobretudo, política. E a razão é simples: a pretendida racionalidade jurídica assentada em ponderação e/ou balanceamento de bens/direitos vai desaguar no artificialismo das decisões centradas numa moral cambiante e decisivamente constitutiva de interesses preponderantes. Ou seja, é casuística demais para uma razão séria de Estado. Aqui, entra a política como parâmetro de conformação legislativa: como necessária razão de Estado. Autoritário? Não. Arbitrário é o atual estado de coisa: (a) uma determinação legal proibitiva, isto é, corporificadora do sagrado interesse privado; ou (b) quem pode exercer influência⁵¹ sobre o processo decisório administrativo ou judicial, na maioria das vezes, tem preservado o sigilo

50 Nesse ponto, basta observar a clara contraposição legal-conformativa entre o art. 198 do CTN com o art. 48-A da LRF c/c art. 10 da LAI. Inicialmente, parece não existir tanta contraposição, porém quando se deseja atuar numa perspectiva informacional sobre as relações jurídicas administrativas, principalmente decorrentes da contratualidade pública, entre as empresas e o Estado, por certo, resta quase sempre uma dificuldade de superação do art. 198 do CTN.

51 Aqui, exsurge a elementar afirmativa de que a indecisão no Direito só interessa apenas aos que possam exercer influência sobre os órgãos decisórios administrativos ou judiciais. Dito de outro modo, muitas das considerações sobre a indecisão no Direito, tão arvoradas hodiernamente, revelam apenas uma forma de promover a falaciosa compreensão de que os direitos somente são concretamente identificáveis e jamais abstratamente considerados, portanto, uma visão que interessa a dois senhores: o que exerce a influência sobre os órgãos decisórios e o que a processa na sua práxis administrativa ou judicial.

de uma informação, que deve ser interesse do próprio Estado ou mesmo do grande público.

2.2 Democracia

Por tanto tempo a democracia brasileira parecia desconhecer os institutos relacionados ao controle social da Administração Pública, como que numa inconcebível letargia da sociedade, que não se revela exagerado afirmar que, apenas nos últimos anos, os prognósticos do controle social passaram, enfim, a ganhar os ares das instituições públicas. Isso, evidentemente, trouxe sérias e perniciosas consequências na forma de enxergar o exercício do poder político na gestão pública. É dizer, os parâmetros democráticos da participação popular assentar-se-iam apenas nos ordinários e sucessivos processos eleitorais e, quando muito, nas formas, geralmente inócuas, da democracia semidireta e indireta. Um verdadeiro mundo novo descortina-se com a transparência pública. E por quê? A relação transparência e participação popular é, sem dúvida, uma via de mão dupla: a dinâmica da transparência possibilita o fortalecimento da participação popular; por outro lado, o envolvimento político⁵² do cidadão na gestão pública torna as instituições mais transparentes e, com isso, mais sindicáveis pelo povo e, claro, pelas demais instituições públicas ou privadas.

Assim, a transparência como democracia representa um aspecto, possivelmente intuitivo, de que a autodeterminação política de um povo exige o conhecimento da atividade estatal, mas a temática vai bem além de tudo isso. Em verdade, a transparência como democracia envolve riscos. O uso político da transparência pode levar a uma atuação governamental populista. E mais: o populismo vai justificar a dinâmica da transparência

52 Contudo, “[a] sociedade está sofrida e tão ocupada com a própria sobrevivência que pouco tempo sobra para que possa olhar o andamento das contas públicas. É como um círculo vicioso (e consensual) de que o público não é problema nosso. Cada qual é preocupado com o próprio bolso e não com do prefeito, ou governador ou presidente” (CABRAL, Denise Maciel de Albuquerque; CAVALCANTE, Denise Lucena. Os custos das políticas públicas: um olhar para o orçamento com foco no gasto. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*. Brasília, v. 09, nº 01, p. 01-18, jan./jun. 2014. p. 08). É dizer, a perspectiva política e, portanto, comunitária, é preterida em função dos inevitáveis desafios do espaço individual do economicamente necessário, revelando, assim, uma apatia cívica e, claro, um sofrível processo de alheamento político-fiscal sobre a realidade das escolhas públicas e, igualmente, sobre os gastos públicos. Além disso, “[m]esmo que os governos tenham a iniciativa de criar canais para acompanhamento sistemático da execução do orçamento, incentivando o diálogo com a comunidade, a dinâmica de evolução ocorre na própria comunidade” (GARCIA, op. cit., 2003, p. 153). A questão, portanto, resume-se ao seguinte dilema: como romper a apatia cívica dos cidadãos? Não é possível uma resposta categórica. Se os estímulos governamentais são insuficientes, o mesmo se deve dizer dos valores comunitários dos cidadãos. Porém, a conjunção de esforços dos dois segmentos possa revelar contribuições importantes nesse sentido, especialmente em função dos resultados obtidos: afinal, o envolvimento político se fortalece com conquistas materiais e não meramente lógico-normativas.

para corporificar suas ideologias de controle do grande público. A autodeterminação política da sociedade civil, que fomenta a transparência, exige uma compreensão social de que a transparência pode constituir-se em manifesta forma de mistificação de dados. Dito de outro modo, e só para citar um exemplo, o discurso de combate à corrupção, distanciado dos efetivos mecanismos de seu combate, apenas corporifica uma forma populista de consagrar a transparência nas instituições. Veja-se o caso do Ministério Público da União, cujo discurso de combate à corrupção é absolutamente incompatível com a manutenção de privilégios odiosos, ainda que fundados numa perspectiva normativa incontestável, revelando-se ainda mais criticável quando sustentados em parâmetros regulamentares ilegais e/ou imorais, como é caso da pretensão de concessão desregrada do benefício de auxílio-moradia. A visibilidade da atuação estatal apartada de parâmetros confiáveis no manejo das informações, longe de uma perspectiva emancipatória da participação popular, pode revelar-se um instrumento de mistificação de dados em benefício de determinados grupos políticos, econômicos, profissionais etc., fazendo com que a conquista da transparência seja apenas uma nova forma de velamento da atuação estatal.

A transparência, como facilitador da democracia e instrumento de controle da gestão pública, revela duas providenciais dimensões: (a) possui a pretensão de reduzir a corrupção na ambiência pública; (b) pontuando, além disso, uma clara dinâmica de controle sobre a atuação administrativa, não necessariamente com o propósito de viabilizar as melhores decisões, mas, sim, de promover um controle social como um fim em si mesmo⁵³. Aqui, exsurge o entendimento de que a democracia não se respalda na ideia de que o povo esteja necessariamente certo, mas, sim, no direito desse povo errar⁵⁴. Afinal, a democracia não possui soluções para tudo, não mesmo, talvez pelo fato dela prestigiar a autogovernança de um povo e, dessa forma, a permissividade/obrigatoriedade de assumir o ônus dos seus próprios erros. Lembrando-se que a noção de erro ou acerto, numa contextura social qualquer, sempre exige uma forte dose de experimentalismo. Ora, como admitir um erro na alocação de recursos sem os resultados decorrentes da intervenção da ação pública? Admite-se que, em consideráveis números de casos, seja possível destacar, aprioristicamente, acertados posicionamentos da Administração Pública baseados, tão-somente, em demorados processos decisórios em abstrato; todavia, jamais será viável esse juízo antecipado, e pretensamente acertado, em boa parte dos dilemas cotidianos da gestão pública, nos quais, além do experimentalismo, concorrem fatores diversos e

53 SCHAUER, op. cit., p. 1.349.

54 Ibidem, p. 1.349.

cambiáveis, tais como questões climáticas, comportamentais e econômicas, geralmente bem adversas.

Perceba-se que não se deseja o casuísmo, pois a ação pública projeta suas realizações numa perspectiva comunitária, porém, a miríade fática tende a revelar, às vezes, inevitáveis soluções ad hoc do Poder Público, tratando-se, aliás, da forma mais onerosa de experimentalismo com o dinheiro público, isto é, aquela decorrente de uma exacerbada litigiosidade na execução orçamentária, por conta do decantamento judicial dos imperativos axiológico-normativos incidentes sobre o orçamento público, somando-se, ainda, uma anterior e conflitiva questão tributária entre o contribuinte e a Fazenda Pública. Portanto, hoje, não é mais possível afirmar apenas que “[a] constitucionalização das políticas públicas por meio das vinculações abre o caminho ao controle jurisdicional não democrático e contramajoritário, introduzindo um novo ator no jogo político entre o Legislativo e o Executivo em torno do dinheiro público”⁵⁵. Afinal, faz tempo que a ingerência do Poder Judiciário já extrapolou a pretensão de exigir a observância dos percentuais das vinculações constitucionais e caminha galhardamente para uma completa juristocracia, adentrando verdadeira e indevidamente no terreno da política pura⁵⁶⁻⁵⁷.

Nesse ponto, vale mencionar que “[o] alto índice de litigiosidade referente às questões tributárias no Brasil faz com que se busquem novas reflexões sobre as finanças públicas, acredita-se que o momento necessite muito mais de reflexão pré-legislativa do que a inútil busca da adequação pós-legislativa”⁵⁸. A transparência como democracia serviria ao fundado propósito de firmar as premissas de um processo decisório político dialogal, porquanto a dinâmica conflitiva de interesses restaria capaz de alterar os nortes da atividade financeira do Estado. Todavia,

55 TORRES, Ricardo Lobo. A Constituição Financeira nos seus 20 Anos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 837-848, p. 844.

56 HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy*. The origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 16.

57 Nesse ponto, cumpre transcrever uma preciosa advertência doutrinária: “Não se pode simultaneamente adotar o positivismo na vertente da receita e o pós-positivismo no da despesa pública; nem é possível se aderir à interpretação literal e à restrição ao trabalho do juiz no que concerne aos tributos e à interpretação generosa e ao ativismo judicial nos gastos públicos; muito menos é sustentável a prática do liberalismo radical na tributação e do paternalismo e do intervencionismo estatal nas benesses e na entrega de bens públicos” (TORRES, op. cit., p. 847-848).

58 CAVALCANTE, Denise Lucena. Finanças Públicas: o Contexto do Brasil no Século XXI. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PASIN, João Bosco Coelho. *Direito Financeiro e Tributário Comparado*. Estudos em homenagem a Eusebio González García. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 226-239, p. 227.

isso exige envolvimento político dos cidadãos, daí a importância de uma ambiência pública transparente, pois estimula a atividade política dos mais diversos grupos ou segmentos da sociedade civil. “Na medida em que um número sempre maior de indivíduos conquista o direito de participar da vida política, autocracia retrocede e a democracia avança”⁵⁹. Por isso, a dinâmica da atividade política, numa sociedade complexa e plural, não pode prescindir de uma gestão pública transparente, porque ela afirma os cânones democráticos e, sobretudo, porque viabiliza séria discussão política na arena pública sobre os problemas fundamentais do Estado, em particular sobre a gestão dos recursos públicos.

2.3 Eficiência

Eficiência é resultado, aliás, o melhor resultado possível numa dada realidade. Contudo, essa afirmação revela-se extremamente simples para ser compreendida a partir de uma análise normativa. Afinal, como enxergar a eficiência, numa perspectiva legal, como dado mero econométrico, se a própria dinâmica da atividade jurídica possui uma particular dedicação aos procedimentos intermediários, isto é, aos meios considerados imprescindíveis à regular consecução dos atos materiais da gestão pública. Vale lembrar que a pretendida racionalidade jurídica nem sempre é pensada em função da eficiência; logo, revela-se um nonsense exigir a mesma eficiência do setor privado na gestão pública, especialmente quando há uma disciplina legal que não a viabiliza ou simplesmente a desconsidera. Dito de outro modo, não basta uma ligeira alteração na cabeça do artigo 37 da Constituição Federal para restarem rompidas as amarras legais da ineficiência pública. Ora, se eficiência é resultado, então, qual resultado seria eficiente? O que cumprisse os parâmetros legais ou o que atendesse à finalidade da lei? E há diferença nisso? Não estaria na finalidade da lei o próprio cumprimento dos parâmetros legais? Aqui, reside o verdadeiro dilema: o cumprimento da lei, por si só, não quer dizer o cumprimento da finalidade política expressada na lei. Não raro, o Poder Público não cumpre os parâmetros legais; às vezes, por razões condenáveis, outras nem tanto, mas alcança a finalidade política do parâmetro normativo. Tem-se uma ilegalidade ou, no mínimo, vícios procedimentais, mas um resultado declaradamente eficiente⁶⁰. O que isso quer dizer? Simples: que eficiência é resultado. A realização estatal exige resultados e, por conta disso, parece pouco convincente a lógica de que eficiência ocorre apenas

59 BOBBIO, *op. cit.*, p. 145.

60 Considera-se, aqui, a noção de que a eficácia rende-se aos meios e a eficiência ao resultado de todo o processo da atuação administrativa.

na hipótese em que foram observados todos os procedimentos legais. Não há dúvida de que isso seja desejável, a saber, resultado com legalidade, mas daí afirmar que toda atuação estatal é eficiente a partir de uma desejosa correção normativa é um vexado equívoco. Resultado eficiente é economicidade e não juridicidade. Numa palavra: não há um núcleo jurídico na eficiência, há apenas normas jurídicas que pontuam o dever de eficiência, o que é algo bem diverso. Isso fica ainda mais claro quando surge a necessidade de afirmar que o propósito da eficiência não pode fazer preterir a legalidade na atuação administrativa. Exigir eficiência não garante disciplina normativa que a consagre, aliás, os regulares entaves legais simplesmente a condena na Administração Pública. Por isso, a afirmação tranquila do dever de eficiência na gestão pública, longe de qualquer expressão esclarecedora, apenas consagra uma pretensão, na maioria das vezes, impraticável através dos atuais arranjos normativos impostos à atuação do Poder Público.

Nesse sentido, a transparência teria o condão de identificar em quais situações o resultado eficiente, mas ilegal ou irregular, decorreu ou não de uma atuação condenável do gestor público⁶¹ e, mais que isso, identificar as razões da ineficiência administrativa, mesmo quando a autoridade pública cumpre todos os parâmetros legais. E qual a importância disso? Inicialmente, duas: (a) permitir um julgamento objetivo sobre o regime de incompatibilidade entre a perspectiva normativa e perspectiva gerencial da atividade administrativa; e (b) consagrar um julgamento político, na sua regular compreensão democrática, dos representantes do povo a partir do grau de eficiência alcançado pelo gestor público. Nas hipóteses de condenável atuação do gestor público, com ou sem eficiência, a temática ganha novos ares e, nessa qualidade, os órgãos de controle são verdadeiros aliados da sociedade civil na dura empreitada de reprimir os desmandos da gestão pública.

61 É bom deixar claro que resultado economicamente satisfatório, portanto, eficiente, mas sem um regular amparo legal, não necessariamente decorre de uma atuação condenável do gestor público. O universo da gestão pública trabalha com dinâmicas decisórias multidisciplinares que exigem medidas, não raras vezes, contrárias ao marco legislativo, porém isso é feito de modo consciente, senão a própria finalidade política do texto legal pode resultar inexistosa ou inviável. O que fazer na contratualidade administrativa quando a empresa não mais possui regularidade fiscal? Encerrar o contrato e aplicar multa à empresa? Seria isso eficiente? Quem ganha com essa medida tão ortodoxa? Ninguém. A empresa não obtém fluxo econômico, porque não possui mais contrato, logo, nem termina uma obra e nem pode pagar o fisco. A Administração Pública não consegue concluir a obra ou o serviço e, noutra ponta, também não terá a regularidade fiscal da empresa efetivada, mesmo na hipótese que isso fosse um declarado objetivo do contribuinte. E, aqui, não se falou ainda dos dilemas procedimentais, orçamentários e financeiros de uma nova contratação. Portanto, a dinâmica da atividade administrativa não é tão simples e linear como pensam os órgãos de controle e, de modo irresponsável, apregoa a grande mídia. Os exemplos se multiplicariam, mas esse já denuncia que a questão da eficiência não casa bem com uma análise eminentemente jurídica.

