

REVISTA DA
AGU

volume 20 nº 02- Brasília-DF, abr./jun. 2021

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

Revista da AGU	Brasília	v. 20	nº 02	p. 1-312	abr./jun. 2021
----------------	----------	-------	-------	----------	----------------

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
© Advocacia-Geral da União - AGU - 2018

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

André Luiz de Almeida Mendonça

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO - SUBSTITUTO

Fabrcio da Soller

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fabrcio da Soller	Secretário-Geral de Consultoria
Vinícius Torquetti Domingos Rocha	Procurador-Geral da União
Arthur Cerqueira Valério	Consultor-Geral da União
Leonardo Silva Lima Fernandes	Procurador-Geral Federal
Isabel Vinchon Nogueira de Andrade	Secretária-Geral de Contencioso
Edimar Fernandes de Oliveira	Corregedor-Geral da Advocacia da União
Danilo Barbosa de Sant'Anna	Diretor da Escola da Advocacia-Geral da União
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor da Advocacia-Geral da União

ESCOLA DA AGU

Danilo Barbosa de Sant'Anna	Diretor
Andrea Maria Nogueira Cajueiro	Coordenadora-Geral de Ensino

ABNT(adaptação)/Diagramação: Gláucia Pereira/Walbert Kuhne

Capa: Walbert Kuhne

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-).

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

ISSN -L 1981-2035; ISSN 2525-328x

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

CDD 341.05
CDU 342(05)

EDITOR-CHEFE

DANILO BARBOSA DE SANT'ANNA

Diretor da Escola da AGU, Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB.
Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Juspodivm/Faculdade Baiana de Direito.
Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Advogado da União.

VICE EDITOR

HENRIQUE AUGUSTO FIGUEIREDO FULGÊNCIO

Responsável pelo Núcleo de Pós-Graduação e Pesquisa na Escola da Advocacia-Geral da União.
Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina e em Teoria e Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

EDITORA ASSISTENTE

Gláucia Maria Alves Pereira

INDEXAÇÃO EM:

DIADORIM - Diretório de Políticas Editoriais das Revistas Científicas Brasileiras.

RVBI - Rede Virtual de Bibliotecas.

LATINDEX - Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal.

ACADEMIA.EDU - ferramenta (rede social Acadêmica) de colaboração destinada a acadêmicos e pesquisadores de qualquer área de conhecimento.

GOOGLE ACADÊMICO - Permite a pesquisa de assuntos de diversas disciplinas em diversas fontes, num só site.

PORTAL DE PERIÓDICOS CAPES

OASISBR - Acesso gratuito à produção científica de autores vinculados a universidades e institutos de pesquisa brasileiros.

CONSELHO EDITORIAL

INTERNACIONAIS

**CARLA AMADO GOMES
(UNIVERSIDADE DE LISBOA,
PORTUGAL)**

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Foi Vice-Presidente do Instituto da Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito de Lisboa entre 2006 e 2014. Lecciona cursos de mestrado e Pós-graduação em Direito do Ambiente, Direito Administrativo e Direito da Energia em Angola, Moçambique e Brasil. Colabora regularmente em ações de formação no Centro de Estudos Judiciários.

Jurídico-Políticas (ICJP) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

**NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA
(UNIVERSIDAD DE SALAMANCA,
ESPANHA)**

Professor Titular de Direito Processual da Universidad de Salamanca. Doutor em Direito pela Universidad de Salamanca. Desenvolve pesquisas nas Universidades de Kansas (USA), Turim (Itália) e Coimbra (Portugal).

**JOSÉ ALEXANDRE GUIMARÃES DE
SOUSA PINHEIRO (UNIVERSIDADE
DE LISBOA, PORTUGAL)**

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Ciência Jurídico-Política pelo Instituto de Ciências

**PEDRO T. NEVADO-BATALLA
MORENO (UNIVERSIDAD DE
SALAMANCA, ESPANHA)**

Professor Titular de Direito Administrativo da Universidad de Salamanca. Doutor em Direito Administrativo pela Universidad de Salamanca.

NACIONAIS

REGIÃO NORTE

**EDSON DAMAS DA SILVEIRA
(UEA/UFRR/PR)**

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito Ambiental (UEA) e em Desenvolvimento Regional da Amazônia (UFRR). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestrado e Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Roraima.

**JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO
(CESUPA)**

Professor do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA e da Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO. Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Procurador do Estado do Pará.

REGIÃO NORDESTE

**MONICA TERESA COSTA SOUSA
(UFMA)**

Professora dos Programas de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça e em Cultura e Sociedade (UFMA). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista de Produtividade em Pesquisa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Maranhão (FAPEMA). Avaliadora do MEC/INEP.

**MARTONIO MONT'ALVERNE
BARRETO LIMA (UNIFOR/CE)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNIFOR). Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Frankfurt. Mestrado em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e Doutorado em Direito (Rechtswissenschaft) pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main. Procurador do Município de Fortaleza.

**LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA
(UFPE)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFPE). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Procurador do Estado de Pernambuco.

**ARTUR STAMFORD DA SILVA
(UFPE)**

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito e de Direitos Humanos (UFPE). Pós-Doutorado pela Universidad Adolfo Ibáñez (UAI/Chile). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

**HERON JOSÉ DE SANTANA
GORDILHO (UFBA)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFBA). Pós-Doutorado pela Pace University Law School, New York, onde é professor visitante e integra a diretoria do Brazilian-American Institute for Law and Environment (BAILE). Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Promotor de Justiça do Estado da Bahia.

**FREDIE SOUZA DIDIER JUNIOR
(UFBA)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFBA). Livre-Docência pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Advogado. Foi Procurador da República.

REGIÃO CENTRO-OESTE

**JEFFERSON CARÚS GUEDES
(UNICEUB/DF)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UnICEUB). Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

**ARNALDO SAMPAIO DE MORAES
GODOY (AGU/UNICEUB/DF)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UnICEUB). Livre-docência pela Universidade de São Paulo - USP. Pós-doutorado em Direito Comparado na Universidade de Boston-EUA, em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUC-RS e em Literatura no Departamento de Teoria Literária da Universidade de Brasília-UnB. Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Membro da Advocacia-Geral da União.

**MARCELO DA COSTA PINTO
NEVES (UNB/DF)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UnB). Livre-Docência pela Faculdade de Direito da Universidade de Fribourg (Suíça). Pós-Doutorado na Faculdade de Ciência Jurídica da Universidade de Frankfurt e no Departamento de Direito da London School of Economics and Political Science. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Doutor em Direito pela Universidade de Bremen. Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

REGIÃO SUDESTE

JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA (UERJ)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UERJ). Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Master of Laws pela Harvard Law School e Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO (UERJ)

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito (UERJ/UCAM). Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

MARIA PAULA DALLARI BUCCI (USP)

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docência em Direito do Estado (USP). Mestre e Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Foi Procuradora-Geral do CADE. Procuradora da Universidade de São Paulo.

DIOGO ROSENTHAL COUTINHO (USP)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docência em Direito Econômico (USP).

Master in Science (MSc) em Regulação pela London School of Economics and Political Science (LSE, Londres) e Doutor em Direito na Universidade de São Paulo (USP). Pesquisador do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP) e do IGLP (Institute of Global Law and Policy).

TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM (PUC/SP)

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Livre-Docência pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogada.

THOMAS DA ROSA BUSTAMANTE (UFMG)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFMG). Pós-Doutorado na Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/Rio). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

REGIÃO SUL

LÊNIO STRECK (UNISINOS/SC)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNISINOS/UNESA). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

MARIANA FILCHTNER FIGUEIREDO (AGU/PUC/RS)

Pós-Doutorado junto ao Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik (Munique, Alemanha) e à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Mestrado e Doutorado em

Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Membro da Advocacia-Geral da União.

REGINA LINDEN RUARO (PUC/RS)

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Pós-Doutorado no Centro de Estudios Universitarios San Pablo (CEU/Espanha). Doutora em Direito na Universidad Complutense de Madrid (UCM). Membro aposentada pela Advocacia-Geral da União.

PARECERISTAS

ADELICIO MACHADO DOS SANTOS

- INSTITUTO DE CONHECIMENTO

APLICADO/SC

Pós-Doutor em Gestão do Conhecimento (UFSC). Doutor em Engenharia e Gestão do Conhecimento (UFSC). Mestre em Relações Internacionais. Diretor-Executivo do Instituto de Conhecimento Aplicado.

ANA ELIZABETH LAPA WANDERLEY CAVALCANTI - FMU/SP

Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora da graduação, Pós-graduação e Mestrado do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unida - FMU.

AUGUSTO CEZAR FERREIRA

BARAUNA – UNIVERSIDADE DO MARANHÃO

Doutor em Direito das Relações Sociais na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Sociais na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor adjunto da Universidade do Maranhão. Advogado.

DEBORA VASTI DA SILVA DO

BOMFIM DENYS – AGU/DF

Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCeub). Professora de Direito Internacional Público, Direito Administrativo e Direitos Humanos. Procuradora Federal.

ELIAS JACOB DE MENEZES NETO

- UF/RN

Mestre e doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professor efetivo da UFRN, integrando o quadro permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito.

ENIO NAKAMURA OKU - UTP/PR

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Advogado e Consultor Jurídico do Poder

Judiciário do Estado do Paraná. Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná – UTP.

FERNANDO MACHADO DE SOUZA

- UE/MS

Pós-Doutorando em Fronteiras e Direitos Humanos pela Universidade Federal da Grande Dourados - UFGD. Doutor em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE. Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Paranaense - UNIPAR. Professor da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS e do Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN.

FLÁVIO ROBERTO BATISTA -

AGU/SP

Doutor e Mestre em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo - USP. Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Professor da Escola Paulista de Direito Social e Procurador Federal junto à Procuradoria Seccional Federal em São Bernardo do Campo/SP.

FRANCISCO DIAS DE OLIVEIRA

JUNIOR - ANTAQ/CE

Mestre em Direito Privado (UNI7). Especialista em Direito Constitucional (Uniderp-LFG), MBA em Regulação de Serviços Públicos (FGV), Especialista em Direito e Processo Tributário (Unileão) e MBA em Gestão Empresarial (FGV). Professor convidado da pós-graduação na UNI7 e da pós-graduação da UNICHRISTUS. Especialista em Regulação na Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq.

GABRIEL WEBBER ZIERO -

**UNIVERSIDADE DE ZURIQUE/
ALEMANHA**

Doutor em Direito Internacional pela Universidade Roma Tre e Mestre em Direito pelo Programa em Estudos Avançados (LL.M.) em Direito Internacional Público com ênfase em Justiça, Paz e Desenvolvimento pela Universidade de Leiden (reconhecido no Brasil pela Universidade Federal de Minas

Gerais). Professor (Lecturer) no programa de especialização (CAS) em Finanças Sustentáveis organizado pela Universidade de Zurique.

JOÃO PEDRO ACCIOLY - UERJ

Doutorando e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Professor Convidado dos Programas de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do Estado do CEPED/UERJ e em Direito Público da Faculdade Baiana de Direito. Advogado, árbitro e consultor jurídico.

JOSÉ OSÓRIO DO NASCIMENTO NETO - ESTÁCIO DE CURITIBA/PR

Pós-doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade MACKENZIE. Doutor e Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR. Professor Pesquisador do UniBrasil. Professor titular da ESTÁCIO Curitiba. Professor convidado da Pós-graduação em Direito Administrativo da Universidade POSITIVO. Professor convidado da Escola da Magistratura Federal do Paraná – ESMAFE. Advogado.

JOSÉ CARLOS KRAEMER BORTOLOTI - IMED/RS

Doutor e Mestre em Direito. Professor da Escola de Direito da Faculdade Meridional - IMED. Advogado.

JULIANA RODRIGUES FREITAS - CESUPA

Doutora em Direito UFPA/ Università di Pisa - Itália. Mestre em Direitos Humanos - UFPA. Professora da Graduação e Mestrado em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. Atua como Consultora Jurídica e Advogada na área eleitoral e municipal.

LEONARDO CORDEIRO SOUSA -UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES/RJ.

Mestre em Direito Agroambiental pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Pós-graduando em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes/RS. Autor do livro intitulado “Proteção preventiva ao meio ambiente de trabalho rural” e de diversos

artigos jurídicos Assessor Jurídico na 2ª Promotoria de Justiça Criminal de Primavera do Leste.

LEONARDO VIZEU FIGUEIREDO - AGU/RJ

Doutor em Direito, Instituições e Negócios, com ênfase em Relações Econômicas pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho, com ênfase em Ordem Econômica Internacional. Professor da pós graduação lato sensu da Fundação Getúlio Vargas nos LLM Litigations de Direito do Estado e da Regulação, Direito Regulatório e Novas Parcerias entre os Setores Público e Privado. Membro da Procuradoria-Geral Federal.

MARCILENE MARGARETE MARQUES - UVA/RJ

Doutoranda em Direito pela UVA- Universidade Veiga de Almeida. Mestre em Direito Previdenciário pela UCP- Universidade Católica de Petrópolis. Professora conteudista, de Graduação e Pós-Graduação da Universidade Estácio de Sá.

MARTINHO MARTINS BOTELHO - PPGD/UNINTER/PR

Doutor pela Universidade de São Paulo (USP) na área de concentração Integração da América Latina, Direito Internacional. Doutor em Teoria Econômica pela Universidade Estadual de Maringá (UEM, linha de pesquisa Economia Aplicada). Mestre em Direito Econômico e Social (linha de pesquisa em Direito Internacional) pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC PR). Mestre em Geografia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor permanente do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Internacional Uninter (PPGD/Uninter)..

NEURO ZAMBAM - FACULDADE MERIDIONAL - IMED/RS

Pós-Doutor na Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Doutorando em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Mestrado em Sistemas Éticos pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da IMED e da graduação em Direito da IMED.

**PLÍNIO RÉGIS BAIMA DE
ALMEIDA - UNIT/AL**

Doutorando em Direito pela Faculdade Nacional de Direito (FND), da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Professor titular do Cesmac e na pós-graduação (lato sensu) da Universidade Tiradentes (UNIT/AL).