No Brasil, certamente por conta de uma empedernida cultura da corrupção, aliás, como uma realidade endêmica, coteja-se uma odiosa presunção de que os gestores públicos são ineficientes, o que não é bom, e, no que se revela bem pior, também são corruptos, pois há uma indevida associação entre a ineficiência administrativa e a corruptibilidade dos servidores e/ou gestores. Obviamente, no campo das prestações sociais, na qual exige uma contratualidade, ainda que de parcos valores, toda atuação administrativa corrupta é também ineficiente do ponto de vista do resultado, portanto, da economicidade; todavia, nem toda atuação administrativa ineficiente decorre de ato de corrupção. Disso resulta que a identificação da ineficiência por meio da transparência só afeta efetivamente os gestores corruptos.

Ora, se não há corrupção, mas apenas inaptidão, nas suas mais diversas formas, a ineficiência administrativa, ainda que condenável numa perspectiva racional da atuação estatal, não tem o condão de infirmar a idoneidade do gestor público, mas, tão-somente, denunciar, especialmente quando há uma ortodoxa observância dos parâmetros legais, que o sistema normativo padece de sérios problemas conjunturais que inviabilizam uma atuação eficiente da Administração Pública. Não se trata de uma manifestação inocente, mas o reconhecimento de que a estrutura administrativa brasileira, hodiernamente, é pensada e projetada para ser controlada e não para ser eficiente executora do orçamento público. Falta, portanto, uma dinâmica de controle que não torne uma gestão pública ineficiente em função dos obstáculos normativos verificados durante o regular fluxo da atividade administrativa.

Aqui, mais uma vez, a importância da transparência. Explica-se: a gestão transparente evidenciaria, sem esforços, quando a dinâmica da execução orçamentaria encontraria obstáculo nos parâmetros normativos de controle e não na ausência de planejamento administrativo ou no descumprimento de regras pretensamente racionais sobre contratação pública. O percurso para uma gestão pública eficiente é longo, mas é, sobretudo, dialogal: a sociedade civil deve enxergar as dificuldades operacionais do gestor público e este, na mesma medida, deve expor o porquê dessa adversidade; logo, em função disso, inevitavelmente, fará com que surja uma séria discussão sobre o atual modelo de execução orçamentária, mormente no que concerne à contratualidade administrativa.

Numa perspectiva mais ampla, adentrando na lógica do mercado, a transparência expressa um instrumento de equilíbrio na compreensão da ação pública, principalmente como mecanismo de regulação do mercado,

uma vez que o regime de plena disponibilidade de dados pelo Poder Público evita a ocorrência de relevantes assimetrias de informações entre os agentes econômicos, fazendo com que o mercado opere de forma mais eficiente⁶², no que constitui uma análise razoável, melhor dizer, fundada numa imperiosa volição, mas nem sempre possível, uma vez que o dilema do conhecimento antecipado e seletivo de informações relevantes sobre o orçamento público, ainda hoje, afigura-se insolúvel, mormente num sistema de processo eleitoral assentado no financiamento das campanhas pelos grandes grupos econômicos da nação.

2.4 Epistemologia

A transparência como epistemologia possui uma aspiração bem simples: a verdade sobre a atuação administrativa. Ora, se a transparência tende a gerar conhecimento sobre a gestão pública, logo, é compreensível gizar que a transparência assume algum lugar entre um altamente desejável espaço cognitivo e uma necessária via no caminho à verdade⁶³, até porque a lógica instrumental da transparência permite alcançar uma versão da verdade construída pelos cidadãos e não aquela eventualmente entregue pelo gestor público à sociedade civil.

É uma pretensão aceitável, mas se transparência é uma metáfora, mais ainda assim se revela a noção de verdade sobre a gestão pública. Metaforicamente, considerando-se que os termos transcendem à perspectiva formal-material das instituições públicas, é aceitar que a existência de instituições transparentes vai revelar, da melhor forma possível, a verdade sobre elas.

Como não é possível alcançar a verdade, a realidade do controle social parte de versões consistentes sobre os fatos relacionados à gestão pública, que pragmaticamente são tachados de verdadeiros, para promover as devidas conclusões sobre os efetivos rumos da atuação administrativa, isto é, quais propósitos animam as decisões do gestor público e, com isso, desencadear os legítimos processos político-discursivos numa administração pública dialógica.

Então, a transparência como epistemologia reflete uma dinâmica informativa que seja capaz de consagrar um ambiente de verdade nas instituições públicas. Todavia, em que termo isso seria possível? Essa é uma questão sempre cercada de renhidas discussões, porquanto a verdade sobre as instituições demanda sempre um necessário filtro sobre o que

62 VAUGHN, op. cit., p. 971. No mesmo sentido: SCHAUER, op. cit., p. 1.350.

63 SCHAUER, op. cit., p. 1.350.

elas entendem ou pregam como verdade e, dessa forma, o caminho até a verdade é uma construção com a sociedade civil e não uma exposição para a sociedade civil.

3 TRANSPARÊNCIA E ORÇAMENTO⁶⁴

Poucas leis foram tão importantes ao Estado brasileiro quanto à LRF. Por outro lado, pouquíssimas leis são tão descumpridas como a LRF. Infelizmente, a cultura da austeridade fiscal tarda em ganhar o merecido apreço dos gestores públicos no Brasil. A austeridade é ainda concebida apenas como mecanismo ilegítimo de restrição da capacidade de investimento de qualquer governo. Aqui, é preciso desmistificar a compreensão de que a austeridade fiscal é incompatível com a dinâmica do investimento público: o Estado precisa poupar, mas também precisa investir e, o mais importante, deve gastar melhor. Afinal, a despesa do Estado, por si só, não deve ser condenada, porquanto a contratualidade pública representa um fator de recuperação econômica e, com isso, tende a reduzir o desemprego⁶⁵. Por isso, é preciso estabelecer prioridades no investimento público, senão a despesa pública não se justifica no processo econômico.

Pena que o grande público, vitimado por históricos processos sociais reconhecidamente injustos, parece desconhecer a importância da austeridade fiscal. O mesmo se diga quanto à atual gestão pública federal que, por gastar mal e além da conta, vive, agora, o dilema da redução de investimentos em projetos estruturais extremamente importantes à nação. O problema do experimentalismo fiscal é que os esforços intergeracionais podem ser totalmente comprometidos com políticas públicas ineficientes em determinada geração e, com isso, acarretar uma verdadeira inanição fiscal na geração posterior. Esse parece ser o maior dilema da governança pública brasileira.

A virtuosa defesa da austeridade fiscal, longe de uma perspectiva ideológica libertária, representa uma verdadeira ferramenta de transformação social, porquanto sem fluxo econômico não há Estado Social e a atividade econômica depende de uma gestão pública cônica de seus limites de atuação, pois, somente assim, ela é capaz de intervir nas áreas providenciais de fomento da economia, mas sem perder de vista as prestações sociais, mormente as relacionadas a uma pátria pretensamente educadora.

64 É pertinente destacar que, conforme a nota de brevidade exigida no artigo, não é possível apresentar o curso histórico-evolutivo do orçamento no Brasil, sem falar que tal pretensão até se afigura desnecessária em função dos propósitos centrais da discussão apresentada neste trabalho.

65 STIGLITZ, Joseph E. *O preço da desigualdade*. Tradução de Dinis Pires. 1ª Reimpressão. Lisboa: Bertrand, 2014. p. 316.

E qual o papel da transparência na execução do orçamento público? A legislação não esclarece e nem poderia fazer, pelo menos expressamente. E a razão é simples desse entendimento: as prescrições dos artigos 48 e 48-A da LRF apenas estabelecem as matrizes normativas da perspectiva formal do princípio da transparência e, quando muito, alguns dados importantes sobre a perspectiva material desse princípio. Agora, o papel da transparência vai muito além de tudo isso: adentra na seara política e da virtude cívica dos cidadãos brasileiros.

Seria, assim, a transparência o elo que ligaria a noção de controle social e, portanto, de envolvimento político dos cidadãos, com a autogovernança democrática no constitucionalismo moderno, despontando, sobretudo, o comprometimento da atitude cívica dos contribuintes na compreensão e no controle da execução orçamentária. Naturalmente, a concretização desses nobres propósitos acarretam sérias implicações à Administração Pública, muitas delas particularmente difíceis, porém, com o devido esforço institucional, alcançáveis em função de anos de efetivo compromisso em promover o conteúdo material das prescrições normativas. Dentre tantas implicações, destacam-se nas linhas vindouras as políticas, procedimentais e operacionais.

3.1 Implicações Políticas

A transparência traz, sem sobra de dúvida, maior responsabilidade política dos gestores públicos, mas uma coisa deve ficar bem clara: isso somente é possível com o devido comprometimento da sociedade civil. Sabe-se que o custo político de uma gestão pública ineficiente é bem expressivo. Aqui, não há novidade. Assim, o público em público, e para o público, não permite formas compreensivas da gestão pública que sejam capazes de negar o alto custo político e econômico de uma Administração Pública ineficiente, serodiosa e onerosa no cumprimento dos seus fins. Então, a transparência no orçamento público acarreta, inevitavelmente, maior compromisso político do gestor público, senão os efeitos do controle social não lhe serão nada favoráveis, inclusive, até mesmo catastróficos em função dos permeios políticos dos próximos pleitos⁶⁶.

Outro detalhe importante: a transparência não pode ser vista apenas a partir do custo político da gestão pública, pelo contrário, ela pode ensejar um grande favor político ao próprio gestor público, especialmente quando os resultados de sua gestão superam, nos limites da atuação administrativa, as gestões anteriores. E o mais emblemático: a transparência nem sempre causa indisposição do gestor com a sociedade civil, pois, não raras vezes, os cidadãos

⁶⁶ É melhor pensar assim, só que a crueza dos processos eleitorais brasileiros parece revelar que o eleitorado não tem dado maior importância aos desmandos da gestão pública, o que incluem, evidentemente, os que levam a uma odiosa ineficiência da máquina pública.

acostumados a serem acudados pela gestão pública, encontram na transparência administrativa uma forma de satisfação política e mesmo de receptividade no compartilhamento de informações, fazendo com que suas perspectivas de análises, antes distante e possivelmente equivocadas, passem a galgar novo patamar compreensivo sobre a realidade da Administração Pública e, assim, exsurgir uma nova forma de enxergar as realizações do Poder Público ou, pelo menos, as dificuldades que as encerram no desafio cotidiano da gestão pública.

Como a transparência gera maior responsabilidade do gestor público, é possível sustentar que a dinâmica da atividade política pode romper os parâmetros decisórios anteriores, não necessariamente em função do desacerto deles, mas, sobretudo, pela necessidade de considerar um patamar diferenciado de visibilidade da atuação administrativa.

Nesse ponto, a transparência tanto pode contribuir como prejudicar na promoção de uma gestão pública mais eficiente. Explica-se: contribui, quando gera reflexão séria sobre as práticas administrativas e políticas decisórias, isto é, fomenta o processo democrático de discussão pública, alavancando uma opinião pública capaz de direcionar o uso do poder administrativo⁶⁷; prejudica, quando mistificam as relações jurídico-administrativas através de dados e/ou informações decodificadas para o grande público.

3.2 Implicações Procedimentais

Inicialmente, por uma elementar exigência processual administrativa, cumpre informar que as implicações procedimentais são imprescindíveis na consolidação do controle social na Administração Pública. A própria disciplina interna de cada órgão público na aplicação da LAI⁶⁸, dentre tantas outras regulamentações sobre a temática, é um caso emblemático de alteração da rotina no tratamento de informações na ambiência pública. Aliás, o novo e pretendido *modus operandi* da Administração Pública, além da correção da dinâmica operativo-procedimental, exige uma verdadeira flexibilização de institutos jurídicos, como é o caso do sigilo fiscal, firmando-se, assim, a lógica da transparência como regra e sigilo como exceção⁶⁹, fazendo com que, numa novel referencialidade axiológico-normativa, a imperiosa

67 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 282.

68 O mesmo se pode afirmar do art. 48-A da LRF.

69 CAVALCANTE, Denise Lucena. Atuação da Administração Fazendária após a Lei nº 12.527/2011: a Questão do Acesso às Informações Fiscais. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CHRISTOPOULOS, Basile Georges; ZUGMAN, Daniel Leib; BASTOS, Frederico Silva (Coordenadores). *Transparência Fiscal e Desenvolvimento: homenagem ao professor Isaías Coelho*. São Paulo: Fiscosoft, 2013. p. 119-137, p. 121.

inducibilidade acentuada das políticas macroeconômicas e administrativas⁷⁰ sejam contempladas no regular prognóstico da procedimentalidade a partir do fenômeno da transparência. Os procedimentos são sempre necessários na consolidação de qualquer empreendimento normativo. Se não há direitos sem recursos⁷¹, uma vez que todos os direitos demandam um custeio dos contribuintes e, nesse sentido, todos os direitos são positivos⁷², menos ainda é possível cogitar a existência deles sem o reino dos procedimentos. É a procedimentalidade uma marca de qualquer empreendimento humano, mormente o de ordem normativo-processual. Eis, portanto, a razão da importância da transparência na gestão fiscal: entender o porquê da alocação dos recursos administrados pelo Poder Público e como eles são efetivamente empregados na sociedade⁷³.

Toda a dinâmica processual administrativa, mormente a que se destine à consagração dos mecanismos administrativos de promoção da transparência, exige um sem número de reflexões sobre a complexa estrutura orgânico-funcional do Poder Público. Não por outra razão que toda procedimentalidade espelha a (ir)racionalidade de uma estrutura de poder, fazendo com que, a depender do regramento da temática administrativa, o exercício das potencialidades políticas estampadas nas leis seja seriamente comprometido em função de uma clara anacronia de procedimentos administrativos. Desse modo, procedimentos que exijam consideráveis custos administrativos e pessoais são plenamente incompatíveis com a lógica da transparência, o mesmo ocorre quanto aos procedimentos que exijam injustificáveis custos institucionais. A procedimentalidade deve ser simples e dinâmica⁷⁴, comportando, assim, diante das contingencialidades, novas formas de empreender e atender

70 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 114-115.

71 Aliás, mesmo aqueles relacionados às liberdades individuais, afinal: "Todos los derechos son costosos porque todos presuponen una maquinaria eficaz de supervisión, pagada por los contribuyentes, para monitorear y controlar" (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *El costo de los derechos*: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo XXI, 2012. p. 65).

72 HOLMES; SUNSTEIN, op. cit., p. 69.

73 Nesse ponto, segue uma importante advertência: "Ora, não é difícil perceber que de muito pouco adianta obter uma justiça na tributação (quando esta existe, mesmo em pouca proporção), se o dinheiro público se esvai, de forma arbitrária, ilegítima e ilegal (e/ou inconstitucional), por época da realização da despesa. Quer-se frisar o ponto de que a tributação somente se justifica em face da necessidade do gasto público na direção da satisfação das necessidades públicas; o gasto público, por sua vez, somente existe porque houve a tributação" (HORVATH, Estevão. *Direito Financeiro versus Direito Tributário*. Uma dicotomia desnecessária e contraproducente. In: _____; CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. *Direito Financeiro, Econômico e Tributário*: estudos em homenagem a Régis Fernandes de Oliveira. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 177, itálico no original).

74 Tal como prescreve o artigo 2º, § único, inciso IX, da Lei nº 9.784/1999 (Lei Geral do Processo Administrativo Federal – LGPAF).

aos requerimentos administrativos, sempre revelando o menor sacrifício possível ao cidadão e, quando possível, à Administração Pública.

3.3 Implicações Operacionais

Após a dinâmica da procedimentalidade, tem-se como inevitável os limites compreensivos da operacionalidade dos prognósticos normativos na Administração Pública. Se a lei cria procedimentos, por outro lado, a atuação administrativa desenvolve programas das mais diversas ordens e utilidades. A era da informação é, sobretudo, uma era de tratamento digital de dados e de novas plataformas de trabalho. A era da comunicação instantânea, por conta dos largos progressos tecnológicos, exige uma considerável capacidade operacional dos órgãos ou das entidades públicas para atender, a contento, ao crescente fluxo de demandas administrativas. A tecnologia, com ou sem ideologia, é uma ferramenta imprescindível à regular consecução das prestações estatais, incluindo as de cunho emancipatório dos cidadãos.

Dito de outro modo, a procedimentalidade, definida numa perspectiva processual administrativa, carece de eficientes parâmetros operacionais na Administração Pública, muito embora eles não sejam expressamente concebidos pela legislação, porém assumem uma inegável relevância no exercício dos direitos, até porque não há como admitir uma atuação administrativa tecnologicamente ultrapassada, que caminhe da obsolescência à total caducidade. Afinal, como administrar tantas informações e como tratar de tantos requerimentos, ou melhor, como viabilizá-los comodamente aos cidadãos? Essa é a lógica da implicação operacional do princípio da transparência. Trata-se, portanto, duma dinâmica dos meios, mediante novas tecnologias, para facilitar o acesso e exercício do direito fundamental à informação⁷⁵, no que contempla a própria ideia de liberdade de expressão, porquanto a sua negativa, além de uma ofensa individual, também faz exsurgir uma violação do auspicioso direito da coletividade em conhecer as informações advindas da expressão do pensamento de qualquer membro da comunidade política⁷⁶.

O canal de informação/comunicação da Administração Pública com o cidadão deve conceber a lógica de que o exercício de direitos de participação política deve ocorrer sem sacrifícios pessoais dos cidadãos. Notadamente, pode-se questionar o que seja um sacrifício pessoal, de forma que, em um ou

75 BUTELER, Alfonso. La transparencia como política pública contra la corrupción: aportes sobre la regulación de derecho de acceso a la información pública. *A & C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 14, nº 58, p. 61-106, p. 101, out./dez. 2014.

76 BUTELER, op. cit., 2014. p. 70, no que pontua um aspecto relevante da Opinião Consultiva nº 5/85 da Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

outro caso, é defensável destacar que a fórmula seja vazia, porém a experiência da atividade cotidiana das pessoas pode tranquilamente revelar que a grande maioria dos requerimentos promovidos numa repartição pública ocorrerá sem um efetivo sacrifício pessoal. Numa palavra: se não há uma fórmula precisa, é melhor que exista uma. Nesse sentido, parece ser a dinâmica da inexistência de sacrifício pessoal um bom caminho. Daí a importância do tratamento digital/virtual dos petições administrativos, porquanto raramente existirá algum sacrifício pessoal no preenchimento on line de formulários, contanto que funcionalmente compatíveis com a era da informação.

Nesse ponto, a dinâmica da ausência dos sacrifícios pessoais faz romper com a exigência da presença física do cidadão para fazer mover a estrutura orgânico-funcional do Estado nas prestações dos serviços públicos, excetuando-se as hipóteses quando isso for imprescindível, por exemplo, numa perícia médica⁷⁷. Disso resulta que não é compreensível que o controle social das finanças públicas tenha que exigir a presença física do contribuinte nas administrações públicas fazendárias. Não por outra razão que o art. 48-A da LRF possui o grande mérito de empreender uma nova dinâmica de acessibilidade dos dados relativos à execução orçamentária dos entes políticos, dos órgãos e das entidades públicas.

As exigências operacionais não cumprem apenas a uma demanda externa, mas, sobretudo, interna, pois o processamento dos requerimentos administrativos exige um confiável parâmetro procedimental e, mais que isso, uma minuciosa disciplina normativa interna dos institutos relativos à transparência administrativa, bem como um correspondente suporte técnico no processamento das informações.

Noutro giro, como reflexões derradeiras deste artigo, vale destacar que a sociedade civil deve atentar-se a essas relevantes implicações, senão a conquista da transparência será uma conquista sem fim e com largos passos à idealidade estritamente platônica. “Do mesmo modo que a proteção tem olhos, a obediência é cega”⁷⁸. É uma constatação inarredável na vida política de um povo. É preciso que os olhos do controle social, longe da míope compreensão da gestão fiscal do Estado, sejam aguçados e, sobretudo, dialogais com o Poder Público, afinal, nenhum romance digno do nome nasceu da indiferença dos seus amantes. Dito de outro modo, o fluxo executivo do orçamento, no qual comporta a contratualidade administrativa, demanda outro nível de análise,

77 Obviamente, a participação dos cidadãos nos processos decisórios do Estado, como fator de pressão política, jamais vai considerar despidendo a presença física dos membros da comunidade política. A identificação de um espaço social, como uma histórica praça pública, como ponto de conflito e de disputa política, representa um verdadeiro ícone de um Estado democrático.

78 BOBBIO, op. cit., 2009b. p. 107.

no qual a transparência administrativa tem muito a contribuir, exigindo-se, para tanto, o regular cumprimento do art. 48-A da LRF, em verdade, o incontestável compromisso político de cumpri-lo, pois, somente a partir daí, é possível ter uma radiografia, em tempo real, da execução orçamentária e sua (ir)regularidade. É dizer, os olhos da emancipação política da sociedade civil passam a enxergar uma nova realidade sobre gestão fiscal do Estado. Numa palavra: supera-se a transparência numa perspectiva meramente quantitativa dos gastos da ação pública, adentrando, desse modo, no nível das políticas públicas, discutindo-se o processo e a documentação orçamentária já no círculo conceitual e metodológico das políticas e programas de despesas, que, infelizmente, ainda se revela insuficiente na gestão pública brasileira⁷⁹.

Todavia, isso ainda é um tanto fantasioso do ponto de vista da racionalidade e da eficiência administrativa, porque uma ambiência de gestão fiscal transparente, por si só, não assegura que a execução dos recursos orçamentários necessariamente alcance os resultados prospectados pela decisão político-administrativa. Isto é, não há como empreender a apenas dinâmica da transparência como utopia, centrada num ideal político e moral⁸⁰, nem também como ideologia, como valor político central da contemporaneidade⁸¹; mas, sobretudo, como instrumento e, nessa qualidade, ela pode ser útil ou inútil, a depender da consciência cívica de um povo e, também, das possibilidades do capital social de determinada sociedade. Aqui, entra em cena outro aspecto fomentado pela transparência administrativa: em verdade, um terreno próprio para uma efetiva emancipação político-social da sociedade civil e, com isso, capaz de projetar um nível de controle pretensamente eficiente da atuação administrativa, portanto, algo além da própria dinâmica da transparência.

Nesse ponto, é importante destacar que a dinâmica do controle decorrente da emancipação político-social da sociedade civil é, sobretudo, dialogal e, dessa forma, supera a dinâmica do controle preventivo e, principalmente, repressivo dos órgãos de controle da República. Esse diálogo, longe da perspectiva monológica geralmente empreendida pelo controle externo, revela uma nova forma de enxergar o controle da gestão pública, porquanto faz exsurgir análises tanto políticas quanto normativas sobre a realidade da execução orçamentária. Numa palavra: é possível compreender com outro matiz a questão sobre onde o recurso é aplicado e como ele é aplicado. Afinal, num primeiro momento, “[o] que importa não é se os impostos – considerados em si – são cobrados

79 GOÑI, op. cit., p. 257.

80 ROSANVALLON, op. cit., p. 358.

81 Ibidem, p. 364.

justamente, mas se é justa a maneira global pela qual o governo trata os cidadãos – os impostos cobrados e os gastos efetuados”⁸².

Disso resulta, inevitavelmente, que a sociedade civil deve compreender (a) a dinâmica da decisão político-orçamentária do Estado no complexo processo das escolhas públicas e, no que se revela tão importante, (b) promover o necessário escrutínio da execução orçamentária, mormente quanto aos seus limites e suas possibilidades, fazendo com que a identificação/reflexão dos gastos públicos expresse novas formas de empreender a pretendida justiça fiscal no Brasil. Nesse ponto, não há como negar o caráter instrumental da transparência: servir de meio adequado para emancipação política dos cidadãos em face dos gastos públicos. Eis, portanto, o ideário da informação qualificada dos cidadãos sobre as ações do Poder Público como expressão de poder político de um povo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando os posicionamentos tomados e, sobretudo, as proposições e exposições apresentadas neste artigo, concluímos que:

(a) a transparência, como realidade orgânico-institucional, é fruto da era da informação e encontra amparo na perspectiva democrática e republicana de gestão pública, no que expressa uma providencial consonância política de autodeterminação democrática de um povo;

(b) transparência, acessibilidade de informações e publicidade são realidades normativo-compreensivas diversas, muito embora inter-relacionadas, fazendo com que a expressão de quaisquer delas seja identificada na atuação administrativa e, com isso, ser destacado qual o verdadeiro estágio ou grau de transparência alcançado pelas instituições públicas;

(c) a transparência como regulação, democracia, eficiência e epistemologia, ainda que consagre pretensões político-emancipatórias bem interessantes da sociedade civil, apenas projeta possibilidades de transformação das relações jurídico-administrativas, numa ambiência constitutivo-evolutiva, capazes de firmar a previsibilidade da gestão pública e, com isso, a necessária confiança nas instituições, a partir do diálogo gerado pela transparência, na promoção das finalidades políticas do Estado; e

82 MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 36.

(d) a transparência não é uma panaceia da Administração Pública, em verdade, trata-se de temática com nítidos propósitos de transformação das instituições, seja pelo controle social, seja pelo diálogo instituição-sociedade decorrente desse controle, imprimindo-lhes maior previsibilidade de suas realizações e, com isso, maior confiança da sociedade, mas que demanda sempre atitude cívica dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 6. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade; para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 15. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

_____. *O futuro da democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009b.

BUTELER, Alfonso. La transparencia como política pública contra la corrupción: aportes sobre la regulación de derecho de acceso a la información pública. *A & C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 61-106, out./dez. 2014.

CABRAL, Denise Maciel de Albuquerque; CAVALCANTE, Denise Lucena. Os custos das políticas públicas: um olhar para o orçamento com foco no gasto. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário – RDIET*, Brasília, v. 09, n. 01, p. 01-18, jan./jun. 2014.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*. Traducción de Daniela Brückner y José Luis de Castro. Cándido Paz-Ares. Madrid: Civitas, 1995.

CAVALCANTE, Denise Lucena. Atuação da Administração Fazendária após a Lei nº 12.527/2011: a Questão do Acesso às Informações Fiscais. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CHRISTOPOULOS, Basile Georges; ZUGMAN, Daniel Leib; BASTOS, Frederico Silva (Coordenadores). *Transparência Fiscal e Desenvolvimento: homenagem ao professor Isaías Coelho*. São Paulo: Fiscosoft, 2013.

_____. Dos Tributos para as Finanças: ampliação do foco. *Nomos – Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 25, p. 67-78, dez. 2006.

_____. Finanças Públicas: o Contexto do Brasil no Século XXI. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PASIN, João Bosco Coelho. *Direito Financeiro e Tributário Comparado*. Estudos em homenagem a Eusebio González García. São Paulo: Saraiva, 2014.

DREZÈ, Jean; SEN, AMARTYA. *Glória Incerta: a Índia e suas contradições*. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes e Laila Coutinho. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

ELIAS, Gustavo Terra. Da publicidade à transparência: o percurso para a reafirmação da democracia participativa. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 12, n. 141, p. 27-40, nov. 2012.

FENSTER, Mark. Seeing the State: Transparency as Metaphor. *Administrative Law Review*, Chicago, v. 62, n. 03, p. 617-672, summer 2010.

_____. The Opacity of Transparency. *Iowa Law Review*, Iowa City, v. 91, n. 03, p. 885-949, march 2006.

FISHER, Elizabeth. Exploring the legal architecture of transparency. In: ALA'I, Padideh; VAUGHN, Robert G. (ed.). *Research Handbook on Transparency*. Northampton: Edward Elgar, 2014.

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

GARCIA, Leice Maria. Controle social dos gastos públicos. In: _____; BUGARIN, Maurício; VIEIRA, Laércio Mendes (Org.). *Controle dos gastos públicos no Brasil: instituições oficiais, controle social e um mecanismo para ampliar o envolvimento da sociedade*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2003.

GOÑI, Eduardo Zapico. Importancia y posibilidades estratégicas de la transparencia del gasto a nivel de políticas públicas. *Revista Documentación Administrativa*, Madrid, n. 286-287, p. 239-272, enero-agosto 2010.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy*. The origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *El costo de los derechos*: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo XXI, 2012.

HORVATH, Estevão. Direito Financeiro versus Direito Tributário. Uma dicotomia desnecessária e contraproducente. In: _____; CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. *Direito Financeiro, Econômico e Tributário*: estudos em homenagem a Régis Fernandes de Oliveira. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

LEAL, Rogério Gesta. O controle da Administração Pública no Brasil em face de sua necessária transparência. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública*, Belo Horizonte, ano 01, n. 01, 29-47, jan./abr. 2012.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência Administrativa*: publicidade, motivação e participação popular. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

OLIVER, Richard W. *What is transparency?* New York: McGraw-Hill, 2004.

OLLIVIER-YANIV, Caroline. Les communicants gouvernementaux au secret: croire et croire à la transparence politique. *Quaderni – La revue de la communication*, Paris. n. 52, p. 105-115, Automne, 2003.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Transparência não é devassa, nem na Lei nº 12.527/2011. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 12, n. 138, p. 32-36, ago. 2012.

RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 266, p. 89-123, maio/ago. 2014.

ROSANVALLON, Pierre. *Le bon gouvernement*. Paris: Éditions du Seuil, 2015.

SAINZ DE BUJANDA, Fernando. *Sistema de Derecho Financiero*. Introducción. v. I. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1977.

SCHAUER, Frederick. Transparency in three dimensions. *University of Illinois Law Review*, Champaign, v. 2011, n. 04, p. 1.339-1.358, 2011.

STIGLITZ, Joseph E. *O preço da desigualdade*. Tradução de Dinis Pires. 1ª Reimpressão. Lisboa: Bertrand, 2014.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. A Constituição Financeira nos seus 20 Anos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário. O Orçamento na Constituição*. v. V. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

VAUGHN, Robert G. Transparency in the Administration of Laws: the Relationships between Differing Justifications for Transparency and Differing Views of Administrative Law. *American University International Law Review*, Washington, v. 26, n. 4, p. 969-982, 2011.

ZETLAOUI, Tiphaine. Les mirages technologiques de la transparence administrative. *Quaderni – La revue de la communication*, Paris, n. 52, p. 67-76, Automne, 2003.

RECEBIDO EM: 17/07/2015

APROVADO EM: 22/01/2016

REGULAÇÃO DA MÍDIA, OPRESSÃO E DEMOCRACIA: APROXIMAÇÕES COM A EXPERIÊNCIA ARGENTINA

*MEDIA CONTROL, OPPRESSION AND DEMOCRACY: APPROACHES
TO THE ARGENTINIAN EXPERIENCE*

Ricardo Cavalcante Barroso¹

Procurador Federal

lotado e em exercício na Procuradoria-Regional Federal da 5ª Região

Doutorando em Direito pela UFPE

SUMÁRIO: Introdução; 1 O fracasso do laissez-faire na promoção da liberdade, da igualdade e da democracia; 2 Do papel (poder) da mídia na sociedade e a teoria da agenda; 3 Regulação da mídia e democracia; 4 Alguns aspectos relevantes da regulação da mídia na Argentina: A ley de medios; 5 Decisão da Corte suprema argentina que declarou a constitucionalidade da ley de medios e a regulação como meio de proteção da liberdade de expressão democrática 6 Conclusão; Referências.