**SONIA APARECIDA DE CARVALHO
- UFPR - PR**

Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI. Dupla Titulação pela Universidad de Alicante, na Espanha - Doctora en Derecho pela Universidad de Alicante. Mestra em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professora de Direito.

**TATIANA MARETO SILVA -
CENTRO UNIVERSITÁRIO SÃO
CAMILO/ES**

Doutora pelo programa de Pós-Graduação strictu sensu em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV/ES (2019), Mestre em Políticas Públicas e Processo - UNIFLU/RJ (2007). Especialista em Direito Processual Civil - FDV/ES (2004). Graduada em Direito - FDCI/ES (2000). É professora do Centro Universitário São Camilo - Espírito Santo.

**THOMAS AUGUSTO FERREIRA DE
ALMEIDA- AGU/SP**

Doutor em Direito Constitucional, Mestre e Especialista em Direito Administrativo pela PUC/SP. Procurador Federal.

URÁ LOBATO MARTINS - ESMAC/PA

Doutora em Políticas Públicas e Formação Humana pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela UFPA. Advogada desde 2004. avaliadora (área jurídica) incluída no Banco de Avaliadores do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (BASIS). Docente e Coordenadora do curso de Direito da ESMAC.

**WEBER LUIZ OLIVEIRA -
UNIVALI/SC**

Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí/SC (UNIVALI). Mestre em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor de Direito Processual Civil, pós-graduação lato sensu. Procurador do Estado de Santa Catarina, com atuação nos Tribunais Superiores.

AUTORES

ANDALESSIA LANA BORGES CÂMARA

Procuradora da Fazenda Nacional.
Mestranda em Direito pelo Ceub,
Brasília.

ARNALDO SAMPAIO DE MORAES GODOY

Procurador da Fazenda Nacional. Livre-
docente em Teoria Geral do Estado pela
Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo-USP. Allan Gomes Moreira -
CESUPA

ALESSANDRO GOMES ENOQUE

Pós-Doutor em Sciences Humaines
pela École des Sciences de la Gestion
(ESQ) da Université du Québec à
Montréal (UQAM). Doutor em Ciências
Humanas (Sociologia e Ciência Política)
pela Faculdade de Filosofia e Ciências
Humanas da Universidade Federal de
Minas Gerais (FAFICH/UFMG). Mestre
em Administração de Empresas (Área de
Concentração: Organizações e Recursos
Humanos) pela Faculdade de Ciências
Econômicas da Universidade Federal
de Minas Gerais (FACE/UFMG).
Professor Associado II da Universidade
Federal de Uberlândia (UFU). Professor
Permanente do Programa de Pós-
Graduação em Ciências Sociais (PPGCS)
da Universidade Federal de Uberlândia
(UFU). Professor Permanente do
Programa de Pós-Graduação em
Geografia do Pontal (PPGEP/PONTAL)
da Universidade Federal de Uberlândia
(UFU)

CARIOLANDO GUIMARÃES DE OLIVEIRA FILHO

Pós Graduado em Processo Civil pela
UNISUL. Procurador Federal. Alexandre

ÉRICO VERAS MARQUES

Doutorado em Administração de Empresas
pela Fundação Getulio Vargas - SP. Mestrado
em Administração de Empresas pela Fundação
Getulio Vargas - SP. Especialização em
Ciências da Computação Pela Universidade
Federal da Paraíba. Especialização em
Marketing pela Universidade Estadual do
Ceará. Graduação em Ciências Econômicas
pela Universidade Federal do Ceará.
Graduação em Informática pela Universidade
de Fortaleza. Professor Associado IV da
Universidade Federal do Ceará.

GILBERTO BONFIM

Especialista em Direito Administrativo pelo
Instituto de Direito Bacellar. Procurador
federal, membro da AGU. Bruna Velloso
Parente - UFG

ISABELLA CUNHA MOKARZEL DOMINGUES

Especialista em Direito Processual Civil
pela Universidade Anhanguera - Uniderp.
Graduada em Direito pela Universidade
Estadual de Minas Gerais - UEMG, unidade
Ituiutaba. Advogada. Clarissa Sampaio Silva -
AGU/CE

JOÃO MACIEL DE SOUZA GONÇALVES LOPES

Pós-graduado em Direito do Trabalho
e Processo do Trabalho pela Pontifícia
Universidade Católica do Paraná - PUC-
PR. Pós-graduado em Direito Público pelo
Instituto Brasiliense de Direito Público
- IBDP. Bacharel em Ciências Sociais pela
Faculdades Integradas Barros Melo.

JOCILDO FIGUEIREDO CORREIA NETO

Doutorado em Administração de
Empresas pela Fundação Getulio Vargas

- SP. Mestrado em Administração de Empresas pela Universidade de Fortaleza. Graduação em Ciências da Computação pela Universidade Estadual do Ceará. Professor associado I da Universidade Federal do Ceará.

LEONARDO BOCCHI COSTA

Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

LIZIANE PAIXÃO SILVA OLIVEIRA

Doutora em Direito pela Université Paul Cezanne Aix-Marseille.

LUIZ ALBERTO BLANCHET

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor do Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PPGD/PUCPR).

MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE

Pós-Doutor pela Università degli Studi di Roma II, "Tor Vergata". Doutor em Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza Sociale - Università degli Studi di Roma, "La Sapienza" , revalidado pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado. Professor Adjunto III da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal de Santa Catarina.

MARTIN RAMALHO DE FREITAS LEÃO REGO

Graduando em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Conciliador da Justiça Federal em Alagoas (JFAL).

MAURO SÉRGIO DOS SANTOS

Doutor em Direito Público, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal , título reconhecido pela Universidade de Brasília - UnB. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília - UCB. Especialista em Direito Público pelo ICAT-AEUDF. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UNICEUB. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União, Professor de Direito Administrativo.

MIRIAM OLIVIA KNOPIK FERRAZ

Mestre pela PUCPR. Especialista em Direito Constitucional pela ABDCONST. Especialista em Legal Tech: Direito, Inovação e Start Ups pela PUC Minas. Advogada. Janine Taís Homem Borba- IMED - RS

MOZART LEITE DE OLIVEIRA JÚNIOR

Especialização em Direito Ambiental Nacional e Internacional e Especialização em Direito Internacional Público e Privado e Direito da Integração pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS. Graduação em Direito. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas, UFPEL. Procurador Federal.

PABLO FRANCESCO RODRIGUES DA SILVA

Especialização em Direito Público pela Estácio de Sá FIR. Procurador Federal (PGF/AGU).

RAFAEL MARCHIORI SILVA DEMETRIO JORGE

Mestrado em Geografia pela Universidade Federal de Uberlândia, UFU. Especialização em Direito Processual pela Universidade do Estado de Minas Gerais, UEMG.

Especialização em Direito Público pela Universidade Anhanguera-UNIDERP, LFG. Docente na Universidade do Estado de Minas Gerais, campus Ituiutaba, UEMG nas disciplinas Direito Processual Civil I, Direito Processual Civil II e Estágio de Prática Forense Constitucional. Assessor de juiz Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, TJMG.Leticia Botelho Gois - AGU/RJ

REGIANE NISTLER

Mestre em Direito, Democracia e Sustentabilidade pela Faculdade Meridional (IMED/RS). Especialização em Direito de Família pela Faculdade Única, FUNIP. Especialização em Registros Públicos pela Faculdade Única, FUNIP. Especialização em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí, UNIDAVI. Conciliadora junto ao Juizado Especial Cível da Comarca de Campos Novos/SC. Oficiala Interventora junto ao Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Campos Novos/SC. Advogada.

RENATA BECKERT ISFER

Pós-Graduação em Direito Tributário pelo Centro Universitário Curitiba, UNICURITIBA. Procuradora Federal. Secretária de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis do Ministério de Minas e Energia.

REUBEN BEZERRA BARBOSA

Mestrado-profissionalizante em Administração e Controladoria pela Universidade Federal do Ceará. Especialização em Perícia Forense Aplicada à Informática pela AVM EDUCACIONAL LTDA. Graduação em Ciência da Computação pela Universidade de Fortaleza, Graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza, Gerente de

Fiscalização da Tribunal de Contas do Estado do Ceará.

ROGÉRIO PICCINO BRAGA

Pós-doutorado no Ius Gentium Conimbrigae da Universidade de Coimbra, Doutor em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru. Pós-graduado em Direito Municipal. Professor Universitário na Universidade Norte do Paraná - Unopar (Bandeirantes/PR) e na Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP/Jacarezinho. Advogado.

THAISE NARA GRAZIOTTIN COSTA

Doutora em Direito, área Direito Público e Evolução social, pela Universidade Estácio de Sá do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná- UFPR. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade de Caxias do Sul. Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Atua como advogada e mediadora judicial.

WELLINGTON DE SERPA MONTEIRO

Mestre em Direito pelo UNIPÊ - Centro Universitário de João Pessoa. Especialista em Direito Público com Capacitação para o Ensino no Magistério Superior pela Faculdade Damásio. Especialista em Direito Processual pela UNAMA - Universidade da Amazônia. Bacharel em Direito pela UFCE - Universidade Federal do Ceará. Procurador da Fazenda Nacional, lotado na Procuradoria da Fazenda Nacional no Estado da Paraíba (PFN-PB)

SUMÁRIO

EDITORIAL.....17

ARTIGO DE AUTORES CONVIDADOS

Perdigão Malheiro, um Patrono dos Procuradores da Fazenda Nacional
Perdigão Malheiro, a Founding Father of the Brazilian Government Tax Attorneys
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy
Liziane Paixão Silva Oliveira
Andalessia Lana Borges Câmara.....21

ARTIGOS

O “Nudge” da Lei Anticorrupção (12.846/13) Para a Implementação de Programas de Compliance
The “Nudge” of the Anti-Corruption Act (12,846/13) For the Implementation of Compliance Programs
Gilberto Bomfim
Luiz Alberto Blanchet.....51

Intervenção Estatal e Eficácia do Direito Fundamental à Seguridade Social: O Papel do Benefício de Prestação Continuada da Loas
State Intervention and Effectiveness of the Fundamental Right to Social Security: The Role of Loas’s Continued Service Benefit
Martin Ramalho de Freitas Leão Rego
Cariolando Guimarães de Oliveira Filho.....73

Anulação de Ato Administrativo com Efeitos Prospectivos: Diálogo Com o Princípio da Segurança Jurídica
Annulment of Administrative Act with Prospective Effects: Dialogue With the Principle of Legal Certainty
Mauro Sérgio dos Santos.....93

Flexibilização e Flexissegurança: Os Paradigmas e as Possibilidades Para a Adaptação da Legislação Trabalhista
Flexibilization and Flexicurity: The Paradigms and the Possibilities for The Adaptation of Labor Legislation
Miriam Olivia Knopik Ferraz
João Maciel de Souza Gonçalves Lopes
Marco Antônio César Villatore.....115

A Contribuição da Soft Law na Construção do Direito Ambiental Internacional: O Reconhecimento do Direito Fundamental à Água Como Exemplo para Construção de Novos Direitos <i>Soft Law's Contribution in Construction of International Environmental Law: Recognition of the Fundamental Right to Water as Example for The Construction of New Rights</i> Mozart Leite de Oliveira Júnior.....	135
Análise Luso-Brasileira da Aplicação da Arbitragem na Administração Pública: Principais Pontos de Convergência e de Divergência Entre os Ordenamentos Jurídicos <i>Luso-Brazilian Analysis of the Application of Arbitration in the Public Administration: Main Points of Convergence and Divergence Between Legal Ordinations</i> Pablo Francesco Rodrigues da Silva	159
O Direito Fundamental ao Trabalho e o Desagravo Público Como Instrumento de Tutela do Advogado no Exercício de Sua Profissão <i>The Fundamental Right to Work and The Public Redress as an Instrument of The Attorney's Guarantee in the Exercise of Its Profession</i> Rafael Marchiori Silva Demetrio Jorge Isabella Cunha Moukarzel Domingues Alessandro Gomes Enoque	179
O Estado Democrático de Direito e o Ativismo Judicial: A Transferência do Poder Executivo ao Poder Judiciário <i>The Democratic State of Law And Judicial Activism: The Transfer of Executive Power to Judicial Power</i> Regiane Nistler Thaise Nara Graziottin Costa.....	203
O Princípio da Legalidade e Sua Relevância na Era do Ativismo Judicial <i>Legality and Its Relevance in Judicial Activism Times</i> Renata Beckert Isfer.....	223
Aderência à Norma Issai 5300 da Intosai: O Caso do Tribunal de Contas do Estado do Ceará <i>Adherence to the Intosai Issai 5300 Standard: The Case of the State of Ceará's Court of Auditors</i> Reuben Bezerra Barbosa Érico Veras Marques Jocildo Figueiredo Correia Neto.....	243

Prisões Brasileiras Sob a Ótica dos Atos Normativos Internacionais: O Depositário Infiel e o Infrator do Isolamento Social em Tempos de Pandemia <i>Brazilian Prisons from the Pointe of View of International Normative Acts: The Infidelial Depositary and the Infractor of Social Isolation in Pandemic Time</i> Rogério Piccino Braga Leonardo Bocchi Costa	267
Carga Tributária e Empreendedorismo no Brasil: Aspectos de Sua Influência no Mercado Interno e no Desenvolvimento Sustentável Nacional <i>Tax Burden and Entrepreneurship in Brazil: Aspects of its Influence in The Internal Market and in National Sustainable Development</i> Wellington de Serpa Monteiro.....	293

EDITORIAL

Prezado leitor,

É com enorme satisfação que a Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal anuncia o lançamento de nova edição da Revista da AGU, referente ao 2º trimestre do ano de 2021.

O presente número é inaugurado por artigo elaborado, a convite da Comissão Editorial da Revista, pelos celebrados juristas Arnaldo Godoy, Liziane Oliveira e Andalessia Câmara, que empreendem resgate histórico de inegável importância para a Advocacia Pública. Ao revisitarem a obra de Perdigão Malheiro, considerado como um dos fundadores do direito tributário brasileiro e patrono da Procuradoria da Fazenda Nacional, os autores identificaram aspectos relevantes do funcionamento das instituições fiscais, dos atores do sistema judicial e dos tributos do século XIX, os quais influenciam os arranjos institucionais brasileiros até os dias de hoje.