¹ ricardo.barroso@agu.gov.br

RESUMO: a ausência estatal na atuação dos meios de comunicação de massa é capaz de gerar exclusão e opressão. O setor econômico tem sido incapaz de construir um modelo de atuação dos meios de comunicação de massa que consiga contemplar liberdade, democracia e bem comum. Assim, o poder mobilizador e indutor da mídia vem sendo menosprezado pela sociedade e pelo estado, mantendo a sistemática exclusão dos grupos sociais minoritários e desfavorecidos. A Argentina, com a ley de medios, traz relevante e promissor modelo de regulação que inspira soluções democráticas. Por fim, resulta premente a necessidade de regulação da mídia com foco no atingimento do bem comum.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação da Mídia. Liberalismo. Democracia.

ABSTRACT: The absence of the state within the activity of the mass media is capable of generating exclusion and oppression. The economic field has been unable to build a model for the activity of the mass media that can contemplate freedom, democracy and the common good. Thus, the moving and inductive power of the media has been underestimated by the society and the state, keeping the systematic exclusion of the minority and unfavoured social groups. Argentina, with its ley de medios (“law of the media”), brings forward a relevant and promising model of regulation which inspires democratic solutions. Finally, it results that the need for regulation of the media focused on the attainment of the common good is urgent.

KEYWORDS: Media Regulation. Liberalism. Democracy.

INTRODUÇÃO²

A justificativa do presente estudo reside na importância da controvérsia em torno da necessidade de uma regulação estatal e social do uso dos meios de comunicação de massa como providência capaz de realizar os valores fundantes de liberdade, igualdade e democracia numa perspectiva para além do liberalismo clássico.

Percebe-se, como premissa, que os meios de comunicação de massa produzem uma influência decisiva na definição dos temas centrais da sociedade, ao tempo em que se constata sua captura por interesses eminentemente privatísticos, relegando o seu papel social estampado na Constituição Federal².

Disto decorre a necessidade de discutir a viabilidade de uma regulação estatal dos meios de comunicação, como instrumento destinado à promoção da democracia.

Articula-se a necessidade da presença do Estado como mecanismo de restauração da liberdade e da igualdade, haja vista que a falta de regulação degenerou a atuação dos meios de comunicação em detrimento de valores essenciais ao Estado Democrático de Direito.

A experiência argentina, através da denominada ley de médios³, trará importante contribuição para influenciar o debate sobre a regulação da mídia no Brasil, em especial pelas premissas éticas e axiológicas estampadas no regime platino, bem como pela instituição de organismos como a Autoridade Federal de Serviços de Comunicação e o Conselho Federal de Comunicação Audiovisual, destacando-se sua missão e sua composição plúrima.

Até porque, assim como em Argentina, no Brasil, o problema relacionado à concentração do poder em organizações midiáticas economicamente fortes é uma realidade. A formação de grandes conglomerados midiáticos além de ser uma realidade atual no Brasil, decorreu do processo histórico de formação dos meios de comunicação

² Art. 221 - A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

³ Lei n° 26.522/2009.

brasileiros, cujo tratamento legal e regulatório é débil e insuficiente, fato que reforça ainda mais a pertinência e utilidade do debate ora encetado.⁴

Enfim, pretende o presente ensaio realizar abordagem da desregulação midiática contemporânea e propor reflexões sobre a imperiosa necessidade de sua regulação como pressuposto para a realização da uma sociedade democrática e focada no bem comum.

Do ponto de vista metodológico, dada a remissão, entre outras, à doutrina do sociólogo alemão Niklas Luhmann que dedica atenção aos meios de comunicação de massa rádio, imprensa e televisão, presente estudo, inicialmente, abrangerá essas espécies de meios de comunicação.

A abordagem sobre outros meios de comunicação como a Internet, blogs e chats não se insere diretamente no espectro do presente estudo. Dedicar-se o texto aos meios de comunicação cuja produção e expansão do conteúdo são centralizados em grandes organizações, com o direto potencial de subverter a liberdade e democracia no acesso à mídia.

Assim, o presente texto toca a regulação da Internet apenas na parte em que as organizações corporativas se utilizam da internet para expor seus conteúdos.

Em momento algum esse recorte menospreza o papel da internet. No entanto, diante da força das grandes organizações de comunicação sobre a formação do que se entende por realidade na sociedade contemporânea opta-se por estudar a regulação desse setor específico.

Até porque, a abordagem da ley de medios da Argentina é trabalhada precisamente sob esse enfoque, qual seja, das grandes organizações que dominam o mercado midiático.

Assim, observando as contribuições advindas da Argentina, em especial do texto legal produzido (lei 26.522/2009), seja pela decisão da Corte Suprema

4 Sobre o assunto, André de Godoy Fernandes, em tese de doutoramento perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, faz importante abordagem histórica do processo de surgimentos dos primeiros meios de comunicação brasileiros na década 1920, até a formação de grandes organizações econômicas dedicadas à mídia no Brasil para constatar a existência real de uma concentração exacerbada da propriedade dos meios de comunicação no Brasil e a necessidade do aprimoramento de sua regulação. In: FERNANDES, André de Godoy. *Meios de comunicação social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação*. 2009. 460 folhas. Tese de doutorado. Departamento de direito comercial. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

de justiça da Argentina ao apreciar a constitucionalidade da ley de medios, o presente estudo tem por escopo estimular o debate sobre tão relevante tema para a sociedade, inclusive a brasileira, e suscitar impulsos e iniciativas que caminhem no sentido da adequada regulação do setor midiático no Brasil.

1 O FRACASSO DO LAISSE-FAIRE NA PROMOÇÃO DA LIBERDADE, DA IGUALDADE E DA DEMOCRACIA

Neste ponto, cumpre realizar um paralelo entre a necessidade de afirmação de um Estado Social e intervencionista diante de um Estado Liberal que fracassou na garantia de valores centrais à sociedade, como liberdade e igualdade, e a realidade atual, em que impera a desregulação da mídia com os efeitos negativos que essa falta de controle gera para valores como liberdade, igualdade e democracia.

É sabido que a busca pela limitação do papel do Estado na sociedade como meio de realização da liberdade e da igualdade é um pilar central do Estado de Direito, também denominado Estado Liberal. Pretendia-se afastar, assim, a opressão estatal então vigente no Estado absolutista até o fim do século XVIII.

Paulo Bonavides bem evidencia que o Estado de Direito surge da afirmação individualista de direitos perante o Estado; um Estado que tinha por artigo de doutrina não intervir na sociedade e existir para o indivíduo como meio e nunca como fim.⁵

Acontece que o Estado Liberal, sob o postulado do *laissez-faire*, defendia a abstenção do Estado no trato nas relações privadas, sob a perspectiva de que esse fato seria estimulador da ampla liberdade social e do bem-estar social.

No entanto, a partir de meados do século XIX, diante do cenário de exploração radical da força operária ao redor do mundo, florescem doutrinas⁶ e manifestações⁷ que denunciam a ausência do Estado na economia e que buscam

5 BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do estado*. 8. ed. São Paulo: Malheiro. 2010. p.172.

6 Essencial a alusão ao socialismo após a publicação do Manifesto Comunista de Marx e Engels em 1848 que representou o grito de guerra inspirando o socialismo revolucionário e a obra o *Capital* de Marx que condensa a doutrina marxista.

7 Pode-se citar a *Rerum Novarum* de Leão XII, como manifestação formal, clara e positiva da Igreja Romana, em 1891, na qual são explicitados indicadores do processo de falência do Estado Liberal, o qual, com seu absentismo estatal, foi complacente com a opressão entre as classes sociais, ferindo, assim, de morte, a liberdade e a igualdade dos indivíduos tão preconizada no liberalismo então instaurado. Cita-se trecho da introdução da *Rerum Novarum* que cuida da condição dos operários na época do documento religioso: "A sede de inovações, que há muito tempo se apoderou das sociedades e as tem numa agitação febril, devia, tarde ou

a intervenção do Estado como meio de restabelecer a liberdade e igualdade nas relações sociais corrompidas pela atuação desregrada e nociva de um capitalismo voraz. Denunciando essa natureza opressora do Estado Liberal, pontua Maluf que o Estado se converteu no reino da ficção, com cidadãos teoricamente livres e materialmente escravizados⁸.

A partir daí marca-se a passagem do Estado Liberal para o Estado Social⁹ que busca corrigir não mais a opressão estatal, mas sim combater as mazelas do liberalismo clássico que, por mais contraditório que possa parecer, sob o postulado da liberdade praticou opressão e abuso, negando o pretendido bem-estar social.

Denunciando esse cenário vigente ao final do século XIX, Owen Fiss expressamente afirma que o tema do dia, nessa época, era o alcance do poder estatal.

Nos Estados Unidos, por exemplo, passa-se a recorrer ao Estado como meio de limitar os excessos do capitalismo. Nessa época, afirma Fiss, produzem-se várias leis para regular setores da vida privada nos Estados Unidos, a exemplo das leis que regulavam a distribuição de licores e loterias; leis para controlar aspectos das relações laborais; número máximo de horas de trabalho; segurança do trabalho; trabalho de crianças; e a vinculação a sindicatos¹⁰.

Expondo as mazelas decorrentes da ausência do Estado em um capitalismo feroz lembra Lefort que, quando o mercado se estabelece na ausência de instituições democráticas e na ausência de um Estado capaz de fazer respeitar o direito, as devastações daí decorrentes são manifestas¹¹.

cedo, passar das regiões da política para a esfera vizinha da economia social. Efectivamente, os progressos incessantes da indústria, os novos caminhos em que entraram as artes, a alteração das relações entre os operários e os patrões, a influência da riqueza nas mãos dum pequeno número ao lado da indigência da multidão, a opinião enfim mais avantajada que os operários formam de si mesmos e a sua união mais compacta, tudo isto, sem falar da corrupção dos costumes, deu em resultado final um temível conflito."(http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html).

8 MALUF, Sahid. *Teoria geral do estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.146.

9 Maluf ainda alude ao Estado Evolucionista ou Social-democrático que procurou harmonizar verdades parciais e inegáveis existentes tanto no individualismo como no socialismo. Um Estado-composição. Representou uma evolução do Estado Liberal, intervindo na economia, colocando-se como árbitro nos conflitos entre capital e trabalho, mas sem ruptura. (Ibidem, p.149).

10 FISS, Owen. Por qué el Estado? In: CARBONELL, Miguel. *Teoria del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Trotta: Madrid, 2007. p.105

11 LEFORT, Claude. Liberalismo e democracia. Tradução de SOUZA, Eliana Maria de Melo. In: *Estudos de Sociologia*, Araraquara, v.13, n. 25, p. 17, 2008.

Da mesma forma, e fazendo uma analogia à evolução estatal, a ausência de uma atuação do Estado na regulação dos meios de comunicação produz efeitos nefastos à liberdade, à igualdade e à democracia.

Não é por outro motivo que Stephen Holmes é direto ao defender que o poder privado supõe uma ameaça tão grande à liberdade como o poder público¹².

Assim, no que toca os meios de comunicação, é imperioso que se perceba sua influência na sociedade e como o poder privado determina seu modo de agir, em direto prejuízo à realização de valores centrais à sociedade, como liberdade, igualdade e democracia.

Daí resulta que o espectro da opressão se desloca do Estado para o poder econômico que dita e impõe o modo de agir em cada situação, distanciando-se, não raro, dos valores centrais de uma democracia.

2 DO PAPEL (PODER) DA MÍDIA NA SOCIEDADE E A TEORIA DA AGENDA

Pode-se afirmar que, no final da década de 60, a denominada “teoria da agenda” teve seu surgimento; principalmente nos estudos desenvolvidos por Maxwell McCombs e Don Shaw perante a Universidade da Carolina do Norte, em Chapel Hill. Na oportunidade, os dois estudiosos promoveram abordagens sobre como os meios de comunicação de massa influenciavam o resultado de eleições, através da intensidade e forma como as notícias eram divulgadas e qual a sua influência sobre eleitores indecisos.¹³

A evidência da teoria é de que os meios de comunicação de massa e as agências de notícias exercem uma poderosa influência na determinação de quais temas são colocados como mais importantes no momento para uma determinada sociedade. É a transmissão da saliência do tópico da agenda da mídia para a agenda do público¹⁴.

Disso se deduz que a atuação dos meios de comunicação é determinante para a formação de como compreendemos nossa realidade e podemos pautar nossos atos e decisões.

12 HOLMES, Stephen. Restricciones liberales al poder privado?: reflexiones sobre los Orígenes y las justificaciones de la regulación del acceso a los medios de comunicación. In: *Isonomía*, n. 26, p. 09. abr. 2007.

13 MCOMBS, Maxwell. *A teoria da agenda: a mídia e a opinião pública*. Tradução de Jacques A Wainberg. Petrópolis: Vozes, 2009. p.10.

14 *Ibidem*, p.43.

O que acontece é que a falta de atuação do Estado na regulação dos meios de comunicação, ao invés de promover a liberdade, acaba gerando opressão, na medida em que todo o poder de influência exercido pela mídia é determinado por grupos setorizados cujo objetivo central é eminentemente econômico.

Sobre essa incapacidade dos setores econômicos para promover uma atuação da mídia democrática e promotora do bem comum, válida a alusão a Fiss, quando descreve que o mercado funciona sob uma estrutura restritiva, na medida em que o mercado restringe a apresentação de questões de importância pública, de duas maneiras: primeiro, porque o mercado privilegia grupos seletos, através de programas e periódicos especialmente receptivos às suas necessidades e aos seus desejos; segundo, o mercado introduz, na tomada de decisões editoriais e de programação, fatores que podem estar relacionados com a rentabilidade e eficiência, mas que tem pouco a ver com as necessidades democráticas do eleitorado¹⁵.

Com efeito, deduz-se de forma emergente que a simples “liberdade” dos grupos econômicos na condução da atividade midiática, age em total desprestígio à liberdade da maior parcela da população, além de ir contra a igualdade e à democracia.

Neste ponto, válida a alusão ao conceito grego de isegoria para bem evidenciar a total discrepância com que os meios de comunicação agem diante da pauta ou da agenda social.

Na Grécia clássica, havia a busca da igualdade como traço fundamental: dar aos cidadãos as mesmas possibilidades, sem olhar a categoria social, aos meios de fortuna ou à cultura.¹⁶

Não se vai aqui analisar se existia, ou não, autêntica democracia em Atenas, mas apenas ressaltar-se a exaltação à igualdade naquela civilização, em especial naquilo que ela envolve isonomia, isegoria e isocracia, ou seja, igualdade de direitos, igualdade no falar e igualdade no poder, respectivamente.¹⁷

Disso se evidencia que a necessidade de garantir a igualdade no falar é medida central para a noção de igualdade, mormente quando estamos a

15 FISS, op. cit., p.112-113.

16 FERREIRA, José Ribeiro. *Atenas uma democracia? Conferência realizada na Faculdade de Letras do Porto.* em 17 abr. 1989.

17 *Ibidem*, p.172.

tratar da sociedade contemporânea, na qual a comunicação exerce papel central e decisivo¹⁸.

Sobre o assunto, pode-se citar como exemplo emblemático que traduz, na contemporaneidade, a necessidade de garantir isegoria através de um Estado como seu viabilizador, a situação vivenciada nos Estados Unidos sobre a regulação do uso do espectro eletromagnético para funcionamento dos meios de comunicação. Holmes atenta que havia uma desordem gerada pela falta de regulação do uso do espectro eletromagnético, nos anos de 1920. É que o meu direito de falar é In: útil, ao menos que minha voz possa ser escutada. Assim, na ausência de regulação, havia uma cacofonia de vozes decorrente da superposição de transmissões inaudíveis. Por isso, a Federal Communications Commission (FCC) norte-americana foi bem recebida como uma política de trânsito, regulando o uso dos espectros, com o objetivo de prevenir interferências entre transmissões.¹⁹

Ora, na situação posta observa-se que a atuação estatal, na realidade realizada pela FCC, em nada afetou ou prejudicou a atuação dos meios de comunicação. Ao contrário, viabilizou-os, já que o uso desregrado e tumultuado no espectro eletromagnético impede a real liberdade de expressão e de imprensa.

De igual modo, a invocação da isegoria como forma de garantir o igual direito de fala, através de uma atuação promotora e regradora do Estado, faz-se pertinente para afastar o estado de desordem vigente, em que há uma drástica desigualdade no papel de influência, tanto na forma quanto no conteúdo, daquilo que é veiculado pelos meios de comunicação, em total detrimento do direito de informação da sociedade e da capacidade de autodeterminação popular.

Ou seja, a concessão do direito à voz, aos meios de comunicação, não é um fim em si mesmo ou a serviço do dinheiro, mas sim um meio

18 Neste sentido, Luhmann afirma que a comunicação é o elemento definidor do social (NEVES, Fabrício Monteiro. A verdade como comunicação: notas sobre a sociologia do conhecimento científico e a teoria dos sistemas sociais. In: DUTRA, R.; BACHUR, J.P.(Orgs.) *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p.282. A função dos meios de comunicação de massa consiste em dirigir a auto-observação do sistema da sociedade. A mídia produz realidade, a partir da diferenciação do que é notícia e do que não é.(In: LUHMANN, Niklas. *La realidad de los medios de masas*. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Rubí (Barcelona):Anthropos Editorial, Mexico: Universidad Iberoamericana, 2000. p.139).

19 HOLMES, Stephen. Restricciones liberales al poder privado?: reflexiones sobre los Orígenes y las justificaciones de la regulación del acceso a los medios de comunicación. In: *Isonomía*, n.26, p. 34, p.34.

ligado a um fim social. Lembremo-nos de que o espectro eletromagnético é um bem público.

Entenda-se que a atuação do Estado não se dá na perspectiva de mero coordenador eficiente, mas de promotor do interesse público.

Dessa forma, a atuação ilimitada, e às raias do absolutismo, por parte do poder privado na atividade midiática, produz, não raro, distorções que maculam a noção de igualdade, liberdade e democracia.

Sendo assim, também nas sociedades contemporâneas torna-se oportuno revisitar a noção de isegoria, a fim de melhor equilibrar as forças no seio social, contemplando posições e assuntos que não estão no foco central mercantilista dos meios de comunicação de massa.

Neste sentido, Ferreira destaca que a ideia de isegoria pode ser recuperada, hoje, como forma de falar sobre condições adequadas para que, sem desequilíbrios, todos tenham voz nos espaços democráticos, todos tomem parte nas discussões sobre assuntos a serem decididos pelas instituições públicas²⁰.

Ora, a mídia faz parte da estrutura da sociedade, exercendo papel central no nível semântico da autodescrição da sociedade, eis que o sistema mídia/meio de comunicação de massa exerce um papel de seletividade das diversas possíveis autodescrições da sociedade²¹.

A mídia define o saber científico dominante na opinião pública²². Ou seja, a mídia constitui elemento decisivo, em uma sociedade democrática, para que as diversas formas de ver o mundo possam ter voz e vez, assim como é decisiva para afirmar fatos e evidências que possam construir uma realidade vinculada à vivência real da maioria da população.

20 FERREIRA, Gustavo. *Vínculos entre comunicação e democracia na Grécia antiga*. Texto inédito divulgado durante as aulas da disciplina Comunicação, Construção e Democracia no doutorado em direito da UFPE no período de março a julho de 2014.

21 Após fazer considerações sobre a construção da realidade pelos meios de massa, Luhmann afirma que os meios de massa são um sistema que atende a uma função da sociedade moderna e que, como todos os outros sistemas que se encarregam de uma função na sociedade, deve sua alta capacidade de rendimento ao processo de diferenciação, à clausura operativa e à autonomia autopoietica do sistema. (LUHMANN, Niklas. *La realidad de los medios de masas*. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Rubí (Barcelona):Anthropos Editorial, Mexico: Universidad Iberoamericana, 2000. p.11-13).

22 Marcelo Neves citando Luhmann afirma que nas mensagens que os meios de massa difundem no dia a dia e de fato a fato, cristaliza-se o que, na comunicação societária, é tratado como o saber.(NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.29.)

Assim, o funcionamento dos meios de comunicação de massa sob a pauta exclusiva dos interesses econômicos ceifa a sociedade do acesso à informação, impede que fatos importantes sejam levados ao conhecimento público da forma mais próxima aos fatos possível, assim como inibe a compreensão do mundo e a conseqüente participação popular nas grandes questões e riscos que afetam a sociedade; tudo isso em detrimento da liberdade, da igualdade e da democracia.

3 REGULAÇÃO DA MÍDIA E DEMOCRACIA

Exposto o contexto nefasto proporcionado pela ausência regulação adequada (não arbitrária) da mídia, cumpre avançar nos seus impactos sobre a democracia.

Diagnóstico relevante para o presente estudo é aquele anunciado por Boaventura de Souza Santos e Leonardo Avritzer, ao considerarem que a expansão global da democracia liberal coincidiu com a sua própria crise, que foi marcada por duas patologias: a patologia da participação, sobretudo em vista do aumento dramático do abstencionismo; e a patologia da representação, calcada no fato de que os cidadãos se consideram cada vez menos representados por aqueles que elegeram²³.

Sobre a dimensão democrático-funcional da teoria republicana dos direitos fundamentais, Canotilho²⁴ observa como pontos de partida essenciais dessa teoria:

- 1) o reconhecimento de direitos fundamentais aos cidadãos que deverão por estes ser exercidos, enquanto membros da comunidade e no interesse público;
- 2) o exercício da liberdade é um meio de garantia e de prossecução do processo democrático;
- 3) a vinculação do exercício dos direitos à prossecução de fins públicos justifica a sua articulação com a ideia de deveres;

23 SANTOS, B. S.; AVRITZER, L. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, B.S.(org). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Recordo, 2011. p.42.

24 CANOTILHO, J. J. G. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008. p.34.

- 4) a dimensão funcional justifica, em caso de abuso, a intervenção restritiva dos poderes públicos.

Essa visão de Canotilho nos remete, de imediato, ao fato de que a noção do ideal democrático e republicano impõe o exercício da liberdade enquanto meio para garantia da democracia e como fim voltado ao interesse público, e não como livre agir inconsequente e descompromissado.

Sendo assim, busca o presente estudo demonstrar que o uso regulado dos meios de comunicação tem por diretriz autonômica²⁵ e limitadora a função de provocar, induzir participação e pautar a sociedade sobre informações centrais alusivas a decisões públicas fundamentais para a mesma sociedade.

Neste sentido, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD ao elaborar o relatório sobre desenvolvimento humano de 2002, que tratou de medidas para o aprofundamento da democracia em um mundo fragmentado, dedicou especial atenção aos meios de comunicação, atribuindo-lhes três papéis cruciais para a democracia:

Os meios de comunicação livres desempenham três papéis cruciais na promoção da governação democrática: • Como um fórum cívico, dando voz a diferentes partes da sociedade e permitindo o debate de todos os pontos de vista. • Como agente mobilizador, facilitando o envolvimento cívico entre todos os sectores da sociedade e reforçando os canais de participação pública. • Como vigilantes, controlando abusos do poder, aumentando a transparência do governo e tornando os funcionários públicos responsáveis pelos seus actos no tribunal da opinião pública (caixa 3.10).²⁶

Essa descrição sintetiza bem a importância dos meios de comunicação para a democracia, liberdade e igualdade, assim como enfatiza a necessidade de serem preservados espaços reais e efeitos de acesso às diversas tendências da sociedade, seja para controlar o poder, seja para mobilizar e engajar a população em assuntos de interesse comum.

Dessa forma, a mídia está ancorada e marcada pelo respeito aos interesses sociais; ou seja, neste aspecto, a uma limitação de conteúdo e de

25 Autonômica na medida em que a função da mídia em uma sociedade democrática lhe garante autonomia, mas não de forma absoluta e descompromissada. A autonomia existe escrava da função exercida pela mídia, cuja atuação deve contemplar a realização de ideais democráticos capazes de forçar uma sociedade justa e plural.

26 *Relatório de Desenvolvimento Humano 2002*. p.75. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/hdr/Relatorios-Desenvolvimento-Humano-Globais.aspx?indiceAccordion=2&li=li_RDHGlobais#2002>. Acesso em: 18 jan. 2016.

procedimento à mídia. A mídia não pode desprezar informações alusivas a decisões públicas fundamentais, nem tampouco se omitir do papel de indutor maior da sociedade.

Pensar que o absentéismo estatal em seara midiática é premissa para o debate público é deveras pueril e desconhecedor da realidade, como observa Fiss ao descrever que a garantia da autonomia e da liberdade nesta área produzirá provavelmente um debate público dominado e constrangido pelas mesmas forças que dominam a estrutura social, razão pela qual a atuação corretora e reguladora do Estado se faz necessária para reequilibrar as relações e promover o bem comum²⁷.

Por outro lado, não se deve menosprezar a intervenção estatal. O receio do abuso do poder público também é presente, razão pela qual a vinculação central à promoção do debate sobre aspectos centrais ao interesse público e a indução à participação popular são aspectos limitadores e sindicáveis da atuação promotora do Estado.

Fiss pondera o papel do Estado como força de contrapeso, através da qual o Estado cria, dentro de organismos estatais, processos ou mecanismos que aumentem o poder dos elementos mais débeis na sociedade (exemplo: oficinas de assessoramento público nos órgãos administrativos) e diminuindo o poder daqueles que já dominam a estrutura social como, por exemplo, através de audiências públicas²⁸.

Inegável que essa atuação de contrapeso do Estado é, de fato, essencial para o restabelecimento de relações mais igualitárias e, por corolário, participativas e democráticas.

O que se avalia, no entanto, é que a atuação do Estado deve ser inclusiva e controladora corrigindo posturas dos meios de comunicação que se afastem de parâmetros de livre circulação de informações e da amplificação participativa da sociedade. Afasta-se o temido e opressor “estado de natureza”, de modo que a regulação pretende estabelecer uma ordem justa, servir ao interesse público.

É útil, nesse particular, a invocação feita por Holmes acerca da analogia do megafone, utilizada pela Suprema Corte norte-americana ao julgar o caso *Red Lion*, em que a Corte afirmou que, do mesmo modo que

²⁷ FISS, *op. cit.*, p.110.

²⁸ *Ibidem*, p.117.

o governo pode limitar o uso do amplificador de som, potencialmente tão ruidoso e capaz de afogar uma expressão privada civilizada, o governo pode limitar o uso dos equipamentos de teletransmissões. E prossegue: “o direito de liberdade de expressão de um radiodifusor, do usuário de um equipamento de som, ou de qualquer outro indivíduo, não inclui o direito de aniquilar a liberdade de expressão dos outros²⁹.”³⁰

Assim, não nos parecem suficientes, embora necessários, mecanismos como criação de televisões públicas ou subsídios estatais voltados a aumentar a qualidade do discurso público.

Ao que parece, o poder midiático precisa ser recolocado ao nível de compromisso que a constituição de 1988 lhe atribuiu, alocando-o ao lado do interesse social, com funções bem definidas.

Não se trata de estatização dos meios de comunicação, mas de regulação de excessos e omissões graves.

As diversas tendências que disputam espaço na sociedade precisam ser alçadas ao debate público, que é eficientemente pautado pelos meios de comunicação. Só assim haverá democracia, e não a vigente aniquilação das versões minoritárias, omitidas ou oprimidas pelo estado de natureza e desordem vigente.

Essa indocilidade³¹ do regime democrático nos remete a um debate público rico e participativo, em que os temas centrais e relevantes são lançados à arena pública, contemplando, com equidade, as possibilidades de afirmação das diversas visões de mundo.

Analisando a doutrina de Tocqueville, Claude Lefort bem observa que esse desejo de independência, essa indocilidade democrática, encontra satisfação na vontade de não deixar a um senhor, ou a um pequeno grupo, a faculdade de decidir as normas da sociedade³².

29 Tradução livre.

30 HOLMES, op. cit., p.37.

31 Tocqueville nos remete à reflexão da noção de igualdade que torna os homens independentes uns dos outros que leva ao amor à liberdade política, afastando o homem da servidão produzida pelo apego à propriedade: “Para mim, longe de reprovar à igualdade a indocilidade que ela inspira, é principalmente por ela que a louvo.”(TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na américa: sentimentos e opiniões de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos*. . 2ª tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.358)

32 LEFORT, Claude. Liberalismo e democracia. Tradução de SOUZA, Eliana Maria de Melo. In: *Estudos de Sociologia*, Araraquara, v.13, n. 25, 2008. p. 25.

Ora, é preciso despertar para realidade dos meios de comunicação e perceber que a falta de presença do Estado acaba por negar o princípio democrático, relegando todo o poder de indução da mídia ao grupo economicamente mais forte e, em regra, numericamente reduzido, que pauta as necessidades e prioridades da vida social de acordo com suas premissas, sempre econômicas.

Sobre a ausência da avaliação dos meios de comunicação como variável a ser levada em conta quando se remete às teorias democráticas, importante a menção ao estudo desenvolvido por Juliano M. Domingues-da-Silva e Chalini T. Gonçalves de Barros para quem o fluxo de informação é uma variável relevante nas relações de poder. Assim: “A disponibilidade ou não de informações seria capaz de interferir na formação de preferências e, dessa forma, no comportamento estratégico de indivíduos e instituições racionais.”³³

Assim, mais do que útil, é necessária uma regulação da mídia capaz de limitar o excesso de influência meramente econômica a pautar a atuação dos meios de comunicação, ao mesmo tempo em que deve informar de maneira ampla e correta a sociedade, induzindo e capacitando a participação social sobre aspectos e decisões centrais na sociedade.

Arrematando este tópico, afirme-se, portanto, que o presente estudo não está a defender a intervenção totalizante do Estado sobre os meios de comunicação de massa. Ao contrário, os meios devem ser livres para bem exercer sua missão social.

O que se busca evidenciar é que a prevalência dos interesses econômicos na seara privada tem a capacidade de reduzir ou aniquilar a variável social dos meios de comunicação de massa. Diante desse diagnóstico, a necessidade de regulação e intervenção se justifica tão só e no limite útil para proporcionar um reequilíbrio de formas, lubrificando e proporcionando, por regulação democrática, os meios de acesso à mídia.

Intervenção para garantir isegoria.

33 DOMINGUES-DA-SILVA; BARROS, Chalini Torquato Gonçalves de. O que significa “Democratização da Comunicação”? Limites e possibilidades de enquadramentos teóricos a partir de modelos de democracia. In: *Revista Política Hoje*, v.22, n.1, p. 59, 2013.

4 ALGUNS ASPECTOS RELEVANTES DA REGULAÇÃO DA MÍDIA NA ARGENTINA: A LEY DE MEDIOS

Sem pretensões exaustivas, mas com ambição inspiradora, faz-se necessário mencionar experiências latino-americanas na regulação dos meios de comunicação.

A regulação da mídia tem sido permeada de preconceitos e de posições antagônicas normalmente imbuídas de ideologias que dificultam o debate sobre tão sensível tema.

Apesar disso, fica cada vez mais evidente a necessidade de uma atuação mais conformadora dos meios de comunicação para aproximá-los dos compromissos centrais de uma nação em sociedade, em especial na promoção de valores democráticos e do bem comum.

Neste sentido, válida a referência à experiência Argentina através da denominada Ley de Medios³⁴, promulgada em outubro de 2009, que consta com 166 artigos e propõe mecanismos destinados à promoção, descentralização, desconcentração e incentivo à competição, com objetivo de barateamento, democratização e universalização de novas tecnologias de informação e comunicação.

De importante alusão no contexto deste estudo é a afirmação constante no item 8 do artigo 1º³⁵ da lei quando reconhece expressamente a imensa repercussão que as tecnologias de informação e comunicação têm em praticamente todos os aspectos de nossas vidas; fato que vai ao encontro da premissa fundante deste estudo, qual seja, o papel marcante e pautador da mídia na formação da realidade social.