Os demais artigos, recebidos pelo sistema de submissão contínua e aprovados pelo processo de “avaliação cega por pares”, também abordam temas atuais e de relevo para o Direito Público e a Advocacia Pública.

Gilberto Bomfim e Luiz Alberto Blanchet argumentam, com base no modelo teórico da economia comportamental, que a Lei n. 12.846/2013 (“Lei Anticorrupção”) estimulou, por meio de incentivos compreendidos como nudges, a adoção de medidas de combate à corrupção pelas empresas privadas, especialmente no sentido da criação de programas de compliance.

Martin Rego e Cariolando de Oliveira Filho debatem sobre a importância da Lei Orgânica da Assistência Social e, sobretudo, do benefício assistencial como instrumentos de concretização do princípio da dignidade humana. De acordo com os autores, as dificuldades de acesso ao benefício mencionado, sua suscetibilidade à fraude, bem como sua dissociação em relação a outros programas de igual natureza são fatores que restringem a efetiva contribuição proporcionada pelo instituto em exame à eficácia do direito à seguridade social.

Mauro Sérgio dos Santos aborda a temática da anulação de ato administrativo com efeitos prospectivos. Em seu entendimento, a autoridade administrativa pode, de forma fundamentada, declarar que os efeitos da

anulação de ato administrativo ocorrerão a partir do próprio ato de anulação ou, ainda, de outra data futura, com fundamento no interesse público e nos princípios informadores da atividade administrativa, em especial o princípio da segurança jurídica.

Em estudo multidisciplinar, Miriam Ferraz, João Maciel Lopes e Marco Antônio Villatore sustentam a possibilidade de aperfeiçoamento da legislação trabalhista a partir das perspectivas sociais da flexibilização e da flexissegurança. Nessa linha, propõem a construção de um modelo realmente flexível e protetor, que seja capaz de flexibilizar as estruturas jurídico-laborais e, ao mesmo tempo, reforçar a segurança social e no emprego do trabalhador.

Mozart de Oliveira Júnior salienta a importância das normas de soft law para o reconhecimento do direito a água como um direito fundamental, não obstante tais normas sejam compreendidas, do ponto de vista do Direito Internacional clássico, como destituídas do atributo da obrigatoriedade para os Estados.

Pablo Rodrigues da Silva empreende análise comparativa sobre o uso da arbitragem pelo Poder Público no Brasil e em Portugal, o que lhe permite apontar pontos de convergência e de divergência, bem como as trajetórias que cada país vem percorrendo quanto à sua aplicação no âmbito da Administração Pública.

O trabalho de Rafael Jorge, Isabella Domingues e Alessandro Enoque tem por objeto o instituto do desagravo público, previsto no artigo 7º, inciso XVII, da Lei n. 8.906/1994 como instrumento de tutela do advogado diante de ofensas sofridas no exercício de sua profissão. Os autores buscam identificar as características do instituto mencionado, correlacionando-o com o direito fundamental social ao trabalho.

Regiane Nistler e Thaise Costa examinam o fenômeno do ativismo judicial, com o objetivo de apreender seu desenvolvimento histórico, seu conceito e as situações em que se verifica seu exercício. À guisa de conclusão, afirmam sua incompatibilidade com os princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito.

O ativismo judicial também é objeto do artigo elaborado por Renata Isfer, que o avalia à luz do princípio da legalidade. A autora convida o Poder Judiciário a refletir sobre as decisões tomadas em desconformidade com as

normas aprovadas pelo Poder Legislativo e com as escolhas discricionárias e técnicas realizadas pelo Executivo, sem desconsiderar a possibilidade de que o ativismo sirva, por vezes, para salvaguardar direitos constitucionais.

Reuben Barbosa, Érico Marques e Jocildo Correia Neto apresentam os resultados de pesquisa qualitativa a respeito da aderência da atividade de fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas do Estado do Ceará à norma ISSAI 5300, desenvolvida pela Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores com o objetivo de estabelecer uma referência global sobre os fundamentos da auditoria de tecnologia da informação (TI). Trata-se de estudo de caso único, cujos dados foram coletados por meio da aplicação de entrevistas junto a analistas e auditores de TI da referida Corte de Contas e, posteriormente, submetidos a análise de conteúdo.

Com ênfase nas hipóteses normativas de prisão do depositário infiel e do infrator do isolamento social em tempos de pandemia, Rogério Braga e Leonardo Costa formulam crítica a respeito da adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, da teoria do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos, que lhes confere posições distintas na hierarquia normativa em razão do rito utilizado em sua internalização ao ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, utilizando como marco teórico o pensamento do economista Amartya Sen, Wellington Monteiro analisa, por meio de revisão bibliográfica, os papéis desempenhados pela carga tributária e pelo empreendedorismo como importantes vetores a influenciar o desenvolvimento sustentável preconizado pela Constituição da República de 1988.

A Escola da AGU agradece a todos os envolvidos no processo editorial do periódico e convida o leitor a apreciar os trabalhos científicos ora publicados, propondo a leitura da Revista da AGU eletrônica, disponível em: <http://seer.agu.gov.br>.

Boa leitura!

Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio

Responsável pelo Núcleo de Pós-Graduação e Pesquisa na Escola da Advocacia-Geral da União

RECEBIDO EM: 18/02/2021

APROVADO EM: 19/02/2021

PERDIGÃO MALHEIRO, UM PATRONO DOS PROCURADORES DA FAZENDA NACIONAL

PERDIGÃO MALHEIRO, A FOUNDING FATHER OF THE BRAZILIAN GOVERNMENT TAX ATTORNEYS

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy¹

Liziane Paixão Silva Oliveira²

Andalessia Lana Borges Câmara³

- 1 Procurador da Fazenda Nacional. Pós-doutor em Direito Comparado pela Universidade de Boston, em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUC-RS, em Literatura no Departamento de Teoria Literária da Universidade de Brasília-UnB e em História do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília-UnB. Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC-SP. Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP.
- 2 Doutora em Direito pela Université Paul Cezanne Aix-Marseille. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (2006). Professora Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB, Professora do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes. Professora Titular dos Cursos de Graduação em Direito da Universidade Tiradentes e do UniCEUB.
- 3 Procuradora da Fazenda Nacional. Mestranda em Direito pelo CEUB, Brasília.

SUMÁRIO: Introdução e contornos da pesquisa; 1. O Manual dos Feitos do Procurador da Fazenda e seu Suplemento, plano e estrutura; 2. O Procurador da Fazenda no Império, competências e roteiro de atuação; 3. O Juízo dos Feitos da Fazenda e os atores nos processos de interesse do Fisco; 4. O processo de execução fiscal e seus incidentes; 5. A Fazenda Pública e os processos de desapropriação; 6. Demais competências do Procurador da Fazenda; 7. Uma síntese do modelo tributário em meados do século XIX; 8. A classificação dos bens públicos; 9. Conclusão: o legado de Perdígão Malheiro; Referências.

RESUMO: O ensaio explora o papel de Perdígão Malheiro, jurista brasileiro do século XIX, na descrição dos arranjos institucionais brasileiros da época. Apresenta-se um panorama do modelo tributário brasileiro da era imperial, inclusive quanto a seus aspectos procedimentais. O ensaio demonstra indícios de muitos dos arranjos fiscais contemporâneos nas lições de Perdígão Malheiro, a exemplo de problemas ligados ao combate ao nepotismo, à defesa da transação tributária, à questão das multas e da atuação de advogado público. Argumenta-se que o direito tributário brasileiro contemporâneo, especialmente em seus aspectos procedimentais, não é muito distinto do modelo que se conheceu no século XIX. Tem-se, basicamente, uma transposição do modelo português, quanto a suas características de funcionamento.

PALAVRAS-CHAVE: Perdígão Malheiro. Tributação. Aspectos Históricos. Execução Fiscal. A Tributação Brasileira no Século XIX.

ABSTRACT: The paper explores the role of Perdígão Malheiro, a Brazilian XIX th century jurist, as for a portrayal related to the tax institutional arrangements of the time. The paper describes his main books, presenting its outlook, including its procedure features. The paper also reveals clues that confirms that many a contemporary tax procedure difficulty were already astounding in the XIX century. This assumption applies to problems related to nepotism, to the defense of tax agreements, to tax fines, as well as the role of the government's tax lawyers. The paper argues that the contemporary Brazilian tax law, especially in its procedural aspects, is not quite different of a general pattern applied do the XIX century. As for Brazilian tax actual operation, the paper argues and confirms that there was a mere transposition of the Portuguese model to its Brazilian counterpart.

KEYWORDS: Perdígão Malheiro. Taxation. Historical Aspects. Tax Enforcement. Brazilian Tax System in the XIX th Century.

INTRODUÇÃO E CONTORNOS DA PESQUISA

Agostinho Marques Perdigão Malheiro (1824-1881) foi um dos mais importantes juristas brasileiros do século XIX. Escritor e operoso advogado (DUTRA, 1992), estudou no Colégio D. Pedro II, no Rio de Janeiro, onde bacharelou-se em Letras, e depois no Largo de São Francisco, em São Paulo. Recebeu o título de doutor, em 1849. Foi bibliotecário da Faculdade. Começou a advogar em 1850, em São Paulo, e em seguida no Rio de Janeiro, sede da Corte. Foi deputado de 1869 a 1872. Atuou como curador de africanos livres. Foi Procurador da Fazenda, advogado no Conselho de Estado, membro do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro e do Instituto dos Advogados do Brasil. Perdigão Malheiro foi um ferrenho abolicionista.

Polígrafo, escreveu sobre História do Brasil (Índice cronológico dos fatos notáveis desde seu descobrimento até 1849), sobre Direito Privado (Sucessão dos filhos naturais, Reforma hipotecária e sociedade de crédito rural), sobre Direito Penal (O Código Criminal e vários decretos anotados), entre outros assuntos. Seu pai fora ministro do Supremo Tribunal de Justiça, que, no Império, equivaleria ao contemporâneo Supremo Tribunal Federal. Perdigão Malheiro notabilizou-se como um dos mais expressivos juristas brasileiros da era imperial.

Deixou-nos um livro sobre a escravidão, que talvez seja o mais completo estudo sobre essa terrível instituição brasileira, de triste memória (MALHEIRO, 1976). Nesse texto, explicou a posição do escravo em face das leis positivas, historiou a origem da escravidão, as obrigações, o escravo em juízo, as formas de extinção do cativo, a alforria. Estudou, separadamente, a escravidão dos índios e a dos africanos. Trata-se de fonte essencial para estudo da escravidão no Brasil.

Deixou-nos também dois manuais práticos para uso de Procuradores da Fazenda, que consistem no mais acabado esboço sobre o direito tributário, especialmente em sua parte processual (MALHEIRO, [1870], 1873). Por esse estudo, Perdigão Malheiro faz jus ao título de um dos pais fundadores do direito tributário brasileiro, bem como, especialmente, ocupa posição destacada como um dos patronos da Procuradoria da Fazenda Nacional.

Justifica-se a pesquisa, do ponto de vista metodológico, na necessidade que há de que conheçamos as fontes e bases dos arranjos institucionais

4 Dados biográficos colhidos em BLAKE, 1883.

com os quais contamos presentemente. Em um tempo em que discutimos reformas (tributária, processual, institucional) é importante que conheçamos os fundamentos estruturais do que somos do ponto de vista organizacional, especialmente no importantíssimo campo da tributação, que faz parte da ossatura das políticas públicas. É o tema do presente ensaio.

1. O MANUAL DOS FEITOS DO PROCURADOR DA FAZENDA E SEU SUPLEMENTO, PLANO E ESTRUTURA

Perdigão Malheiro, compôs dois livros relativos à atuação dos Procuradores da Fazenda Nacional. Identificados doravante nas notas de rodapé como *Manual* e *Suplemento*, esses dois livros, hoje raríssimos, sintetizam os pontos centrais do modelo tributário brasileiro em meados do século XIX. O *Manual* contém três temas centrais: síntese dos tributos então cobrados, descrição das formas como matérias fiscais eram discutidas em juízo, bem como uma taxinomia dos bens públicos, ainda que não necessariamente nessa ordem. O *Manual* apresenta um panorama de três disciplinas, nomeadamente: o direito tributário, o direito processual tributário e o direito administrativo.

O *Manual* inicia (Título I) com informações gerais sobre o cargo e a função do Procurador da Fazenda. Identifica fórmulas de nomeação, de substituição, vencimentos, deveres, atribuições e encargos. Em seguida (Título II) Perdigão Malheiro trata da atuação processual do Procurador. Descreve o Juízo dos Feitos, identificando os protagonistas, designadamente, o juiz, o escrivão, os oficiais de justiça, o solicitador e o porteiro. Explica a execução fiscal, seus incidentes, os embargos do executado, os embargos de terceiro, o concurso de credores, o sequestro, a adjudicação. Nesse mesmo título cuida da desapropriação, por necessidade ou por utilidade pública.

No próximo passo, aponta várias outras competências de atuação em juízo do Procurador da Fazenda. Trata da habilitação de herdeiros para recebimento de soldos, da justificação de nacionalidade de proprietário de embarcação brasileira, da justificação de nobreza para concessão de brasão de armas, da arrematação de objetos de ouro, prata ou joias depositadas em cofres públicos.

No Título III cuida da atuação do Procurador nos casos de heranças jacentes, bens de ausentes, bens vagos, inventários, testamentos. O Título IV é a seção que mais revela matéria de direito tributário. A propósito de orientar o Procurador como se manifestar em vários casos, Perdigão Malheiro explica as características gerais das várias exações então cobradas,

a exemplo do selo (proporcional e fixo), da dízima da chancelaria, das sisas (de bens de raiz, das embarcações, dos escravos), da décima urbana, dos impostos sobre lojas, casas de negócio, entre outros.