E mais. No item 9 do mesmo artigo, podemos perceber que a lei argentina reconhece que as tecnologias da informação e comunicação são, e devem ser, instrumentos e não fins em si mesmas, de tal forma que são meios eficazes para aprimorar a qualidade de vida de todos:

Reconocemos que las TIC deben considerarse como un instrumento y no como un fin en sí mismas. En condiciones favorables estas tecnologías pueden ser un instrumento muy eficaz para acrecentar

34 Lei 26.522: sancionada e promulgada em 10 de outubro de 2009.

35 Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/155000-159999/158649/norma.htm>>.

la productividad, generar crecimiento económico, crear empleos y posibilidades de contratación, así como para mejorar la calidad de la vida de todos. Por otra parte, pueden promover el diálogo entre las personas, las naciones y las civilizaciones.³⁶

Ademais, no apartado 10 do mesmo artigo, há o desenvolvimento de uma dimensão ética da comunicação e da informação a qual está diretamente voltada para o bem comum.³⁷

Alguns pontos da lei argentina merecem destaque³⁸:

1. Criação da Autoridade Federal dos Serviços de Comunicação Audiovisual, órgão autárquico e descentralizado, que tem a função de aplicar, interpretar e fiscalizar o cumprimento da lei;
2. Criação do Conselho Federal de Comunicação Audiovisual da defensoria pública de serviços de comunicação audiovisual, para atender reclamações e demandas populares diante dos meios de comunicação;
3. Combate à monopolização – nenhum operador prestará serviços a mais de 35% da população do país. Quem possuir um canal de televisão aberta não poderá ser dono de uma empresa de TV a cabo na mesma localidade;
4. Concessões de dez anos, prorrogáveis por mais dez;
5. Reserva de 33% dos sinais radioelétricos, em todas as faixas de radiodifusão e de televisão terrestres em todas as áreas de cobertura para as organizações sem fins lucrativos;
6. Os povos originários terão direito a dispor de faixas de AM, FM e de televisão aberta, assim como as universidades;

36 Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/155000-159999/158649/norma.htm>>.

37 Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/155000-159999/158649/norma.htm>>.

38 MARIGONI, Gilberto; GLASS, Verena. *A regulação da mídia na América Latina*. 2012. Ano 9. Ed. 71 - publicado 08/05/2012. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?view=article&catid=28%3AReportagens-materias&id=2723%3Aa-regulacao-da-midia-na-america-latina&tmpl=component&print=1&layout=default&page=&option=com_content&Itemid=23>. Acesso em: 18 ago. 2014.

Frisa-se que a ley de medios avança, ao estatuir a criação de uma autoridade federal de serviços de comunicação, tal qual uma agência reguladora especializada, a qual, no entanto, está sujeita ao controle por parte dos sindicatos gerais da nação e da auditoria geral da nação. Além disso, a lei vincula a autoridade federal à irrestrita publicidade e transparência de seus atos, gastos, recursos, nomeações de pessoal e contratações.³⁹

Ou seja, se, de um lado, a lei cria um mecanismo estatal de regulação, por outro sujeita essa mesma autoridade ao controle social e de autoridades públicas, o que pondera e equilibra as forças, evitando ou inibindo excessos.

Ademais, a lei age para temperar os poderes da autoridade também na formação de seu diretório, o qual é formado por representantes do Poder Executivo, do Congresso (partes da maioria e da minoria), do conselho federal de comunicação e da classe acadêmica.⁴⁰

Na escolha desses representantes a lei determina que seja realizada análise curricular dos candidatos à qual será dada publicidade, além de fixar mandatos preestabelecidos.

Por sua vez, importante considerar que a Autoridade Federal é constituída, ainda, de um Conselho Federal de Comunicação Audiovisual o qual tem por missão colaborar na formação da política nacional sobre radiodifusão, além de ter uma composição plúrima, composta por representantes das províncias argentinas, representantes os prestadores de privados de caráter comercial, entidades sem fins lucrativos, universidades, entidades sindicais, entre outras.⁴¹

39 "La Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual será objeto de control por parte de la Sindicatura General de la Nación y de la Auditoría General de la Nación. Es obligación permanente e inexcusable del directorio dar a sus actos publicidad y transparencia en materia de recursos, gastos, nombramientos de personal y contrataciones".(Artigo 12 da lei). Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/155000-159999/158649/norma.htm>>.

40 "El directorio estará conformado por un (1) presidente y un (1) director designados por el Poder Ejecutivo nacional; tres (3) directores propuestos por la Comisión Bicameral de Promoción y Seguimiento de la Comunicación Audiovisual, que serán seleccionados por ésta a propuesta de los bloques parlamentarios, correspondiendo uno (1) a la mayoría o primer minoría, uno (1) a la segunda minoría y uno (1) a la tercer minoría parlamentarias; dos (2) directores a propuesta del Consejo Federal de Comunicación Audiovisual, debiendo uno de ellos ser un académico representante de las facultades o carreras de ciencias de la información, ciencias de la comunicación o periodismo de universidades nacionales."(artigo 14). Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/155000-159999/158649/norma.htm>>.

41 Artigo 16 da lei.

Só isso já demonstra que, talvez, a forma de garantir uma regulação justa que, ao mesmo tempo, não esmague a liberdade do setor comercial midiático e possa contemplar o caráter público do serviço em direção do bem comum seja através de mecanismos participativos que ampliem o acesso aos meios de massa.

A abertura participativa e representativa parece, assim, ser o caminho para a criação de um ambiente regulatório contínuo, flexível e legítimo.

5 DECISÃO DA CORTE SUPREMA DE JUSTIÇA ARGENTINA QUE DECLAROU A CONSTITUCIONALIDADE DA LEY DE MEDIOS E A REGULAÇÃO COMO MEIO DE PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO DEMOCRÁTICA

Em decisão tomada em 2013, a Corte Suprema argentina declarou a constitucionalidade da lei dos meios de comunicação lá vigente.

Impugnavam-se os seguintes preceitos da lei 26.522/2009 (Ley de medios): art.41, 45, 48, segundo parágrafo e 161.⁴²

O artigo 41 trata da excepcional hipótese de transferência das licenças de serviços de comunicação audiovisual, permitindo-a apenas após 5 anos de transcorrido o prazo da licença, quando essa operação de transferência seja necessária para continuidade do serviço e que se mantenha nos titulares de origem mais de 50% da vontade societária.

Segundo dispõe a própria lei⁴³, o preceito citado tem inspiração no Decreto Real espanhol 3.302/81 que regula transferência de concessões de emissões de radiodifusão privada na Espanha.

O art.45⁴⁴, por sua vez, estabelece a limitação à multiplicidade de licenças com objetivo declarado de garantir os princípios da diversidade e pluralidade.

O art.48, de seu turno, cuida das práticas de concentração indevida que condicionam a licença à verificação da existência de vínculos societários que caracterizem processos de integração vertical ou horizontal de atividades ligadas, ou não, à comunicação social.⁴⁵

42 <<http://www.infoleg.gov.ar/infoglegInternet/anexos/155000-159999/158649/norma.htm>>.

43 Ibidem.

44 Ibidem.

45 Neste ponto, a lei, em nota ao artigo 45, 46 e 48, expõe o regime de outros países sobre o assunto: "En Inglaterra existe un régimen de licencias nacionales y regionales (16 regiones). Allí la suma de licencias

Enfim, o art.161⁴⁶ estabelece o prazo de 1 ano para que os titulares de licenças se ajustem aos termos da lei.

Pois bem.

De logo, cumpre ressaltar que os mecanismos de participação da sociedade nos órgãos e decisões que afetam os meios de comunicação não foram objeto de direta impugnação no julgamento aludido.

Por sua vez, analisando os votos dos ministros da Suprema Corte argentina vale registro a abordagem que analisa a liberdade de expressão sob o enfoque individual e coletivo e que conclui que a liberdade de expressão em seu enfoque individual possui um nível de imunidade à intervenção estatal superior àquele destinado à liberdade expressão coletiva, eis que esta tem por objeto defender o debate público, com amplas possibilidades de expressão dos distintos setores da sociedade.⁴⁷

Pela síntese, cita-se trecho do prospecto da decisão elaborado pela agência de notícia do Poder judiciário argentino acerca da decisão da Corte Suprema:

La Corte Suprema ha dicho que la libertad de expresión es, entre las libertades que la Constitución consagra, una de las que posee mayor entidad, al extremo que, sin su debido resguardo existiría tan solo una democracia nominal.

no puede superar el quince por ciento (15%) de la audiencia. Del mismo modo, los periódicos con más del veinte por ciento (20%) del mercado no pueden ser licenciatarios y no pueden coexistir licencias nacionales de radio y TV. En Francia, la actividad de la radio está sujeta a un tope de población cubierta con los mismos contenidos. Por otra parte, la concentración en TV admite hasta 1 servicio nacional y 1 de carácter local (hasta 6 millones de habitantes) y están excluidos los medios gráficos que superen el veinte por ciento (20%) del mercado. En Italia el régimen de TV autoriza hasta 1 licencia por área de cobertura y hasta 3 en total. Y para Radio se admite 1 licencia por área de cobertura y hasta 7 en total, además no se puede cruzar la titularidad de las licencias locales con las nacionales. En Estados Unidos por aplicación de las leyes antimonopólicas, en cada área no se pueden superponer periódicos y TV abierta. Asimismo, las licencias de radio no pueden superar el 15% del mercado local, la audiencia potencial nacional no puede superar el treinta y cinco por ciento (35%) del mercado y no se pueden poseer en simultáneo licencias de TV abierta y radio." Grifo nosso. Disponível em: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/155000-159999/158649/norma.htm>. Acesso em: 18 jan. 2016.

46 Ibidem.

47 Votos disponíveis no sítio do Centro de Informação Judicial da Agência de notícia do Poder judiciário argentino: Disponível em: <<http://www.cij.gov.ar/nota-12394-La-Corte-Suprema-declar--la-constitucionalidad-de-la-Ley-de-Medios.html>>.

La libertad de expresión, en su faz individual, admite una casi mínima actividad regulatoria estatal, y ha sido fuertemente protegida por esta Corte en numerosos precedentes.

La protección constitucional no se limita a ello, sino que también incluye el derecho a la información de todos los individuos que viven en un estado democrático.

La libertad de expresión, en su faz colectiva, tiene por objeto proteger el debate público, con amplias oportunidades de expresión de los distintos sectores representativos de la sociedad. Se trata de fortalecer una democracia deliberativa, en la que todos puedan, en un plano de igualdad, expresar sus opiniones y en la que no pueden admitirse voces predominantes.

Que la ley es coherente con el derecho de los consumidores a la información (Art 42 CN) lo que significa el acceso a distintas fuentes plurales.

Que también lo es con la defensa de la competencia, como bien de incidencia colectivo (artículo 43 de la Constitución Nacional). En la medida en que las ideas y la información constituyen bienes que se difunden a través de los medios de comunicación, si hay concentración, sólo algunas ideas o algunas informaciones llegarán al pueblo, perjudicando seriamente el debate público y la pluralidad de opiniones.

Todo ello exige una protección activa por parte del Estado, por lo que su intervención aquí se intensifica.

Los medios de comunicación tienen un rol relevante en la formación del discurso público y en la cultura, por lo que el interés del Estado en la regulación es incuestionable.

En este contexto constitucional, es legítima una ley que fije límites generales a priori, porque de esa manera se favorece la libertad de expresión al impedir la concentración en el mercado. (grifo nosso)⁴⁸

Do trecho acima, destaca-se para o presente estudo uma parte do julgado em que bem é destacado que as ideias e informações constituem

⁴⁸ Disponível em: <<http://www.cij.gov.ar/nota-12394-La-Corte-Suprema-declar--la-constitucionalidad-de-la-Ley-de-Medios.html>>.

bens que se difundem através dos meios de comunicação de massa, de tal forma que, se for permitido, a pretexto de um liberalismo radical, a concentração do poder midiático, somente algumas ideias ou algumas informações chegarão ao povo, prejudicando seriamente o debate público.

Eis a importância regulatória, como viabilizadora do debate público das diversas tendências sociais.

Destaque, ainda, como contraponto, trecho do voto do ministro Enrique Petracchi para quem a concentração exacerbada do poder sobre os meios de massa provoca uma formação homogeneizada da opinião pública, em detrimento da oferta plural e diversa da informação.⁴⁹

Ou seja, percebe-se, assim, que após o crivo judicial da lei de meios argentina fica ainda mais realçada a necessidade premente e a importância de ser travado o debate sobre a regulação dos meios de massas, sempre sob o enfoque central da viabilização formal e material do acesso aos meios como decorrência dos postulados de igualdade, liberdade e democracia.

6 CONCLUSÃO

Em fecho, observa-se que é irrecusável o debate acerca do papel da mídia e do Estado na sociedade contemporânea.

Fica evidenciado que a ausência estatal na promoção de um ambiente midiático construtivo do bem comum é trágica. O setor econômico, por si, não tem a vocação e a condição de compatibilizar o desenvolvimento econômico e comercial com os fins sociais e autênticos da comunicação social.

Até porque a atividade dos meios de comunicação de massa para além de uma mera propagação de informações advindas da realidade, exerce um papel de agendamento na sociedade capaz, no mínimo, de tornar

49 “Em cambio, lo que en el caso se encuentra en juego es fomentar una oferta plural y diversa, y fundamentalmente, evitar una formación homogeneizada de la opinión pública. Em otras palabras, cuando la concentración empresarial supera ciertos límites, puede afectar la efectiva libertad de comercio, por dominio del mercado. Pero cuando la concentración se produce en el “mercado de la información”, ella puede restringir la libertad de expresión a la información de la sociedad”. Trecho de voto do ministro Enrique Santiago Petracchi, p.103-104. Disponível em: <<http://www.cij.gov.ar/nota-12394-La-Corte-Suprema-declar-la-constitucionalidad-de-la-Ley-de-Medios.html>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

centrais e evidentes temas que, não fosse pela mídia, não comporiam o cotidiano vivente ou a realidade social.

Essa capacidade mobilizadora e indutora da mídia é seu poder e, pelo mesmo motivo, necessita de regulação para que não seja desvirtuada em detrimento da sociedade.

Não se idealiza, por certo, um Estado dirigente e dominador, mas um Estado promotor que exerce a regulação através de órgãos e entidades abertas dotadas de participação plúrima da sociedade, de forma que os projetos regulatórios possam contemplar as diversas tendências e temas sociais.

Isto porque, numa pretensa democracia é inconcebível admitir que uma atuação tão pujante e conformadora da sociedade, como a mídia, venha a ser exercida sem contemplar as diversas tendências da sociedade, até porque o serviço de radiodifusão é público e o espectro eletromagnético é um bem público.

É preciso repensar o conceito de isegoria na contemporaneidade para os meios de comunicação sejam democratizados, outorgando-se mecanismos de difusão e de acesso à mídia por parte de minorias e grupos sociais normalmente alijados pela pouca relevância econômica que traduzem (ex.minorias étnicas, organizações representativas de grupos menos favorecidos, etc.).

Fica claro, no entanto, que a mera existência de rádios ou emissoras de televisão públicas não são suficientes a proporcionar isegoria e democracia nos meios de massa, na medida em que essas redes possuem pouca audiência e fraca capacidade de mobilização.

Enfim, a experiência argentina nos brinda com uma lei no cenário latino atual que consegue vencer as pressões contra-regulatórias para criar uma lei capaz de fundir desenvolvimento e bem comum através de mecanismos de participação social da formação dos órgãos centrais de regulação da mídia.

Mencione-se o destaque merecido no julgamento da Corte Suprema argentina, acima citado, quanto à conformação da liberdade de expressão em sentido coletivo e a importância da regulação dos meios de comunicação como elemento importante à proteção daquela liberdade.