No próximo passo (Título V) explicitou os vários atos em que poderia ou deveria intervir o Procurador da Fazenda, tratando do conflito de jurisdições, da advocatória, da suspeição, do contrabando, das multas criminais e administrativas e das prisões, também administrativas. No Título VI comenta sentenças, precatórias, títulos e documentos vindos do estrangeiro. Nessa matéria, processual, vigia à época o Livro III das Ordenações Filipinas, bem como o Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850. Esse último, ainda que baixado para tratar de matéria comercial, era aplicado subsidiariamente em outras discussões, inclusive no âmbito tributário e administrativo.

Em longo apêndice, de cerca de 600 páginas, reproduziu, na íntegra, excertos da Constituição de 1824, das Ordenações, Decretos, Provimentos, Avisos, Regimentos e Portarias. O leitor contemporâneo pode constatar um pormenorizado roteiro normativo do século XIX. Chama a atenção o extenso nível de minudência e de casuística, revelando um modelo tributário que alcançava a vida econômica da época, em toda sua extensão. Nada escapava à tributação.

No *Suplemento*, agregou informações ao *Manual*, seguindo o roteiro deste último. Acrescentou legislação e aditou decisões administrativas. A leitura do *Manual* e do *Suplemento* permite uma síntese bem elaborada do direito tributário, processual tributário e administrativo em meados de século XIX. À época, certamente, eram livros de consulta permanente. Hoje, contam, ao contrário do que deveriam, com importantíssimo valor histórico.

No presente ensaio, como segue, com base nesses dois livros de Perdígão Malheiro, o esforço concentra-se em resumir seus principais pontos, argumentando-se que o jurista aqui estudado é um dos pais fundadores do direito tributário brasileiro.

2. O PROCURADOR DA FAZENDA NO IMPÉRIO, COMPETÊNCIAS E ROTEIRO DE ATUAÇÃO

Perdígão Malheiro inicia seu *Manual do Procurador dos Feitos da Fazenda Nacional* afirmando que “o Procurador dos Feitos é o Advogado e representante da Fazenda Nacional nos juízos de 1ª Instância” (MALHEIRO, 1873, p. 1). Na Corte, atuaria o Procurador da Fazenda na Província do

Rio de Janeiro, nas capitais das Províncias, serviriam os Procuradores de 1ª Instância, os Procuradores Fiscais das Tesouraria e seus ajudantes. Nos outros lugares, quem fosse designado, com preferência nos Coletores (MALHEIRO, 1873).

No Rio de Janeiro, os Procuradores da Fazenda receberiam ordenado, além de porcentagens ou comissões nos juízos dos feitos, nos juízos de defuntos e ausentes, bem como nos demais juízos (MALHEIRO, 1873). Não tinham direito aos emolumentos da Fazenda ou das partes. Receberiam, no entanto, *diárias de caminho e estada*, quando em serviço, fora da residência do juízo onde estivessem lotados (MALHEIRO, 1873). Ainda, aos Procuradores, eram arbitradas porcentagens e comissões, como retribuição por diligências a bem da Fazenda (MALHEIRO, 1873).

O Procurador da Fazenda era impedido de ocupar o cargo de Procurador da Fazenda Provincial, de Delegado, de Subdelegado, de qualquer emprego de julgador, de Juiz de Paz e de Promotor Público (MALHEIRO, 1873). No entanto, não estava impedido de atuar como Curador-Geral dos Órfãos e de exercer a advocacia, exceto nas causas nas quais a Fazenda fosse parte ou diretamente interessada (MALHEIRO, 1873).

Não podiam ser procuradores de partes em negócios que, direta ou indiretamente, ativa ou passivamente, dissessem respeito à Fazenda Nacional e, se fossem advogados, deveriam evitar o patrocínio de causas ou questões dessa natureza (MALHEIRO, [1870]). Deveria o Procurador, segundo Perdigão Malheiro, proceder “*no desempenho do seu cargo com toda a civilidade, decência, boa-fé e discricção próprias de um perfeito Advogado*” (MALHEIRO, 1873, p. 7). Dois irmãos não poderiam ser, na mesma causa, um juiz e o outro Procurador (MALHEIRO, [1870]).

O Procurador não poderia propor ação ou intentar oposição, por parte da Fazenda, sem ordem do Tesouro, salvo perigo de mora, quando necessitaria comunicar imediatamente a medida tomada (MALHEIRO, 1873). Uma vez demandado, o Procurador deveria avisar ao Tesouro, pedindo informações, para a boa defesa da Fazenda (MALHEIRO, 1873). Estava proibido de conciliar (MALHEIRO, 1873). Não poderia submeter as causas das Fazendas a árbitros, exceto quando autorizado pela lei ou por ordem superior (MALHEIRO, 1873).

O Tesouro Nacional, que deveria ser avisado, na hipótese acima descrita, fora criado por uma lei regencial, datada de 4 de outubro de 1831. Essa lei organizava o Tesouro Público Nacional e as Tesouraria

das Províncias. Disponha-se que haveria na Capital do Império um Tribunal denominado Tesouro Público Nacional, o qual era composto de um Presidente, um Inspetor Geral, um Contador Geral e um Procurador Fiscal. Recebiam o título do Conselheiro, e eram nomeados pelo Imperador. O Tribunal reunia-se três vezes por semana, e contava com anexos de Secretaria, uma Contadoria de Revisão, uma Tesouraria Geral e um Cartório. O Presidente apresentava voto deliberativo, e todos os outros membros do Tribunal o consultivo; ficando responsáveis por seus votos, que forem opostos às Leis, ou contra os interesses da Fazenda Pública, se fossem manifestamente dolosos. Perdígão Malheiro conhecia o funcionamento desse órgão fazendário.

Ao Procurador era também vedado confessar, desistir ou fazer composição nos processos de interesse da Fazenda (MALHEIRO, 1873). O Procurador deveria ter todo cuidado para que não se retardassem os processos nos quais atuasse; deveria zelar também para que não ocorressem erros ou nulidades em prejuízo da Fazenda ou das partes (MALHEIRO, 1873). Era obrigado a assistir vistorias, exames e diligências de que fosse parte a Fazenda, requerendo o que conviesse (MALHEIRO, 1873). Não poderia comprar ou arrematar bens penhorados pela Fazenda, e também era proibido de receber dos devedores e executados a importância das dívidas (MALHEIRO, 1873).

Prossegue Perdígão Malheiro, observando que o Procurador deveria comunicar ao Tesouro as sentenças proferidas a favor ou contra a Fazenda, devendo também comunicar a interposição e remessa de apelações (MALHEIRO, 1873). Incumbiria ao Procurador acompanhar e examinar a contagem das custas (MALHEIRO, 1873). Tinha competência para fiscalizar, nas execuções da Fazenda, o pagamento dos selos, da dízima da Chancelaria e de todas as custas devidas (MALHEIRO, 1873). Deveria prestar contas, mensalmente, do dinheiro dispendido nas causas da Fazenda (MALHEIRO, 1873).

A atividade era rigidamente controlada. O Procurador deveria lançar em livro de protocolo todos os termos das execuções da Fazenda, bem como remeter semestralmente ao Tesouro um mapa, identificando o estado das execuções pendentes (MALHEIRO, 1873). O Procurador era responsável, em face da Fazenda, pelos prejuízos que pudesse causar (MALHEIRO, 1873). Estava dispensado de prestar fianças ou de pagar custas (MALHEIRO, 1873). Também estava dispensado de juntar comprovação de sua nomeação, justamente porque se julgava conhecida (MALHEIRO, 1873). Não era necessário que se fizesse o reconhecimento

de sua assinatura, nos atos que interviesse (MALHEIRO, 1873). Quando imperativo, deveria requerer a restituição integral de bens da Fazenda (MALHEIRO, 1873).

Perdigão Malheiro elencou as atribuições e encargos do Procurador dos Feitos da Fazenda Nacional. Ao Procurador competia delegar, com permissão de autoridade superior, para pessoas idôneas, poderes necessários para diligências a bem da Fazenda, em diferentes Comarcas e Províncias (MALHEIRO, 1873). Daria instruções a solicitadores sobre andamento de processos em que intervieriam, velando para que cumprissem seu dever (MALHEIRO, 1873). Deveria comunicar diretamente ao Procurador da Coroa, a quem estava subordinado, informando e enviando documentos sobre processos que corressem em segunda instância (MALHEIRO, 1873). Também se corresponderia com autoridades, com vistas a ter notícia de falecidos, cujas heranças estivessem sujeitas ao pagamento de taxas, que deveria arrecadar (MALHEIRO, 1873).

O Procurador tinha competência para examinar em cartórios os processos e livros de distribuição, nos quais houvesse interesse da Fazenda Nacional (MALHEIRO, 1873). Tinha prerrogativa para requerer de qualquer cartório documentos e certidões necessários à defesa da Fazenda, papéis que seriam encaminhados sem o recolhimento de custas (MALHEIRO, 1873). Perdigão Malheiro também informava que os Procuradores invocariam a suspeição entre juízes e escrivães (MALHEIRO, 1873).

Havia competência para requerer advocatória para as causas que a Fazenda fosse parte, que se estivessem processando indevidamente em outros juízos (MALHEIRO, 1873). Apelaria nos processos, mesmo entre particulares, em que a Fazenda fosse interessada, quando entendesse conveniente (MALHEIRO, 1873). O Procurador da Fazenda era o último que oficiava, depois das partes (MALHEIRO, 1873). O conjunto de competências era bem alargado. O Procurador poderia lançar e cobrar multas em certos casos (MALHEIRO, 1873).

3. O JUÍZO DOS FEITOS DA FAZENDA E OS ATORES NOS PROCESSOS DE INTERESSE DO FISCO

Nos processos de interesse da Fazenda Nacional haveria um magistrado privativo para processar as causas em primeira instância (MALHEIRO, 1873). Na Corte e na Província do Rio de Janeiro seria magistrado o Juiz do Cível da Capital (MALHEIRO, 1873). Teria o mesmo ordenado do Juiz do Cível, além de porcentagem ou comissão, bem como

emolumentos das partes (MALHEIRO, 1873). A jurisdição era privativa e improrrogável (MALHEIRO, 1873).

Poderia o juiz avocar todas as causas de sua competência, que estivessem processando em outros juízos (MALHEIRO, 1873). Deveria apelar *ex-officio* das sentenças que proferisse contra a Fazenda (MALHEIRO, 1873). Esse magistrado também julgava processos de desapropriação por necessidade e utilidade pública, atuando ainda na mediação e questões de terrenos de marinha pertencentes ao Estado (MALHEIRO, 1873). O Juiz dos Feitos que saísse em diligência não deixaria o cargo por ter jurisdição em todo o território respectivo (MALHEIRO, [1870]).

Perdigão Malheiro tratou também do escrivão. Em cada um dos juízos dos feitos da Fazenda haveria um escrivão nomeado pelo governo; onde o expediente fosse pequeno serviria o escrivão do cível, ou quem o governo designasse (MALHEIRO, 1873). Nesse mesmo juízo dos feitos haveria dois oficiais de justiça, nomeados pelo juiz (MALHEIRO, 1873). Aos oficiais era vedado o recebimento de qualquer quantia a título de depósito, de receber dos devedores a quantia devida à Fazenda ou de arrematar, para si, ou por interposta pessoa, bens no juízo no qual exercessem suas funções (MALHEIRO, 1873).

Em seu *Manual* Perdigão Malheiro também explica a figura do *solicitador*. Haveria em cada juízo um ou mais solicitadores, nomeados pelo governo (MALHEIRO, 1873). Recebiam o equivalente à metade do ordenado do Procurador dos Feitos (MALHEIRO, 1873). O cargo era incompatível com o cargo de Solicitador da Fazenda Provincial (MALHEIRO, 1873). Também não poderia acumular o cargo com o de Coletor ou de Secretário da Câmara (MALHEIRO, 1873). De igual modo, era vedado que ocupasse os cargos de Promotor Público, de Contador e de Distribuidor (MALHEIRO, [1870]).

O solicitador atuava como auxiliar do procurador. Competia-lhe requerer em audiência tudo quanto fosse de interesse da Fazenda, acusar, notificar, postular diligências, em todas as causas (MALHEIRO, 1873). O solicitador deveria conservar-se de pé na audiência, enquanto o juiz a estivesse presidindo (MALHEIRO, 1873). Solicitadores estavam proibidos de aceitar depósitos, de receber dos devedores da Fazenda a importância das dívidas, bem como de comprar, para si ou por interposta pessoa, bens, em cuja arrematação interviesse, ou de processo nos quais exercessem seus cargos (MALHEIRO, 1873). Perdigão Malheiro lembrou que não poderia servir no mesmo juízo do procurador o filho do solicitador respectivo (MALHEIRO, [1870]).

Minucioso, descreveu em seção própria o papel dos porteiros; o porteiro do juízo dos feitos da Fazenda seria o porteiro do foro comum (MALHEIRO, 1873). Apregoariam a abertura e o encerramento das audiências, as citações e outros atos, passariam certidões dos pregões, os editais de praça e de citação, e também apregoariam os bens nas arrematações (MALHEIRO, 1873). A exemplo dos solicitadores, deveriam se conservar em pé durante as audiências (MALHEIRO, 1873).

4. O PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL E SEUS INCIDENTES

Na continuidade, explicou com pormenor o processo de execução fiscal, então denominado de *executivo para cobrança* (MALHEIRO, 1873). Atualmente, o modelo brasileiro de cobrança judicial de créditos tributários é regulado pela Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, que *dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências*. O texto vigente substituiu o Decreto-Lei nº 960, de 17 de novembro de 1938⁵, que por sua vez emendou o Decreto nº 10.902, de 29 de maio de 1914⁶, que ainda substancializava excertos do Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850. Com vistas a alcançar os modelos mais antigos deve-se estudar aos títulos IX, X, XII e XIII, do Livro Primeiro, das Ordenações Filipinas⁷, que Perdígão Malheiro ajustou à casuística de sua época.

Nesse sentido, inicia observando que “*compete este executivo à Fazenda Pública para cobrança de dívidas do Estado provenientes de tributos, impostos, contribuições lançadas, multas*” (MALHEIRO, 1873, p. 45). As execuções eram propostas contra o devedor, seu fiador, herdeiro, contra qualquer possuidor dos bens obrigados ao Fisco, contra o devedor do devedor, se a dívida tivesse origem fiscal, e também contra o sucessor no negócio pela dívida do antecessor (MALHEIRO, 1873). A denúncia voluntária do devedor de impostos isentaria o contribuinte de multas e penas (MALHEIRO, [1870]).