A solução argentina traz promissor exemplo para a construção de um modelo de regulação na América latina, e, em especial, no Brasil.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CANOTILHO, J. J. G. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

DOMINGUES-DA-SILVA, Juliano Mendonça; BARROS, Chalini Torquato Gonçalves de. O que significa “Democratização da Comunicação” ? Limites e possibilidades de enquadramentos teóricos a partir de modelos de democracia. In: *Revista Política Hoje*, v.22, n.1. p. 47-72. 2013.

FERREIRA, José Ribeiro. *Atenas uma democracia? Conferência realizada na Faculdade de Letras do Porto*. Em 17 abr. 1989.

FISS, Owen. Por qué el Estado? In: CARBONELL, Miguel. *Teoria del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Trotta: Madrid. p.105-119. 2007.

HOLMES, Stephen. Restricciones liberales al poder privado?: reflexiones sobre los Orígenes y las justificaciones de la regulación del acceso a los medios de comunicación. In: *Isonomía*, n.26, p.7-48, abril, 2007.

LEFORT, Claude. Liberalismo e democracia. Tradução de SOUZA, Eliana Maria de Melo. In: *Estudos de Sociologia*, Araraquara. v.13. n. 25, p.12-26, 2008.

LUHMANN, Niklas. *La realidade de los médios de masas*. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Rubí (Barcelona):Anthropos Editorial, Mexico: Universidad Iberoamericana. 2000.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

MCOMBS, Maxwell. *A teoria da agenda: a mídia e a opinião pública*. Tradução de Jacques A Wainberg, Petrópolis: Vozes, 2009.

NEVES, Fabrício Monteiro. A verdade como comunicação: notas sobre a sociologia do conhecimento científico e a teoria dos sistemas sociais. In: DUTRA, R.; BACHUR, J.P.(Orgs.) *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, p.279-296, 2013.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

SANTOS, B. S. AVRITZER, L. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, B.S.(org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Record. 2011.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na américa: sentimentos e opiniões de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos*. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

TEXTOS DE INTERNET

MARIGONI, Gilberto; GLASS, Verena. *A regulação da mídia na América Latina*. 2012. Ano 9 . Edi.71. publicado 08/05/2012. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?view=article&catid=28%3AReportagens-materias&id=2723%3Aa-regulacao-da-midia-na-america-latina&tmpl=component&print=1&layout=default&page=&option=com_content&Itemid=23>. Acesso em: 18 ago. 2014.

ARGENTINA. *Ley 26.522: Regúlanse los Servicios de Comunicación Audiovisual en todo el ámbito territorial de la República Argentina*. Sancionada: Octubre 10 de 2009.Promulgada: Octubre 10 de 2009. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/155000-159999/158649/norma.htm>>. Acesso em 18 jan. 2016.

ARGENTINA. *Centro de Información Judicial. Agencia de notícias do poder judicial*. Disponível em: <<http://www.cij.gov.ar/nota-12394-La-Corte-Suprema-declar--la-constitucionalidad-de-la-Ley-de-Medios.html>>. Acesso em: 18. jan. 2016.

ONU. *Relatório de Desenvolvimento Humano 2002*. p.75. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/hdr/Relatorios-Desenvolvimento-Humano-Globais.aspx?indiceAccordion=2&li=li_RDHGlobais#2002>. Acesso em: 18 jan. 2016.

VATICANO. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html>. Acesso em: 18 jan. 2016.

TESES

FERNANDES, André de Godoy. *Meios de comunicação social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação*. 2009. 460 folhas. Tese de doutorado. Departamento de direito comercial. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo.

TEXTOS INÉDITOS

FERREIRA, Gustavo. *Vínculos entre comunicação e democracia na Grécia antiga*. Texto inédito divulgado durante as aulas da disciplina Comunicação, Construção e Democracia no Doutorado em Direito da UFPE, no período de março a julho de 2014.

**PARECER Nº 361/2016/CGAA/
CONJUR-MEC/CGU/AGU**

Alexandre Magno Fernandes Moreira
Procurador do Banco Central
Coordenador-Geral de Assuntos Administrativos
CGUGestão

PROCESSO Nº 23000.011630/2016-81**INTERESSADO: GABINETE DO MINISTRO DE ESTADO DA EDUCAÇÃO.****ASSUNTO: NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL CONTRA O ENSINO DE “IDEOLOGIA DE GÊNERO” NAS ESCOLAS**

I – Direito Constitucional. Direitos Humanos.

II – Igualdade de direitos – art. 5º da Constituição Federal. Proteção da criança e adolescente - art. 227 da Constituição Federal.

III – Dever de os pais educar seus filhos – art. 229 da Constituição Federal e art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

IV – Notificação extrajudicial sobre a “ideologia de gênero” e outras questões relacionadas a educação sexual. Expressão de discordância dos pais. Advertência de processo judicial caso certos conteúdos sejam ensinados.

V – Natureza jurídica, efeitos e legitimidade da notificação extrajudicial.

VI – Considerações sobre as finalidades da educação e os direitos educacionais dos pais

VII – Delimitação entre a liberdade de ensinar e a competência dos pais para transmitir valores morais aos filhos.

VIII – Sugestão de orientações jurídicas para os professores a respeito da notificação extrajudicial e da abordagem de temas moralmente controvertidos

I – RELATÓRIO

Trata-se de processo encaminhado a esta CONJUR pelo Gabinete do Ministro de Estado da Educação – GAB/MEC, mediante o Despacho 734, de 9 de março de 2016, para pronunciamento sobre o teor do Ofício nº 005/2016/FNE, de 7 de março de 2016, expedido pela Secretaria Executiva do Fórum Nacional de Educação. Por meio desse ofício, a FNE requer ao Ministro de Estado da Educação um posicionamento quanto a

“processos de criminalização e de insegurança que setores fundamentalistas pretendem impor às escolas, professores/as e práticas pedagógicas pela via de notificações extrajudiciais intimidatórias e contrárias ao reconhecimento das diversidades e à promoção dos direitos humanos nos espaços educativos”. E ainda, enfatiza, no mesmo expediente, que por deliberação de seu Colegiado Pleno aprovou-se a Nota Pública nº 36, de 3 de março de 2016, se manifestando contrário a tais notificações extrajudiciais.

2. Da análise dos autos verifica-se que o Colégio Estadual Barão do Rio Branco, de Curitiba/PR, por meio do Ofício nº 05/2016, noticiou e solicitou ao FNE pronunciamento sobre a notificação extrajudicial que está acostada a esses autos eletrônicos, sob o nº 0153644 – processo nº 23000.011630/2016-81. Ressalte-se que no âmbito do Ministério da Educação já tramitava o Documento nº 043962.2015-48, em razão do Ofício PR 063/2015(CM/cm), de 4 de setembro de 2015, enviado pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestir e Transexuais – ABGLT, e em decorrência a Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão – SECADI/MEC emitiu a Nota Técnica nº 32/2015 – CGDH/DPEDHU/SECADI/MEC (Doc. Sei nº 0149320 – processo nº 23000.011050/2016-93).

3. No que concerne à instrução processual, destacam-se os seguintes documentos:

- a) Ofício nº 005/2016/FNE, de 07/03/2016 – Doc. SEI nº 0153640 – processo nº 23000.011630/2016-81;
- b) Ofício nº 05/2016 (Colégio Estadual Barão do Rio Branco) e cópia da Notificação Extrajudicial – Doc. SEI nº 0153644 – processo nº 23000.011630/2016-81;
- c) Nota Pública nº 36, de 03/03/2016 – Doc. SEI nº 0153649 – processo nº 23000.011630/2016-81;
- d) Despacho 734, de 09/03/2016 – Doc. SEI nº 0156045 – processo nº 23000.011630/2016-81;
- e) Ofício nº 008/2016/FNE, de 07/03/2016 – Doc. SEI nº 0154485 – processo nº 23000.011727/2016-93;
- f) Ofício nº 007/2016/FNE, de 07/03/2016 – Doc. SEI nº 0154487 – processo nº 23000.011727/2016-93;

- g) Ofício nº 005/2016/FNE, de 07/03/2016 – Doc. SEI nº 0153640 – processo nº 23000.011630/2016-81;
- h) Ofício nº 05/2016 (Colégio Estadual Barão do Rio Branco) e cópia da Notificação Extrajudicial - Doc. SEI nº 0154491 – processo nº 23000.011727/2016-93;
- i) Nota Pública nº 36, de 03/03/2016 – Doc. SEI nº 0154505 – processo nº 23000.011727/2016-93;
- j) Ofício PR 063/2015 (CM/cm), de 04/09/2015 e Nota Técnica nº 32/2015 – CGDH/DPEDHU/SECADI/MEC – Doc. SEI nº 0149320 – processo nº 23000.011050/2016-93;
- k) Memorando nº 27/2016/APOIOJUR/GAB/SECADI/SECADI – Doc. SEI nº 0149320 – processo nº 23000.011050/2016-93.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. NATUREZA JURÍDICA, EFEITOS E LEGITIMIDADE DA “NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL”

4. O documento que deu causa à denúncia a este ministério recebe o título de “notificação extrajudicial”, é destinado ao diretor do estabelecimento escolar e assinado pela mãe de uma criança. Em síntese, esse documento apresenta primeiramente uma afirmação: “não concordo com a ideologia de gênero e não autorizo a apresentação destes temas a meu filho”; e posteriormente uma ameaça de responsabilização judicial por danos morais. O documento é assinado pela mãe e faz referência a um advogado; além disso, nele consta a comprovação do recebimento pelo diretor da escola, com assinatura e data. Ressalte-se que documentos como este têm sido disponibilizados via internet e utilizados massivamente em todo o País.

5. Apesar do título apostado no documento, não é possível caracterizá-lo juridicamente como notificação extrajudicial, que consiste em uma comunicação feita via cartório para que alguém tenha ciência de determinado fato jurídico. Da mesma forma, não é possível enquadrá-lo em qualquer espécie de documento reconhecido expressamente em nosso ordenamento jurídico. Trata-se apenas de uma comunicação feita pelos pais à escola, sendo incapaz de produzir diretamente qualquer efeito jurídico.

6. A despeito de não ter previsão expressa, esse documento não pode ser acoimado de ilícito, mesmo tendo em vista a presença da advertência de processar o professor e a escola se determinado conteúdo for ministrado. O direito de ação é abstrato e incondicionado, ou seja, independe da existência do direito material que se pretende pleitear por meio da ação. Em outros termos, dar início a um processo judicial constitui exercício regular de direito, garantido de forma ampla e irrestrita pela Constituição Federal.¹ Nesse sentido, um aviso de possível instauração processo judicial contra alguém, mesmo que totalmente infundado, não constitui ilícito, seja civil ou penal.

7. Portanto, essa “notificação extrajudicial” não constitui ato jurídico capaz de, por si só, cercear a liberdade de ensino dos professores do estabelecimento escolar que o receberem. Trata-se de mera comunicação realizada pelos pais ao estabelecimento escolar. Ressalte-se, por fim, que é recomendável aos diretores que recebam normalmente essa comunicação, a qual consiste em uma decorrência do direito de participação da família no desenvolvimento das atividades escolares, como bem estabelece a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB (Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996)².

8. Esse documento, porém, é apenas a forma utilizada pela família para expressar sua discordância a respeito do ensino de determinados assuntos aos filhos. Nos próximos itens, será analisado o conteúdo, o contexto e a legitimidade da oposição familiar ao ensino de determinados assuntos na escola. A análise será centralizada na tensão existente entre os objetivos da educação, previstos principalmente na Constituição Federal e nos tratados internacionais de direitos humanos, e os valores morais e religiosos das famílias cujas crianças estão sendo educadas.

1 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:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

2 Art. 12. Os estabelecimentos de ensino, respeitadas as normas comuns e as do seu sistema de ensino, terão a incumbência de:

[...]

VI - articular-se com as famílias e a comunidade, criando processos de integração da sociedade com a escola;

[...]

Art. 13. Os docentes incumbir-se-ão de:

[...]

VI - colaborar com as atividades de articulação da escola com as famílias e a comunidade.

2. CONCEITO E FINALIDADES DA EDUCAÇÃO

9. O conceito de educação não foi expressamente estabelecido pela legislação nacional, sendo matéria precípua de filosofia educacional. Entre as várias definições reconhecidas de educação, destaco:

“Educação desenvolve no corpo e na alma do aluno toda a beleza e toda a perfeição de que ele é capaz.” (Platão)

“A educação é a criação da mente sadia em um corpo sadio. Desenvolve a faculdade do homem, especialmente sua mente, para que ele possa ser capaz de desfrutar a contemplação da verdade suprema, a bondade e beleza.” (Aristóteles)

“A educação é o desenvolvimento da criança de dentro.” (Rousseau)

“A educação é desdobramento do que já existe em germe. É o processo através do qual a criança faz com que o interno torne-se externo.” (Froebel)

“A educação é o desenvolvimento harmonioso e progressivo de todos os poderes e faculdades de inatas do ser humano – físicas, intelectuais e morais.” (Pestalozzi)

“A educação é o completo desenvolvimento da individualidade da criança para que ele possa fazer uma contribuição original para a vida humana de acordo com o melhor de sua capacidade.” (T. P. Nunn)

10. Apesar dessa diversidade de definições, é possível identificar uma essência comum a todas elas: a educação diz respeito a um desenvolvimento, uma maturação, um florescimento do potencial individual.³ Nesse sentido, a educação não é um pensamento ou uma teoria, mas uma forma de ação concreta sobre o indivíduo:

Educação é ação, e a definição de Durkheim parece-nos excelente: “A educação é a ação exercida pelas gerações adultas sobre as que ainda não amadureceram pela vida social.” Ação de uma personalidade sobre

3 A palavra “educação” vem do latim *educativo*, que significa não apenas “educação, instrução”, mas também “ação de criar, alimentar; alimentação; criação; cultura”. É significativo ainda que a palavra *educator*, que deu origem a “educador” significa “aquele que cria, alimenta; pai; o que faz as vezes de pai. Aio; preceptor”. Por fim, *educio* significa “conduzir para fora; fazer sair; tirar de” (TORRINHA, Francisco. *Dicionário Latino-Português*. p. 278. Porto: Edições Maranus, 1945).

outras, criação de comunicações psicológicas entre seres humanos, a educação pertence ao domínio da arte: a arte de criar condições favoráveis a essa ação profunda, suscetível de orientar a evolução de um sujeito, a arte de manejar certas técnicas de ação, a arte de conduzir para os objetivos determinados aqueles cujo encargo nos pertence.⁴

11. Analiticamente, é possível constatar que a educação:
- a) compreende diversos processos de aprendizagem no decorrer da vida, sem limitação a uma situação específica, como a escolar;⁵
 - b) consiste essencialmente no desenvolvimento de um poder inato da pessoa;
 - c) é um processo dinâmico, que se desenvolve de acordo com as mudanças na situação concreta da pessoa;
 - d) em regra, é um processo tripolar, que requer a participação do educador, do educando e da sociedade em que eles vivem.⁶

12. Nesse sentido, as crianças interagem dinamicamente com sua família, sua comunidade e sua escola e são educadas em virtude dessa interação. A educação, a formação progressiva do adulto, sempre ocorre. Porém, nem todas as formas de educação são protegidas juridicamente. Para isso, é preciso que sejam aptas a realizar as finalidades da educação previstas na Constituição Federal e nos tratados internacionais de direitos humanos.

13. Portanto, somente é legítima a educação capaz de cumprir as seguintes finalidades:

- a) pleno desenvolvimento:
 - I - da pessoa (ou educando);⁷

4 MIALARET, Gaston. *Introdução à pedagogia*. São Paulo: Atlas, 1977. p. 12.

5 Nesse sentido, entende a Lei de Diretrizes e Bases da Educação: "A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais" (Art. 1º, caput).

6 A educação também é vista como um processo bipolar (relação entre dois sujeitos – educador e educando) e excepcionalmente até mesmo unipolar, em que a transformação interior da pessoa é conduzida apenas por ela mesma.