5 Por exemplo, o art. 59 do referido decreto-lei dispunha que a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda não poderia ser submetida a juízo arbitral. Esta regra firmava a natureza do modelo, típico do Estado Novo, marcado pela hipertrofia do Estado.

6 O referido Decreto reorganizava a Procuradoria da República no Distrito Federal. Cuida da execução fiscal (arts. 72 e ss.), que nominava de executivo fiscal. O art. 133 dispunha que os Procuradores da República (que então conduziam as execuções fiscais de créditos federais) poderiam promover ex-offício processos que confirmassem a insolvibilidade de dívidas da União, reconhecendo-as como falidas e insolúveis, ou por se acharem os devedores em estado manifesto de insolvibilidade, ou por terem falecido sem deixar bens, ou haverem se ausentado para lugares não sabidos.

7 Os aludidos títulos dispõem sobre os Juízes dos Feitos da Coroa e da Fazenda, bem como sobre seus respectivos representantes legais.

Com a certidão da dívida completamente liquidada (isto é, devidamente lançada em registro próprio), o Procurador deveria requerer mandado executivo ao juiz competente, para que o devedor pagasse a dívida em 24 horas, sob pena de penhora (MALHEIRO, 1873). Se não pagasse o valor expresso na certidão de dívida, a penhora cairia sobre quantos bens bastassem para integral pagamento do pedido, bem como das custas, até o final do processo (MALHEIRO, 1873). Uma vez feita a penhora, e depositados os bens, marcava-se audiência e dava-se ao executado dez dias para apresentar defesa (MALHEIRO, 1873). Onde não houvesse cofre de depósito público, as joias, moedas e outros valores seriam recolhidos em poder de depositários públicos ou particulares (MALHEIRO, [1870]).

Se o devedor não comparecesse em audiência julgava-se por sentença a penhora, condenando-se o réu (MALHEIRO, 1873). Por outro lado, se o devedor comparecesse, e sua defesa não fosse procedente, sucedia sua condenação (MALHEIRO, 1873). Depois da sentença era permitido ao devedor embarga-la (MALHEIRO, 1873). Caso o juiz decidisse contra a Fazenda, deveria apelar de ofício (MALHEIRO, 1873).

Prossegue Perdigão Malheiro, informando que, com a sentença, o devedor era intimado a pagar em 24 horas, e prosseguir até o final a execução (MALHEIRO, 1873). Se a penhora fosse feita em dinheiro, não havendo credores que se tivessem habilitado a disputar o valor depositado, o Procurador deveria requerer o levantamento em favor da Fazenda (MALHEIRO, 1873). Na hipótese de a penhora ter sido realizada em bens, seguiria a avaliação, depois da qual se faria a arrematação ou a adjudicação (MALHEIRO, 1873). Os bens móveis e semoventes seriam apregoados e vendidos em três dias, os bens de raiz, em nove dias (MALHEIRO, 1873).

Se não houvesse interessados, os bens seriam adjudicados pela Fazenda (MALHEIRO, 1873). No entanto, feita a adjudicação, o executado seria intimado para remir, se quisesse, no prazo de oito dias improrrogáveis. Se não o fizesse, os bens seriam de novo levados a praça, depois de apregoados, sobre o valor da adjudicação (MALHEIRO, 1873). Na hipótese de inexistência de lançador, os bens seriam definitivamente adjudicados (MALHEIRO, 1873).

Perdigão Malheiro em seguida cuidou dos vários incidentes que poderiam ocorrer na execução da sentença. O executado poderia opor-se na execução com embargos modificativos ou infringentes do julgado, assim como ao modo de execução (MALHEIRO, 1873). Previa-se também embargos de terceiro. Tratava-se de interesse de terceiro senhor ou

possuidor de bens penhorados, que deveria se apresentar com os embargos os títulos que justificassem seu domínio (MALHEIRO, 1873). O embargante tinha a prerrogativa de exhibir, em até dez dias, improrrogáveis, os outros títulos que tivesse a seu favor (MALHEIRO, 1873).

Depois de ouvido o Procurador dos Feitos, o Juiz deveria proferir sua sentença (MALHEIRO, 1873). Perdigão Malheiro reconhecia que credores poderiam concorrer com a Fazenda. Prefeririam aos créditos da Fazenda o credor de hipoteca especial anterior; o credor de benfeitorias; a mulher, pelo seu dote; o credor, quando a dívida proviesse de dízima de chancelaria; o credor por sentença obtida anteriormente à obrigação da Fazenda (MALHEIRO, 1873). Quanto às apelações, seriam recebidas apenas em efeito devolutivo, sendo a sentença a favor da Fazenda (MALHEIRO, 1873).

Falecendo o executado devedor, prosseguiria a execução contra qualquer herdeiro ou viúvo que estivesse na posse dos bens, ainda que a partilha se tivesse feito, independentemente de habilitação (MALHEIRO, 1873). Caso o devedor falisse, a execução prosseguiria contra curador fiscal e administradores (MALHEIRO, 1873). Se devedores obtivessem moratória ou parcelamento, não se suspenderia a execução, exceto por ordem do Tesouro (MALHEIRO, 1873). Contra os falidos podia-se ajuizar execução fiscal da dívida ativa ante o juiz da falência, em forma administrativa (MALHEIRO, [1870]). O sistema de responsabilização é, de algum modo, exatamente idêntico ao modelo contemporâneo.

Perdigão Malheiro registrava também que o executado que dolosamente retardasse a execução, ou ocultasse e sonegasse bens à penhora, fraudulentamente, estaria sujeito à prisão (MALHEIRO, 1873). À época havia prisão civil por dívidas, inclusive por dívidas para com o Estado. Procedimentalmente, as férias não suspenderiam, nem obstaculizariam as penhoras, sequestros, depósitos ou outros atos que, com a demora, ficariam prejudicados (MALHEIRO, 1873). Quanto à prescrição, observou que a dívida ativa da Nação, como então se chamava a dívida ativa do governo central, ajuizada antes de 1º de janeiro de 1843, não prescreveria, ainda que se tivesse passado o prazo de 40 anos sem se falar no feito (MALHEIRO, 1873). Se as dívidas fossem insolúveis, se faria a respectiva justificação e eliminação (MALHEIRO, 1873). O prazo prescricional, assim, era de 40 anos.

À penhora forçada denominava-se de sequestro. Perdigão Malheiro explicava que esse procedimento se aplicava na cobrança das dívidas ao Estado (MALHEIRO, 1873). Uma vez feito o sequestro, intimava-se o réu para comparecer em audiência de defesa, em dez dias (MALHEIRO, 1873).

Perdigão Malheiro observava que se tratava de ato sumário e violento, de que não se poderia abusar, denominado de sequestro para segurança (MALHEIRO, 1873).

5. A FAZENDA PÚBLICA E OS PROCESSOS DE DESAPROPRIAÇÃO

Perdigão Malheiro também redigiu seção na qual tratou a desapropriação por necessidade pública. Registrava que se tratava de exceção ao direito de propriedade, como previsto no art. 179 da Constituição do Império, que previa os casos de necessidade ou utilidade (MALHEIRO, 1873). A necessidade era justificada pela defesa do Estado, segurança pública, socorro público em tempo de fome ou outra extraordinária calamidade, e ainda por razão de salubridade pública (MALHEIRO, 1873). Nesses casos, a desapropriação seria precedida de requerimento do Procurador da Fazenda, com audiência da Parte, perante o Juiz dos Feitos do domicílio do proprietário (MALHEIRO, 1873).

Uma vez decretada por sentença, procedia-se a avaliação da propriedade, por árbitro nomeado “*a aprazimento das Partes e do Procurador da Fazenda*” (MALHEIRO, 1873, p. 79). Em seguida, pago, ou depositado o valor, se a Parte se recusasse a recebe-lo, seria a desapropriação decretada finda, com a consequente imissão na posse (MALHEIRO, 1873). Em caso de perigo iminente não se levaria em conta o conjunto das formalidades procedimentais; teria lugar a imediata desapropriação, desde que avaliada a propriedade, indenizado o dono ou depositado o valor, “*reservados os direitos para tempo oportuno*” (MALHEIRO, 1873, p. 79). Sobre a desapropriação não incidiam tributos, a exemplo da sisa, do selo e da dízima (MALHEIRO, 1873). Esses tributos serão explicitados mais à frente.

No caso de desapropriação por utilidade pública, havia número fechado de possibilidades. Especificamente, construção de edifícios e estabelecimentos públicos de qualquer natureza; fundação de povoados, hospitais, casas de caridade e instrução; aberturas, alargamentos ou prolongamentos de estradas, ruas, praças e canais; construção de pontes, fontes, aquedutos, portos, diques, cais, pastagens; construções ou obras destinadas à decoração ou salubridade pública (MALHEIRO, 1873). Nessa modalidade, havia necessidade de lei ou de decreto imperial (MALHEIRO, 1873).

Haveria um júri, reunido em sessão pública sob presidência do Juiz, que julgaria o valor e os incidentes da indenização (MALHEIRO, 1873). As indenizações não poderiam, em caso algum, ser inferiores às ofertas dos agentes do Governo, nem superiores às exigências das partes

(MALHEIRO, 1873). Assinada a decisão do júri, o seu Presidente entregaria ao Juiz, que a julgaria, por sentença, condenando nas custas a quem de direito coubesse (MALHEIRO, 1873).

Dessa sentença caberia apelação para a Relação⁸, com efeito devolutivo, tão somente (MALHEIRO, 1873). A esse tribunal de superior instância caberia apenas conhecer da falta de observância de formalidades substanciais (MALHEIRO, 1873). Ao longo do período no qual advogou Perdigão Malheiro, um Supremo Tribunal de Justiça atuava como instância superior⁹. Logo abaixo, uma justiça de segunda instância, os Tribunais da Relação, regulamentados por um decreto datado de 3 de janeiro de 1831.

Cada um dos Tribunais das Relações, que podiam ser instaladas nas províncias, e conseqüente equiparadas aos tribunais estaduais contemporâneos, era composta de 14 desembargadores, dentre os quais um deles era o presidente. Junto a esses tribunais oficiavam um Promotor de Justiça e um Procurador da Coroa, este último, o Procurador da Fazenda em 2ª Instância. Usavam beca, detinham o título de Conselheiros. Despachavam em seções públicas, ocupando uma mesa por ordem de antiguidade. Reuniam-se três vezes por semana. O exercício da advocacia dependia também da autorização da Relação. Esse tribunal podia autorizar a prática da advocacia para não formados, nos locais nos quais houvesse a falta de bacharéis.

Ainda segundo Perdigão Malheiro, no tema da desapropriação, se o processo fosse anulado, voltaria a novo júri, com novos jurados, presididos pelo substituto do Juiz que serviu no primeiro processo; desse novo julgamento não cabeira mais recurso (MALHEIRO, 1873). Também essa desapropriação estaria isenta de sisa, selo e dízima de chancelaria (MALHEIRO, 1873).

6. DEMAIS COMPETÊNCIAS DO PROCURADOR DA FAZENDA

O Procurador dos Feitos da Fazenda também contava com competência para atuar nas causas de habilitação para meio soldo, de dependentes de oficiais do Exército, o que contemporaneamente sugere matéria previdenciária. Aos interessados, que fizessem *jus* ao benefício, correspondia parcela dos rendimentos de servidores falecidos. Competia

8 Para as origens e histórico do Tribunal da Relação ao longo do período colonial, consultar, por todos, WEHLING; WEHLING, 2004.

9 Para um estudo sobre o Supremo Tribunal de Justiça, conferir LOPES, 2010.

o meio soldo às viúvas dos oficiais do exército, às filhas solteiras, aos órfãos menores de 18 anos, às mães dos oficiais, quando viúvas, por eles alimentadas (MALHEIRO, 1873). O meio soldo era dividido, e devido por escala, isto é, proporcionalmente (MALHEIRO, 1873). Era pago às filhas solteiras e, na falta destas, aos filhos menores; a filha solteira não perderia o benefício, se eventualmente se casasse (MALHEIRO, 1873).

Eram excluídos do benefício as viúvas, filhas, filhos e mães que recebessem dos cofres públicos alguma pensão, montepio, tença, ou que tivessem ofício ou emprego vitalício que igualasse ou excedesse em vencimentos o meio soldo (MALHEIRO, 1873). As viúvas que passassem a segundas núpcias também perderiam o mencionado direito (MALHEIRO, 1873). Refletindo o plano moral da época, também não tinham direito ao meio soldo as filhas que viviam apartadas dos pais, e não eram por eles alimentadas, por seu mau comportamento (MALHEIRO, 1873). O meio soldo era devido desde a morte (MALHEIRO, 1873).

Perdigão Malheiro sintetizou todas as ações nas quais a Fazenda Nacional deveria intervir. Mencionou ações diversas, ordinárias ou sumárias, inventários medições, entre outros processos. Iniciava fixando competência e prerrogativa da Fazenda, no sentido de que quando fosse interessada em uma causa, ordinária ou sumária, como autora, ré, assistente ou opoente, o processo correria no Juízo dos Feitos da Fazenda, com intervenção do Procurador (MALHEIRO, 1873).

Nos processos nos quais a ação contra a Fazenda tivesse por fim o pagamento de dívida passiva seria preciso que as partes fossem legítimas, que se provasse a dívida e que houvesse se comprovado a prescrição (MALHEIRO, 1873). Caso a dívida decorresse de perdas de particulares, por causa de guerra interna ou externa, somente à Assembleia Geral seria reconhecida a competência para mandar inscrever e pagar o débito (MALHEIRO, 1873).

As indenizações deveriam ser reclamadas ordinariamente perante o Conselho de Estado (MALHEIRO, 1873). Dívidas provenientes de fornecimentos militares não podiam ser cobradas em juízo; somente por via administrativa seriam liquidadas (MALHEIRO, 1873). Das sentenças contra a Fazenda haveria apelação de ofício. Proibia-se a penhora de bens públicos, então denominados de *bens nacionais* (MALHEIRO, 1873). Contra a Fazenda não era admissível a compensação ou o encontro de contas em juízo (MALHEIRO, 1873). Quando vencida, a Fazenda pagaria custas à parte vencedora (MALHEIRO, 1873). Indenizações por benfeitorias

poderiam ser requeridas e decididas administrativamente, ou por via judicial (MALHEIRO, 1873).

Perdigão Malheiro defendia que a Fazenda Nacional não era obrigada a impostos provinciais ou municipais (MALHEIRO, 1873), o que qualificaria, contemporaneamente, imunidade recíproca. Bens públicos não poderiam ser alienados sem autorização da Assembleia Geral (MALHEIRO, 1873). Em todos os inventários, em que a Fazenda fosse interessada, com o objetivo de receber tributos sobre herança, deveria intervir o Procurador (MALHEIRO, 1873).

O tributo cobrado no caso de transmissão causa mortis denominava-se *décima ou taxa de herança e legado* (MALHEIRO, 1873). Consistia em 10% sobre o valor líquido dos legados e heranças por testamento (MALHEIRO, 1873). A Santa Casa da Misericórdia, Expostos e Recolhimento era isenta do recolhimento desse tributo (MALHEIRO, 1873). Nenhum legado ou herança se entregaria, ou se daria quitação, sem que se constasse o pagamento do imposto, quando devido (MALHEIRO, 1873).

As exações devidas, e não pagas em oito dias, seriam cobradas por executivo fiscal (MALHEIRO, 1873). A taxa de herança deduzia-se do líquido depois de subtraídas as dívidas, despesas e outros encargos (MALHEIRO, [1870]). O testamentário, o inventariante e os herdeiros eram solidariamente responsáveis pela taxa de herança e seus juros (MALHEIRO, [1870]). O Procurador era autorizado a cobrar taxa de herança das dívidas ativas do espólio, sobre o produto delas em praça, ainda depois de recolhidos os títulos ao depósito (MALHEIRO, [1870]).

Cabia ao Ministro da Fazenda conhecer das questões que versassem sobre o cumprimento, interpretação, validade, rescisão e efeito das fianças e dos contratos celebrados com a Fazenda, que tivessem por objeto quaisquer rendas, obras ou serviços públicos (MALHEIRO, 1873). Ao Ministro da Fazenda também competia aplicar leis e disposições relativas à prescrição das reclamações contra o Estado por dívidas passivas, independentemente da natureza do direito em que se fundassem, bem como sobre a prescrição de 40 anos relativas à dívida ativa (MALHEIRO, 1873). No caso das fianças, seu arbitramento não impediria que se exigisse dos fiadores o pagamento de alcance superior ao devido, exceto se no termo de fiança de modo contrário fosse estipulado (MALHEIRO, [1870]).

Nulidades de testamentos, quando arguidas, exigiam oitiva do Procurador da Fazenda (MALHEIRO, 1873). Nesse caso, o Procurador deveria examinar se o juiz era competente, se as pessoas que detinham legitimidade para a causa foram regularmente citadas, se o autor da ação estava legitimado para atuar em juízo, se não havia nulidade no processo e se as provas eram procedentes (MALHEIRO, 1873). O Procurador podia apelar da decisão (MALHEIRO, 1873). Nas ações por dívidas contra heranças *pro indiviso*, o Procurador também se manifestava, especialmente porque havia interesse da Fazenda no recolhimento da taxa de herança (MALHEIRO, 1873).

Era costume ouvir-se o Procurador em outras variadas ações, reais, ou pessoais, de diversa natureza, ordinárias ou sumárias, nas quais a Fazenda tivesse algum interesse ou pudesse ser prejudicada (MALHEIRO, 1873). Deveria então o Procurador, para o bem da Fazenda, defender interesse ou evitar prejuízo, “*fiscalizando convenientemente a causa, seguindo as regras de Direito concernentes às diversas ações e questões*” (MALHEIRO, 1873, p. 291).

Os Procuradores também atuavam nos conflitos de jurisdição. Perdígão Malheiro observava que conflitos eram positivos ou negativos, isto é, “*positivo quando ambas as autoridades se julgam competentes; negativo, quando ambas se julgam incompetentes*” (MALHEIRO, 1873, p. 292). Ocorria entre autoridades administrativas, entre essas e autoridades judiciárias, e entre autoridades judiciárias tão somente (MALHEIRO, 1873), o que era mais recorrente. O Conselho de Estado decidiria nas duas primeiras hipóteses (MALHEIRO, 1873), nas demais, o Supremo Tribunal de Justiça, em última instância (MALHEIRO, 1873).

O Procurador dos Feitos era competente para dar de suspeitos os juízes, mesmo os da Fazenda, bem como os escrivães, devendo proceder, no entanto, com prudência (MALHEIRO, 1873). Enfatizava Perdígão Malheiro que “*o Procurador mesmo não pode ser dado de suspeito*” (MALHEIRO, 1873, p. 298). O Procurador também detinha competência penal, nos casos de contrabando, multas criminais e indenizações por danos causados. Nesses casos, requeria por parte da Fazenda no juízo criminal (MALHEIRO, 1873). Contra Tesoureiros, Coletores e Recebedores de tributos, além de quaisquer outros colaboradores e depositários de dinheiros do Estado, o Procurador poderia requerer ordem de prisão, que inclusive poderia ser deferida pela autoridade administrativa (MALHEIRO, 1873). Não havia necessidade de processo para tais prisões, que não estavam também sujeitas a *habeas corpus* (MALHEIRO, 1873).

7. UMA SÍNTESE DO MODELO TRIBUTÁRIO EM MEADOS DO SÉCULO XIX

Em seu *Manual*, Perdigão Malheiro dedica um título para tratar de vários tributos, abordando os impostos do selo, a dízima da chancelaria, as sisas, os direitos de habilitação para tratar de heranças, entre tantos outros. Os selos eram cobrados em relação a diversos documentos, lembrando contemporaneamente as taxas. Eram cobrados de forma fixa e de forma proporcional. O selo proporcional era o imposto sobre títulos de transações e atos diversos, na razão do preço ou valor deles (MALHEIRO, 1873). Perdigão Malheiro descreve esses vários tributos, justificando que o Procurador, quando consultado em razão de seu cargo, deveria ter em vista as disposições que elencava (MALHEIRO, 1873).

Estavam sujeitos ao imposto do selo proporcional as letras de câmbio, as notas promissórias, os créditos, as escrituras de venda, os termos de hipoteca, de doação, de depósito extrajudicial, de quinhões hereditários e legados, as quitações judiciais, as formas de transmissão de propriedade, o usufruto, os vales aceitos pelos comerciantes, as escrituras públicas ou particulares dos contratos de sociedade, as escrituras de fiança, os fretamentos dos navios, os bilhetes e vales de emissão de bancos, entre outros (MALHEIRO, 1873).

O selo fixo consistia em imposto de quota certa em razão da natureza dos títulos e atos ligados às respectivas cártulas (MALHEIRO, 1873). Estavam sujeitos a essa exação, entre outros, (MALHEIRO, 1873) os autos de posse, de tombo, de inquirição, de justificação de serviços, as justificações para obter passaporte, as justificações para ser reconhecido cidadão brasileiro, as escrituras de quaisquer contratos que não explicitassem a quantia, os traslados, as procurações judiciais, as sentenças dos processos, os formais de partilha, as cartas testemunháveis, as precatórias, rogatórias, avocatórias, as cartas de arrematação, os testamentos, os codicilos, os passaportes, os títulos de residência, os editais, os mandados de penhora, de sequestro, de citação, os atestados, procurações particulares.

Os livros das repartições públicas eram isentos de selo, e, de igual modo, os papéis de ofício e os livros de registro de seguro (MALHEIRO, [1870]). Perdigão Malheiro registra ainda que não estavam sujeitos ao imposto do selo os cadernos ou livros de lembranças das irmandades, confrarias, ordens, hospitais e fábricas (MALHEIRO, [1870]). Dispensas de pregão de casamento também eram sujeitas a esse imposto (MALHEIRO, [1870]). Memoriais e requerimentos, que se desdobravam de processos administrativos, de igual modo, estavam sujeitos ao selo (MALHEIRO, [1870]).

A matéria era rica em casuística, e Perdigão Malheiro, com base na legislação então vigente, procurava alcançar todas as hipóteses. Explicou que escrituras de distrato de hipotecas não eram sujeitas ao imposto do selo, quando já recolhida a exação no contrato originário (MALHEIRO, [1870]). Recolhia-se o selo também nas apólices de risco marítimo, nos bilhetes dos bancos, nos compromissos das irmandades e mesmo nos contratos assinados com o governo (MALHEIRO, [1870]). Perdigão Malheiro, além disso, registrava que títulos vindos do estrangeiro, que produzissem efeitos no Brasil, estavam sujeitos ao recolhimento do imposto do selo (MALHEIRO, [1870]). Nos processos judiciais, os selos eram também devidos antes do registro da conclusão para sentença, ainda que interlocutória (MALHEIRO, [1870]).

Seguia a dízima de chancelaria, que guarda semelhanças com custas de sucumbência devidas pelo perdedor da ação. Segundo Perdigão Malheiro, *“era como uma pena a quem fazia má demanda, foi substituído pelo valor de 2% do valor demandado em Juízo”* (MALHEIRO, 1873, p. 231). Incidia nas demandas propriamente ditas, nas reconvenções, nos embargos de terceiro, nas justificações e nos preceitos cominatórios (MALHEIRO, 1873). Não incidiam, entre outros, nas sentenças dos juízes eclesiásticos, nos processos criminais, nas decisões dos juízes de paz¹⁰, nos laudos arbitrais (exceto quando confirmados ou reformados em juízo superior), nas desapropriações e nas habilitações pelo Juízo de Defuntos e Ausentes para receber heranças (MALHEIRO, 1873).

Eram isentos da dízima da chancelaria a Fazenda Nacional, a Fazenda Provincial, os Procuradores das respectivas Fazendas, a Santa Casa de Misericórdia, os órfãos (exceto se emancipados), as viúvas (exceto se durante a demanda tivessem novamente se casado) e, em geral, os miseráveis (MALHEIRO, 1873). Na sucumbência recíproca a exação era proporcionalmente dividida entre autor e réu (MALHEIRO, 1873). A dízima era devida, ainda que se fizesse uma composição, mesmos depois de prolatada a sentença (MALHEIRO, [1870]).

Perdigão Malheiro tratava também da sisa dos bens de raiz. Cuidava-se de um imposto de alienação da propriedade imóvel a título oneroso de compra ou de igual natureza (MALHEIRO, 1873). Guarda semelhanças com o imposto contemporâneo de transmissão *inter vivos*. Incidia na compra e venda do imóvel, na arrematação, na adjudicação, nas dações em pagamento, nas trocas e nas remissões (MALHEIRO, 1873).

10 O tema dos *juízes de paz* é explorado com proficiência por VIEIRA, 2002.

A sisa não era devida na troca de bens de raiz por outro imóvel em igualdade de valor, ainda que os imóveis se localizassem em municípios distintos (MALHEIRO, 1873). Não incidia a sisa quanto aos escravos, “*ainda que aderentes por destino ao imóvel*” (MALHEIRO, 1873, p. 242). Também não incidia na desapropriação, nas rifas não autorizadas por lei, na divisão e partilha entre sócios, ou condôminos (MALHEIRO, 1873).

Estavam isentos do pagamento da sisa a Fazenda Pública e os que sofreram processos de desapropriação (MALHEIRO, 1873). Incidia apenas metade do tributo nas transferências em favor das corporações de mão-morta (nos negócios com fundos públicos), dos arrematantes de bens executados pela Fazenda, bem como em favor dos compradores de terras devolutas (MALHEIRO, 1873).

A sisa era devida no lugar da situação dos bens ou do contrato, na hipótese de os contratantes residirem em lugar diferente da coisa sobre a qual incidisse o tributo (MALHEIRO, 1873). A sisa de bens imóveis era devida desde que o contrato fosse perfeito e acabado, ainda que sem escritura pública, se esse documento não fosse essencial (MALHEIRO, [1870]). Cobrava-se a sisa também nas hipóteses de adjudicação de bens em inventário, e da remissão por outrem, que não o cabeça do casal ou herdeiro necessário (MALHEIRO, [1870]). Era devida pelo cônjuge meeiro, ou pelo herdeiro necessário, da adjudicação, depois da partilha (MALHEIRO, [1870]).

Isenções específicas havia. Perdigão Malheiro noticiou que a Igreja do Senhor dos Passos, na cidade de Paraibuna, em Minas Gerais, estava isenta de pagamento de sisa na compra de terrenos para hospital e edificação da capela (MALHEIRO, [1870]). Tabeliães e escrivães eram obrigados a remeter ao Tesouro e às Tesourarias certidões relativas às transações sujeitas à sisa. Enviavam mapas, sob penas de multas e suspensão (MALHEIRO, [1870]).

Perdigão Malheiro também explicou o funcionamento da *meia-sisa incidente sobre os escravos*. Tratava-se de imposto devido pela alienação do escravo *ladino* por título oneroso de compra e venda ou semelhante, consistente em 5% do valor da transação (MALHEIRO, 1873). Era devido na compra e venda, na arrematação, nas doações em pagamento, na troca, na adjudicação e na remissão (MALHEIRO, 1873). Essa orientação contrariava regra da época do primeiro reinado, quando não se tributavam escravos *ladinos* que acompanhavam seus senhores, e que se empregavam nos respectivos serviços, verificando-se orientação para devolução de valores cobrados¹¹.

11 Ordem nº 245, do Ministério da Fazenda, em 24 de outubro de 1825.

Não era devida a sisa nas alforrias, ainda que compradas, nas rifas não autorizadas por lei, nas adjudicações em inventários, na partilha entre sócios e condôminos e na venda de herança ainda não liquidada (MALHEIRO, 1873). Perdigão Malheiro avisava que havia isenções para a Fazenda Nacional, para o escravo que se libertasse e para o proprietário que o libertasse (MALHEIRO, 1873). Comprador e devedor eram solidariamente responsáveis pela meia sisa (MALHEIRO, 1873). A avaliação de *escravos da Nação*, como se denominavam os escravos que pertenciam ao Estado, para efeitos de alforria, era realizada no Juízo dos Feitos (MALHEIRO, [1870]).