7 CF, art. 205, LDB, art. 2º.

- II - da personalidade humana;⁸
- III - do sentido de sua dignidade;⁹
- b) seu preparo para o exercício da cidadania;
- c) sua qualificação para o trabalho;¹⁰
- d) fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais;¹¹
- e) capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre;
- f) favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos;¹²
- g) promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz;¹³
- h) imbuir na criança o respeito aos seus pais, à sua própria identidade cultural, ao seu idioma e seus valores, aos valores nacionais do país em que reside, aos do eventual país de origem, e aos das civilizações diferentes da sua;¹⁴
- i) imbuir na criança o respeito ao meio ambiente.¹⁵

14. Para os propósitos deste parecer, destaco a finalidade prevista no art. 29.1.d da Convenção sobre os Direitos da Criança, in verbis: “preparar a criança para assumir uma vida responsável numa sociedade livre, com espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade de sexos e amizade entre

8 A Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC) tem dispositivo semelhante: “desenvolver a personalidade, as aptidões e a capacidade mental e física da criança em todo o seu potencial” (Art. 29.1.a).

9 Itens II e III: Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), art. 13.1.

10 Itens “b” e “c”: CF, art. 205, LDB, art. 2º.

11 A CDC tem dispositivo semelhante: “imbuir na criança o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, bem como aos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas” (Art. 29.1.b).

12 A CDC tem dispositivo semelhante aos itens “e” e “f”: Art. 29.1.d.

13 Itens “d” a “g”: PIDESC, art. 13.1.

14 CDC, Art. 29.1.c.

15 CDC, Art. 29.1.e.

todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e pessoas de origem indígena”. Resta definir agora como essa finalidade pode ser alcançada tendo em vista os direitos dos pais na educação dos filhos.

3. EDUCAÇÃO MORAL E RELIGIOSA

15. O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais determina que os pais têm o direito “de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções” (art. 13.1). Além disso, a CDC dispõe, como visto, que um dos objetivos da educação é imbuir na criança o respeito aos valores de seus pais (art. 29.1.c).

16. Esses instrumentos internacionais evidenciam que a educação moral e religiosa das crianças é atribuição primordial dos pais ou responsáveis. Nesse sentido, as instituições educacionais somente podem realizar a educação moral ou religiosa que estiver de acordo com as convicções dos pais.

17. Aqui, cabem algumas definições essenciais. Moralidade consiste na distinção entre decisões, intenções e ações corretas e incorretas, certas ou erradas. Portanto, um juízo de valor é aquele que incide sobre um fato da realidade, física ou mental, e realiza sobre ele uma avaliação positiva ou negativa. Religião, por sua vez, envolve a concepção de uma realidade transcendental à matéria que pode ser compreendida por meio de uma doutrina a respeito da natureza da realidade, do ser humano e das normas éticas. De todas as religiões, derivam sistemas morais; existem, porém, sistemas morais sem qualquer espécie de dependência a uma religião determinada.

18. A educação moral consiste na aquisição de virtudes ou hábitos que possibilitarão ao futuro adulto viver de acordo com determinados valores. A educação religiosa, por sua vez, consiste na absorção da visão de mundo correspondente a determinada religião, o que inclui um código moral específico.

19. Os limites à educação moral e religiosa dada pelos pais ou responsáveis às crianças são dados pelas próprias finalidades da educação, tal como previstas na CF e nos tratados internacionais de direitos humanos. Nesse sentido, é ilegítima a educação dada pelos pais que estimule as crianças à intolerância, à beligerância e ao desrespeito aos direitos humanos. Por outro lado, é competência das escolas ensinar às crianças os valores necessários à convivência em uma sociedade pluralista, que não requer aceitação dos valores alheios, mas o respeito e a tolerância às pessoas que aderem a esses valores.

20. Um exemplo retirado da “notificação extrajudicial” pode aclarar essa questão. Trata-se dos “temas relacionados com comportamentos sexuais especiais (homossexualidade, bissexualidade, transexualidade, etc.), bem como outras questões relativas à sexualidade humana adulta, tais como: prostituição, masturbação e outros atos libidinosos”. Essa questão encontra-se no centro de acirrados embates entre a moral de matriz religiosa, particularmente cristã, e a moral de matriz secular; enquanto a primeira tem uma visão advoga em geral a abstinência sexual antes do casamento, a segunda tem entre seus valores essenciais a liberdade sexual.

21. É consenso entre pessoas de ambas visões de mundo que devem ser prevenidas a gravidez indesejada e a infecção por doenças sexualmente transmissíveis. Porém, o modo de se realizar essa prevenção é objeto de intensa controvérsia. Para a maior parte dos cristãos, o modo correto seria a abstinência até o casamento religioso e a posterior monogamia vitalícia. Por outro lado, a perspectiva secularista requer a utilização de métodos contraceptivos para que essa prevenção seja realizada no decorrer de uma vida sexual ativa com possivelmente vários parceiros.

22. A escola, especialmente a escola pública, não pode legitimamente escolher entre alguma dessas visões. O seu indeclinável dever, em uma sociedade plural e multicultural, é o da mais absoluta neutralidade em questões que envolvam visões de mundo e religiões. Esse é o entendimento da Organização das Nações Unidas, no Comentário nº 13 ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *in verbis*:

O artigo 13º, nº 3¹⁶ contém dois elementos, um dos quais é que os Estados Partes se comprometem a respeitar a liberdade dos pais e tutores legais para que os seus filhos ou pupilos recebam uma educação religiosa ou moral conforme as suas próprias convicções. Este reproduz o disposto no artigo 18º, nº 4 do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) e também está relacionado com a liberdade de ensino de uma religião ou convicção em conformidade com o disposto no artigo 18º, nº 1 do PIDCP. (Ver Comentário Geral nº 22 do Comitê dos Direitos Humanos sobre o artigo 18º do PIDCP, quadragésimo oitavo período de sessões, 1993.) O Comitê dos Direitos Humanos observa que o caráter fundamental mencionado no artigo 18º do PIDCP se reflete no fato de que não se pode derogar esta disposição, nem em épocas de emergência pública, conforme

16 “Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado, e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.”

disposto no artigo 4º, nº 2 do Pacto. Na opinião do Comitê, este elemento do artigo 13º, nº 3 permite o ensino de temas como a história geral das religiões e a ética nas escolas públicas, desde que o mesmo ocorra de forma imparcial e objetiva e respeite as liberdades de opinião, de consciência e de expressão. Observa que o ensino público que inclui instrução numa determinada religião ou convicção é inconsistente com o artigo 13º, nº 3 a não ser que se estipulem isenções não discriminatórias ou alternativas que se adaptem aos desejos dos pais e tutores.¹⁷

23. Portanto, o Estado não deve favorecer nenhuma concepção específica de ser humano, defendida por religião ou filosofia. Da mesma forma, o Estado não pode proibir estilos de vida e valores, mesmo que estejam em contradição com o modo de pensar da maioria da população e com a opinião das autoridades governamentais. Nesse sentido, o STF ao julgar a constitucionalidade da união homoafetiva (ADIn 4277), deixou bem claro seu papel de defesa de minorias contra concepções de vida predominantes na sociedade. No acordão, a afirmativa de que o Estado deve ser absolutamente neutro em questões religiosas sobressai-se por sua clareza e definitividade. Exatamente pelas mesmas razões, o Estado deve ser absolutamente neutro em questões relacionadas a convicções filosóficas ou políticas, até pela indissociável ligação entre liberdade de religião e liberdade moral. Finalmente, esse acordão indica que o Estado ainda deve dar um passo além, ou seja, deve ativamente proteger as crenças e

17 Segue o texto dos dispositivos citados:

ARTIGO 4

1 Quando situações excepcionais ameacem existência da nação e sejam proclamadas oficialmente, os Estados Partes do presente Pacto podem adotar, na estrita medida exigida pela situação, medidas que suspendam as obrigações decorrentes do presente Pacto, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes sejam impostas pelo Direito Internacional e não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social.

2 A disposição precedente não autoriza qualquer suspensão dos artigos 6, 7, 8 (parágrafos 1 e 2) 11, 15, 16, e 18.

[...]

ARTIGO 18

1 Toda pessoa terá direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino.

[...]

4 Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos países e, quando for o caso, dos tutores legais de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções.

convicções minoritárias em nossa sociedade contra qualquer forma de assimilação forçada dentro da cultura predominante.

24. De forma mais concreta, isso significa que inexistem qualquer restrição à apresentação, na escola, de temas relacionados à sexualidade, uma vez que se trata de “conhecimento do mundo físico”, componente curricular obrigatório, conforme determinação do art. 26, § 1º, da LDB. Essa apresentação, porém, deve ter caráter puramente informativo, sem procurar induzir os alunos a adotarem qualquer tipo de comportamento eventualmente considerado correto pelos professores. Dessa maneira, por exemplo, o ensino de métodos de prevenção de gravidez deve incluir não apenas os anticoncepcionais, mas também a abstinência, e de nenhuma forma o aluno pode ser induzido ou estimulado a seguir tal ou qual método.

25. O mesmo raciocínio é válido para quaisquer outras espécies de questões moralmente controversas, que devem ser apresentadas de forma neutra, imparcial e informativa, sem a intenção de induzir o aluno a aderir a determinado comportamento ou convicção.

4. DAS SITUAÇÕES QUE PODEM CONFIGURAR DANO MORAL

26. É indubitável que, em tese, professores possam vir a causar dano moral a seus alunos e eventualmente até aos pais dos alunos. Trata-se de uma possibilidade ínsita a qualquer relacionamento humano. Da mesma forma, não há dúvidas de que alunos possam, por outro lado, causar danos morais a professores.

27. Porém, a ocorrência de situação configuradora de dano moral não se mostra tão simples como quer fazer crer o autor da “notificação extrajudicial” em comento. Para isso, é preciso que sejam satisfeitos os requisitos dos danos morais, definidos nos seguintes artigos do Código Civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

28. É preciso portanto que a pessoa voluntariamente, por meio de ação ou omissão, simultaneamente viole direito e cause danos a alguém.

Assim, no contexto aqui analisado, para que um professor seja efetivamente responsabilizado por danos morais, é preciso:

- a) prova (testemunhal ou documental) de que uma ação ou omissão do professor violou efetivamente o direito exclusivo dos pais de transmitir seus valores aos filhos, imbuindo ou tentando imbuir nestes valores morais ou religiosos à revelia dos pais;
- b) prova de que essa violação de direitos foi séria o bastante para causar sofrimento, e não mero aborrecimento, nos pais e/ou nos alunos.¹⁸

29. Não se tem notícia, até o momento, de processo nos tribunais de justiça ou nos tribunais superiores no qual se requeira a indenização por danos morais com base no argumento desenvolvido na “notificação extrajudicial”. Portanto, ainda não se pode afirmar ou negar concretamente a possibilidade de tal requerimento ser provido pelo Judiciário.

30. Porém, a multiplicação dessas “notificações extrajudiciais”, disponíveis na internet e utilizadas incontáveis vezes, torna provável em um futuro próximo a judicialização desta questão, com repercussões negativas tanto para professores quanto para estabelecimentos de ensino. Nesse sentido, sugere-se como que os professores dentro de sala de aula busquem tratar de assuntos moralmente controversos da forma mais neutra e informativa possível, evitando a emissão de juízos de valor sobre estes.

31. Ressalte-se que a atitude sugerida não impede de maneira alguma que a escola continue sendo o espaço de ensino da tolerância e da diversidade, o que está incluído no próprio conceito de educação. Na verdade, a escola estaria incorrendo em omissão ilícita se assim o fizesse. Além disso, os alunos têm inquestionavelmente o direito à informação necessária para que possam realizar decisões vitais de forma consciente e fundamentada, o que inclui uma educação sexual baseada em fundamentos fáticos e não em meras opiniões.

18 Ressalte-se, porém, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça muitas vezes considera desnecessária a prova do dano moral, considerando-a presumida ou *in re ipsa*. Essa distinção tem sido feita casuisticamente e ainda não foi realizada em situações como aquela analisada neste parecer.

III – CONCLUSÃO

32. Por todo o exposto, conclui-se que:

- a) A “notificação extrajudicial” distribuída por diversos pais às escolas não tem de fato essa natureza, não se constituindo em ato jurídico de qualquer espécie. Não gera, portanto, direitos àqueles que a emitem nem obrigações àqueles que a recebem. Trata-se de mera comunicação dos pais à escola, que deve recebê-la como recebe qualquer outro tipo de comunicação advinda dos pais;
- b) A advertência de possível processo contida nessa “notificação extrajudicial” é, portanto, inócua e não condiciona de nenhuma maneira a atuação dos professores em sala de aula. Não há nenhum risco de limitação ilegítima à liberdade de ensino garantida na Constituição Federal. Por outro lado, essa advertência não constitui ato ilícito, uma vez que o direito de ação é incondicionado, ou seja, independe da existência do direito material a ser pleiteado;
- c) Receber as informações necessárias para o exercício da autonomia sexual é um direito de todo aluno e aspecto imprescindível de sua preparação para a vida adulta. Da mesma forma, a educação para a tolerância e para a convivência em espírito de fraternidade é um direito de todos, sendo reconhecida expressamente como uma das finalidades da educação. Nesse sentido, não pode haver nenhum tipo de restrição quanto aos temas a serem abordados em sala: é inconcebível, portanto, em um regime de liberdade educacional como o garantido pela constituição, a existência de temas “proibidos” em sala de aula;
- d) Ressalte-se, porém, que tratados internacionais de direitos humanos garantem aos filhos o recebimento da educação moral e religiosa que seus pais considerarem pertinentes. Nesse sentido, e considerando a necessária neutralidade estatal nesses temas, sugere-se aos professores que ao abordarem assuntos moral ou religiosamente controversos, o façam de maneira informativa, imparcial e abrangente, sem a emissão de juízos de valor nem o estímulo ou repressão a determinados comportamentos ou convicções. Esse cuidado

não limita de maneira alguma a liberdade de os professores ensinarem o respeito e a tolerância aos mais diversos modos de vida e comportamentos;

- e) A responsabilização por danos morais em razão de palavras ou atitudes do professor no ensino de matérias escolares é uma possibilidade teórica, mas que ainda não foi analisada em processos judiciais nos tribunais de justiça ou nos tribunais superiores. Essa possibilidade, porém, é concreta, tendo em vista a utilização em larga escala dessas “notificações extrajudiciais”. Portanto, para evitar eventuais responsabilizações por danos morais, é recomendável que os professores busquem tratar de assuntos moralmente controversos da forma mais neutra e informativa possível, evitando a emissão de juízos de valor sobre estes.

À consideração de Vossa Senhoria.

Brasília, 7 de abril de 2016.

ALEXANDRE MAGNO FERNANDES MOREIRA
Procurador do Banco Central
Coordenador-Geral de Assuntos Administrativos

DESPACHO Nº 849/2016/CONJUR-MEC/CGU/AGU**NUP: 23000.011630/2016-81****INTERESSADO: HELENO DE ARAÚJO FILHO - COORDENADOR DO FÓRUM NACIONAL DE EDUCAÇÃO****ASSUNTO: NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL CONTRA ENSINO DE "IDEOLOGIA DE GÊNERO" NAS ESCOLAS**

Trata-se de solicitação do Fórum Nacional de Educação quanto ao posicionamento deste Ministério acerca de "processos de criminalização e de insegurança que setores fundamentalistas pretendem impor às escolas, professores(as) e práticas pedagógicas pela via de notificações extrajudiciais intimidatórias e contrárias ao reconhecimento das diversidades e à promoção dos direitos humanos nos espaços educativos".

Aprovo o Parecer nº 361/2016/CONJUR-MEC/CGU/AGU, da lavra do Dr. Alexandre Magno Fernandes Moreira.

Ao Setor de Apoio Administrativo para os registros eletrônicos cabíveis.

Nesse diapasão, encaminham-se os autos ao Gabinete do Ministro.

Brasília, 28 de abril de 2016.

IVAN SANTOS NUNES
Advogado da União
Consultor Jurídico Junto Ao MEC