A escravidão¹², recorrentemente combatida por Perdigão Malheiro, é central nos problemas de meados do século XIX¹³, situação sempre assustadora, constrangedora e de indizíveis sequelas¹⁴, marcada por feridas ainda abertas¹⁵, em todo o continente americano¹⁶, indicativas de um grande constrangimento que o debate suscita¹⁷. Ao que consta, na primeira metade do século XIX conheceu-se o maior volume de chegada de africanos no Brasil. Não há números exatos, porém, baseia-se, entre outros, em estimativas que orçam em torno de “(...) 100 mil africanos, no século XVI, quatro milhões, nos séculos XVII e XVIII; e mais de um milhão e meio, nos últimos 50 anos do tráfico, na primeira metade do século XIX, excluindo os mortos nos navios negreiros” (FARIA, 2002, p. 237). Perdigão Malheiro tratou com pormenor esse assunto em livro próprio.

Há permanente debate em torno dos números relativos à escravidão. Entre outros, “*estudos da década de 1960 criticando o paternalismo atribuído, sobretudo por Gilberto Freyre, aos senhores do Brasil, em contraste com os EUA, indicaram que enquanto ali entraram cerca de 500 mil escravos e no fim do período escravista havia cerca de quatro milhões de cativos, no Brasil teria ocorrido um verdadeiro genocídio: dos milhões de escravos traficados, restaram pouco mais de 700 mil, em 1887, e menos ainda no ano da abolição*” (FARIA, 2002, p. 237). Esses números são assustadores. Afirmou-se que “*em fins do primeiro século já somavam cerca de 14 mil indivíduos numa população total –*

12 Há estudo recente sobre o tema, conferir CAMPELLO, 2010.

13 O tema da escravidão e da justiça, especialmente ao longo do Segundo Reinado, é explorado por NEQUETE, 1988.

14 Conferir, por exemplo, a propósito da impressão que a escravidão provocava em viajantes que passavam pelo Rio de Janeiro, SELA, 2008.

15 Conferir, nesse sentido, LARA, 2007.

16 Conferir, especialmente, MARQUESE, 2004.

17 Inusitada, e assustadora, entre outros, a relação entre cientistas e a questão racial no Brasil, no contexto do delicadíssimo problema da escravidão. Conferir, por todos, SCHWARCZ, 1993.

inclusive índios aldeados – que não chegava a 60 mil habitantes. Em fins da era colonial representavam 50% da população” (PRADO JÚNIOR, 1980, p. 28).

Atividades ligadas à escravidão suscitavam ampla incidência fiscal no Brasil. Há registros de ampla casuística para tratar da tributação relativa ao comércio e exploração de escravos, a exemplo de ordem de 5 de setembro de 1814, que mandava que se cobrasse dos escravos levados diretamente da África aos portos do sul do Rio de Janeiro os impostos destinados para a guarda real da polícia¹⁸.

Incidia também a sisa de embarcações. Segundo Perdigão Malheiro, era um imposto devido na alienação dos navios e embarcações (MALHEIRO, 1873). A alíquota era de 5% em relação a embarcações nacionais, de 15% de embarcações estrangeiras que passavam a ser brasileiras e de qualquer navio construído fora do Império, mesmo que por conta de brasileiro (MALHEIRO, 1873). Havia isenção para jangadas e barcos de pesca nacionais, bem como para os vapores da companhia do Amazonas (MALHEIRO, 1873).

Perdigão Malheiro menciona um tributo denominado de *direitos de habilitação para haver herança*. Era devido da habilitação para receber herança de defuntos e ausentes (MALHEIRO, 1873). A habilitação se processava no Juízo de Órfãos (MALHEIRO, 1873). Esse imposto seria deduzido do débito líquido que restava, uma vez deduzida a décima ou taxa de herança (MALHEIRO, 1873).

No *Manual* verifica-se que do interesse do Fisco não escapava ato ou circunstância da vida, inclusive familiar. Sob o título de *direitos novos e velhos, e de Chancelaria*, tributavam-se, entre outros: as cartas de legitimação, a autorização para suprimento de idade, a ordem para entrega de bens a órfãos que se casaram sem licença, o suprimento do consentimento do pai ou tutor para casamento, a licença para sub-rogação de bens inalienáveis, as

18 Ordem nº 26 de 5 de setembro de 1814. *Tendo levado à Augusta presença de Sua Alteza Real o Príncipe Regente meu senhor, o ofício de V. S. do 1º de Julho passado, que serve de informação ao requerimento de Joaquim Pereira de Almeida & Comp. que pretendem ser isentos de pagar nos portos de Santa Catarina e do Rio Grande de S. Pedro do Sul, pelo despacho dos escravos da negociação do Bergantim Pequena Ventura, o imposto de 4\$800 por cabeça destinado para a Guarda Real da Polícia e iluminação desta Cidade. O mesmo Senhor, atendendo, a que a tabela que acompanhou o Decreto de 15 de Maio de 1809 manda receber aquela contribuição, quando a Intendência Geral da Polícia expede os despachos para saírem os escravos da barra fora, para os Portos do Sul, e que os daquele Bergantim nem saíram desta Barra, nem receberam despachos da Intendência, porque voltou diretamente da Costa da África para Santa Catharina; há por bem deferir aos suplicantes, declarando isentos da mencionada contribuição os escravos, de que se trata, os quais só deverão pagar por cabeça os 800 reis de entrada (...).*

fianças criminais, a autorização para administração de capelas, a provisão de tutela e a carta de naturalização (MALHEIRO, 1873).

Perdigão Malheiro explica, em seguida, a *décima urbana*. Sujeitos a esse imposto estavam os proprietários de prédios urbanos, com alíquota de 10% do rendimento anual líquido, abatidos 10% para despesas de manutenção (*falhas e concertos*) (MALHEIRO, 1873). Segundo Perdigão Malheiro, seriam “(...) *prédios urbanos todos os que compreenderem dentro desses limites, que possam servir de habitação, uso e recreio*” (MALHEIRO, 1873, p. 263). O imposto incidia sobre imóveis alugados, ocupados pelos próprios donos, quer por outrem gratuitamente, ou simplesmente mobiliados, ainda que não habitados (MALHEIRO, 1873).

Eram isentos os palácios, chácaras e quaisquer prédios reservados para habitação ou recreio do Imperador e sua Família (*S.M.I. e Sua Augusta Família*) (MALHEIRO, 1873). Havia também isenção para os bens públicos, para os prédios pertencentes às Santas Casas de Misericórdia, aos hospitais de caridade, aos templos, igrejas, catedrais, matrizes, capelas, conventos das ordens religiosas, para o paço episcopal, para os matadouros públicos, para o Imperial Colégio D. Pedro II e também para os prédios que se encontrassem fechados, em estado de ruína, reedificação ou que fossem reformados ao longo do ano (MALHEIRO, 1873).

Obrigados ao recolhimento da *décima urbana*, de acordo com Perdigão Malheiro, eram os proprietários de prédios urbanos, os locatários (quando ao aumento do preço quando sublocavam os imóveis), os inquilinos que antecipassem alugueis futuros, testamenteiros, tutores, curadores, administradores, procuradores, usufrutuários, depositários públicos e particulares (MALHEIRO, 1873).

O controle sobre o recolhimento da *décima urbana* era rigoroso. Havia pena de multa, calculada sobre a quantia igual devida, se não fosse comprovado o recolhimento da exação, mediante transcrição, nas escrituras ou títulos de compra e venda, arrematação, adjudicação, dote, doação e permuta (MALHEIRO, 1873). As partes eram obrigadas a averbar na Recebedoria, no prazo de três dias, o formal de partilhas, a escritura, ou outro título pelo qual tivessem adquirido prédios urbanos, em virtude de herança, legado, sucessão ou permuta, também sob pena de multa (MALHEIRO, 1873).

Além disso, “*as autoridades judiciárias, e quaisquer outras, assim como tabeliães, escrivães públicos e de paz, que deixarem de observar as disposições*

referidas, ficam sujeitos à mesma multa, além das penas que possam incorrer criminalmente” (MALHEIRO, 1873, p. 267). Há contemporaneamente regra semelhante, que dispõe que tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício respondem pelos tributos devidos sobre os atos por eles praticados, ou perante eles, em razão de seu ofício¹⁹.

Perdigão Malheiro menciona também um tributo denominado de *décima predial da légua além da demarcação*. Esse imposto era devido pelos proprietários de prédios localizados fora da demarcação da área urbana, no limite de uma légua contados do limite da área urbana demarcada; incidia, no entanto, apenas no Município da Corte e Província do Rio de Janeiro (MALHEIRO, 1873). Cobrava-se também uma *décima adicional das chamadas corporações de mão-morta* (MALHEIRO, 1873), que eram instituições de fundo religioso, cujos bens não poderiam ser alienados ou transferidos para outra instituição religiosa. Permitia-se que as corporações de mão-morta adquirissem bens de raiz (MALHEIRO, [1870]).

De acordo com o *Manual* de Perdigão Malheiro, cobrava-se também um *imposto sobre lojas e casas de negócio*. O rol de incidência desse tributo é de relevante interesse histórico, permitindo que se tenha uma visão da vida negocial do século XIX. Sujeitavam-se a esse imposto as lojas, armazéns ou sobrados onde se vendessem por atacado ou retalho qualquer qualidade de fazendas, gêneros secos e molhados, ferragens, louças, massames (cabos para ligar as velas das embarcações), vidros e quaisquer outros de qualquer natureza; todas as casas que contivessem gêneros expostos à venda, qualquer que fosse a quantidade e qualidade, inclusive a venda de manufaturas produzidas por entalhadores, escultores, marceneiros, tanoeiros, torneiros, cutedeiros, espingardeiros, ferreiros, serralheiros, pintores, gravadores, douradores, alfaiates, sapateiros colchoeiros, seleiros; lojas de ourives, lapidários, latoeiros, caldeiros, estaqueiros de tabaco, boticários, livreiros; botequins, tavernas e confeitarias; casas de consignação de escravos; lojas que vendessem carne verde (crua) de vaca, de carneiro, de porco ou carne seca; fábricas de charuto; todas as cocheiras e cavaliças que alugassem charretes e cavalos; todos os escritórios de banqueiros, negociantes, corretores e cambistas; o tributo incidia também sobre advogados e contadores (MALHEIRO, 1873).

19 CTN, art. 134, VI.

Havia extenso rol de isenções. Esse tributo não incidia sobre os armazéns de depósito, os trapiches de trânsito, as fábricas, as barracas portáteis, as quitandas que vendessem apenas miudezas, estalagens, hospedarias, casas de jogos, museus, cosmoramas, dioramas, tipografias, vendedores ambulantes e bancas de peixe da praça do mercado da Corte (MALHEIRO, 1873). Cosmoramas e dioramas eram salas de entretenimento, que se assemelham aos cinemas, de que são antecessores.

Havia também impostos que incidiam exclusivamente sobre casas que vendiam calçados, roupas e móveis fabricados no estrangeiro (MALHEIRO, 1873). Esse imposto especial incidia ainda nas casas de moda, nas casas que vendessem móveis fabricados no estrangeiro, nas confeitarias, perfumarias e nas casas que vendessem escravos (MALHEIRO, 1873).

A tributação era implacável. Perdigão Malheiro noticia um imposto incidente sobre barcos do interior, que sujeitava todos os barcos de aluguel e frete, de transporte de gêneros, nominando-os, a saber: saveiros, lanchas, faluas, escaleres, botes, catraias, jangadas, canoas, “(...) e outras embarcações de qualquer forma e denominação” (MALHEIRO, 1873, p. 278). Havia também longa lista de isenção, nomeadamente: canoas empregadas em serviço particular de seus donos; barcos pesqueiros; botes, escaleres; barcos de curtumes, olarias; barcos de carregar pedras (MALHEIRO, 1873).

Perdigão Malheiro, de igual modo, explicou com miudeza de detalhes as taxas que incidiam sobre o comércio e a propriedade de escravos, incidente em todo o país (MALHEIRO, 1873). Excetuavam-se os escravos menores de 12 anos e os forros ou libertos (ainda que gravados com cláusula de acompanhar ou servir a alguém) (MALHEIRO, 1873). Para que o imposto fosse cobrado de modo eficiente determinava-se que se procedesse à matrícula de todos os escravos, então considerados como coisas (MALHEIRO, 1873). No mês de junho de cada ano, deveriam os donos e administradores de escravos apresentar na repartição competente declarações assinadas e justificadas das alterações provenientes da aquisição, transferência, alforrias e mortes, dos respectivos escravos, que o direito de então definia como propriedade (MALHEIRO, 1873). Também deveriam ser matriculados os escravos que chegassem às cidades e vilas, com o objetivo de aí morarem, e também os que chegassem com o objetivo de serem vendidos (MALHEIRO, 1873).

Havia previsão para isenção de matrículas de escravos. Essa isenção alcançava os que transitassem pelas cidades e vilas, e que não excedessem o período de seis meses; os que estivessem presos nas prisões públicas e os menores de 12 anos (MALHEIRO, 1873). O rigor do controle também é confirmado com o fato de que não se admitiria ação alguma em juízo, sem que se apresentasse certidão de matrícula devidamente registrada (MALHEIRO, 1873). Escravos também não podiam ser soltos das prisões, sem que se apresentasse a respectiva certidão de matrícula à autoridade competente (MALHEIRO, 1873). Infratores e omissos seriam penalizados (MALHEIRO, 1873).

Na continuidade, Perdigão Malheiro tratou do *imposto de consumo de aguardente*. Cobrava-se uma alíquota de 20% sobre o preço da aguardente que se vendesse (MALHEIRO, 1873). A essa exação estavam sujeitos proprietários de engenhos, fábricas, alambiques, lojas, armazéns, tavernas e outros estabelecimentos que comercializassem aguardente (MALHEIRO, 1873). O controle também se revelava com o fato de que se exigia a demonstração da regularidade para com esse tributo, como condição de ajuizamento ou de contestação de ação judicial, por parte de dono ou dona de taverna, botequim ou qualquer outro estabelecimento que comercializasse aguardente (MALHEIRO, 1873). Exigia-se comprovação de quitação do tributo devido, para que as autoridades judiciárias julgassem inventários de interesses de comerciantes de aguardente (MALHEIRO, 1873).

8. A CLASSIFICAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS

Perdigão Malheiro em seguida tratava de matéria que contemporaneamente seria de maior interesse do direito administrativo. Elencou os bens públicos, que, como já observado, eram denominados de *bens nacionais*. Tratava-se dos bens que pertenciam ao *Estado como Nação Soberana e Independente* (MALHEIRO, 1873).

Indicava como bens de uso público as estradas e ruas públicas; rios navegáveis e caudais; portos de mar; praias; os mares territoriais; ilhas adjacentes ao território nacional; os terrenos de marinhas²⁰; mares interiores; terrenos de aluvião natural ou artificial que se assentassem sobre o fundo do mar; terras devolutas²¹; florestas ou matas devolutas;

20 Terrenos de marinha eram aqueles banhados pelas águas do mar, até a distância de 15 braças craveiras para a parte da terra, contadas do preamar médio (MALHEIRO, 1873).

21 Terras devolutas eram definidas como aquelas que não se achassem aplicadas a algum uso público, nacional, provincial ou municipal. Também eram terras devolutas as que não se achassem no domínio particular, por qualquer título legítimo, nem que fossem obtidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial (MALHEIRO, 1873).

minas de todos os metais e pedras preciosas; terrenos diamantinos; árvores de pau-brasil; bens que não se achasse senhorio certo; bens cujo dono faleceu sem testamento e sem sucessão; embarcações que se perdessem e dessem costa nas praias do Império, e seus carregamentos, sendo de inimigos e corsários (MALHEIRO, 1873). Também eram bens do Estado aqueles decorrentes de sucessão de estrangeiro em falta de herdeiros (MALHEIRO, [1870]).

Em seguida, Perdigão Malheiro elencava os bens da Coroa: palácios e terrenos, possuídos pelo primeiro imperador, e que ficariam sempre pertencendo a seus sucessores; a par dos bens adquiridos, e as construções à custa da Nação, para “*decência e recreio do Imperador e de sua Família*” (MALHEIRO, 1873, p. 127). Os bens da Coroa não podiam ser aforados sem autorização legislativa; entendia-se que o aforamento importava alienação do domínio útil (MALHEIRO, [1870]).

Ainda se consideravam bens públicos o que então se denominava de *bens de evento*. Segundo Perdigão Malheiro, bens de evento eram os escravos, gado ou animais achados sem se saber do senhor ou dono, bem como “*tudo aquilo que anda como que vagando sem dono, e quase que incerto como o vento*” (MALHEIRO, 1873, p. 170).

O controle era minucioso. Perdigão Malheiro esclarecia, por exemplo, que os ervais de mate não se reputavam como cultura, por serem agrestes, e nem o fato de que eram colhidos justificava tratamento como posse legítima (MALHEIRO, [1870]). Quanto às terras dos nativos, então também classificadas como *terras abandonadas pelos índios*, eram consideradas bens públicos e devolutas, seguindo, portanto, as regras aplicáveis a essas últimas (MALHEIRO, [1870]). Terras devolutas, quando vendidas pelo Estado, exigiam escritura pública, como substancial dos contratos (MALHEIRO, [1870]).

9. CONCLUSÃO: O LEGADO DE PERDIGÃO MALHEIRO

Os dois livros de Perdigão Malheiro sobre o Procurador da Fazenda (o *Manual* e o *Suplemento*), ainda que datados em tempo histórico muito diferente do nosso, indicam, compilam e registram o funcionamento de importantes institutos que influenciam os arranjos institucionais brasileiros, até os dias de hoje. À época na qual foram escritos e publicados consistiam em um guia prático para Procuradores, Juizes, Advogados, Funcionários do Fisco, Guarda-livros (contadores) e Promotores.

Contemporaneamente, permitem uma abordagem precisa das instituições fiscais e dos tributos do século XIX. Perdigão Malheiro, assim, é de valor histórico incontestável. Do ponto de vista historiográfico, suas obras podem ser compreendidas como fontes primárias, no contexto de textos e documentos de explicação de nosso passado e, de algum modo, de nosso presente.

No texto (hoje clássico) de Perdigão Malheiro, o leitor contemporâneo encontrará indícios de honorários sucumbenciais em favor dos defensores do Fisco, bem como de proibição de nepotismo. Há também traços do que poderiam vir a ser a transação e a arbitragem em matéria tributária, de prestação de contas pelo procurador pelas atuações nos processos. E ainda em perspectiva para o futuro, a figura do assessor do advogado do Estado. Há indícios também de desconto de multas e redução penas em caso de denúncia voluntária, a par do arranjo institucional do lançamento de tributos por homologação.

Esse importante autor e homem público sintetizou o conjunto de competências e rotinas dos Procuradores da Fazenda, permitindo que se verifique um número considerável de funções, que não eram meramente judiciais. O trabalho administrativo do Procurador da Fazenda, como se percebe em Perdigão Malheiro, caracterizava-se por um rígido controle das atividades fiscais.

Judicialmente, esse conjunto de competências era também muito expressivo. Além da execução fiscal, e de seus inúmeros incidentes, o Procurador atuava em vários outros casos, a exemplo de heranças, justificações e desapropriação. O livro de Perdigão Malheiro, além disso, permite que o leitor contemporâneo compreenda o papel dos atores do sistema judicial, nomeadamente dos Juízes, dos Escrivães, dos Oficiais de Justiça, dos Solicitadores, dos Porteiros, dos Advogados e dos próprios Procuradores da Fazenda, em relação aos quais se concentra o livro.

Da parte tributária propriamente dita colhe-se uma ampla e exaustiva pormenorização das exações então cobradas. Com Perdigão Malheiro conhecem-se as linhas gerais e casuísticas dos impostos sobre o selo, das dízimas de chancelaria, das várias sisas, da tributação incidente sobre os escravos e das décimas urbanas, entre tantos outros.

Perdigão Malheiro é autor fundamental para que se compreenda as origens e os fundamentos de nosso modelo tributário, dos quais é inegavelmente um de seus pais fundadores.

REFERÊNCIAS

- BLAKE, Augusto Vitorino Alves Sacramento. *Dicionário Bibliográfico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1883.
- CAMPELLO, André Emmanuel Batista Barreto. *A escravidão no Império do Brasil- Perspectivas jurídicas*. S.L.: S.E., 2010.
- DUTRA, Pedro. *Literatura Jurídica no Império*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1992.
- FARIA, Sheila de Castro. Escravidão. In: VAINFAS, Ronaldo, VAINFAS, Ronaldo (direção), *Dicionário do Brasil Imperial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002.
- LARA, Silvia Hunold. *Fragments Setecentistas- Escravidão, Cultura e Poder na América Portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Supremo Tribunal Federal e a Justiça do Império- 1828-1889*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MALHEIRO, Perdígão. *A escravidão no Brasil, Ensaio Histórico, Jurídico, Social*. Petrópolis: Vozes, 1976.
- MALHEIRO, Perdígão. *Manual do Procurador dos Feitos da Fazenda Nacional*. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1873.
- MALHEIRO, Perdígão. *Suplemento ao Manual do Procurador dos Feitos da Fazenda Nacional*. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, [1870].
- MARQUESE, Rafael de Bivar. *Feitores do corpo, missionários da mente-senhores, letrados e o controle dos escravos nas Américas- 1660-1860*. São Paulo: Cia. das Letras, 2004.
- NEQUETE, Lenine. *Escravos & Magistrados no Segundo Reinado*. Brasília: Ministério da Justiça, Fundação Petrônio Portella, 1988.
- PRADO JÚNIOR, Caio. *História econômica do Brasil*. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1980.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O Espetáculo das Raças- Cientistas, Instituições e Questão Racial no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SELA, Eneida Maria Mercadante. *Modos de Ser, Modos de Ver- Viajantes Europeus e Escravos Africanos no Rio de Janeiro-1908-1850*. Campinas: Editora da Unicamp, 2008.

VIEIRA, Rosa Maria. *O Juiz de Paz, do Império a nossos dias*. Brasília: Editora da UnB, 2002, p. 29-47.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial- O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro -1751-1808*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Recebido em: 22/04/2020

Aprovado em: 01/06/2020

O “NUDGE” DA LEI ANTICORRUPÇÃO (12.846/13) PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS DE COMPLIANCE

THE “NUDGE” OF THE ANTI-CORRUPTION ACT (12,846/13) FOR THE IMPLEMENTATION OF COMPLIANCE PROGRAMS

Gilberto Bomfim

Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Bacellar.

Procurador federal, membro da AGU

Luiz Alberto Blanchet

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor do Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PPGD/PUCPR).

SUMÁRIO: Introdução; 1. Desenvolvimento, corrupção e políticas públicas; 2. A economia comportamental e o “nudge”; 3. A Lei Anticorrupção (12.846/13) e os programas de compliance; 4. Considerações finais; Referências.

RESUMO: A corrupção suas causas e efeitos são um dilema global, havendo relação direta entre o baixo desenvolvimento econômico aos elevados níveis de corrupção. No Brasil, tem-se a percepção, apoiada em pesquisas nacionais e internacionais, que sua difusão é muito alta. As estratégias de enfrentamento a corrupção baseadas em reformas legais e institucionais tem-se demonstrado de pouca efetividade. A adoção de políticas públicas baseadas numa análise econômica comportamental pode complementar a almejada mudança de patamar do Brasil no controle da corrupção. O problema que se pretende enfrentar é “se” e “como” a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13) estimulou a adoção de programas de integridade (compliance) pelas empresas privadas. O objetivo do artigo é demonstrar, com base no modelo teórico da economia comportamental, como a alteração legislativa promovida pela Lei Anticorrupção deu um “empurrão” (nudge) às empresas privadas para a adoção de programas de compliance. No tocante a metodologia será utilizado método hipotético-dedutivo, buscando-se fomentar o debate sobre os métodos econômicos aplicáveis à ciência jurídica. No capítulo 1 tratar-se-á do conceito de corrupção, sua relação com o desenvolvimento econômico e a necessidade de políticas públicas para seu combate. No capítulo 2 pretende-se abordar as bases teóricas da economia comportamental. No capítulo 3 pretende-se demonstrar como a Lei Anticorrupção criou um “nudge” para a adoção de medidas de combate à corrupção pelas empresas privadas, especialmente para a criação de programas de compliance.

PALAVRAS-CHAVE: Desenvolvimento. Lei Anticorrupção. Economia comportamental. Nudge. Compliance.

ABSTRACT: Corruption its causes and effects are a global dilemma, with a direct relationship between low economic development and high levels of corruption. In Brazil, there is the perception, supported by national and international research, that its dissemination is very high. Strategies to combat corruption based on legal and institutional reforms have been shown to be of little effectiveness. The adoption of public policies based on a behavioral economic analysis may complement Brazil's desired change in the control of corruption. The problem that is intended to be faced is “if” and “how” the Anti-Corruption Law (Law No. 12,846/13) stimulated the adoption of integrity programs (compliance) by private companies. The aim of the article is to demonstrate, based on the theoretical model of behavioral economics, how the legislative change promoted by the Anti-Corruption Law gave a “nudge” to private companies for the adoption of compliance programs. Regarding the methodology, the hypothetical-deductive method will be used, seeking to foster the debate on the economic methods applicable to legal science. Chapter 1 will deal with the concept of corruption, its relationship with economic development and the need for public policies to combat it. Chapter 2 aims to address the theoretical bases of behavioral economics.

Chapter 3 aims to demonstrate how the Anti-Corruption Act created a “nudge” for the adoption of anti-corruption measures by private companies, especially for the creation of compliance programs.

KEYWORDS: Development. Anti-Corruption Law. Behavioral economics. Nudge. Compliance.

INTRODUÇÃO

A corrupção é um dilema global e um fenômeno que pode ser observado em escala mundial, diferindo em seu grau de difusão entre diversos países. Em alguns os casos são práticas esporádicas, em outros, a corrupção é sistêmica.

As práticas corruptas levam ao desvio e desperdício de recursos públicos, fragilizam o Estado, impossibilitam a implantação de políticas públicas e solapam a legitimidade das instituições públicas.

A globalização da economia e das relações sociais intensificadas nas últimas décadas, as implicações internacionais da corrupção e a constatação da relação direta entre o baixo desenvolvimento econômico e os elevados níveis de corrupção, obrigaram o tema a ser prioridade na agenda de discussão da comunidade internacional, demandando o desenvolvimento de mecanismos de prevenção e combate à corrupção.

Em razão disso, foram celebrados inúmeros acordos de cooperação e convenções internacionais sobre corrupção, destacando-se os três principais dos quais o Brasil é signatário: (i) “Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais”, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE); (ii) “Convenção Interamericana contra a Corrupção”, da Organização dos Estados Interamericanos (OEA); e (iii) “Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção”, da Organização da Nações Unidas (ONU).

No âmbito interno, as instituições brasileiras têm buscado construir um microsistema de tutela da administração pública norteado pelos referidos tratados internacionais, todos ratificados pelo país¹.

1 Essa proteção aparece em inúmeras leis, destacando-se o Código Penal (Título XI, da Parte Especial) e leis extravagantes penais, como a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), a Lei do Sistema de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/11) e a Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13).

A Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira (BRASIL, 2013), insere-se nessa tendência legislativa anticorrupção inspirada nos documentos internacionais anteriormente mencionados. Essa propensão normativa mais ou menos parecida resulta da globalização política e do mercado conectado internacionalmente, que reclamam a solidificação de regras mais ou menos uniformes².

No Brasil, tem-se a percepção, apoiada em pesquisas nacionais e internacionais, que a difusão da corrupção é muito alta, inclusive em comparação com os demais países em desenvolvimento ou com o BRICS – agrupamento de países de mercado emergente. De acordo com o Índice de Percepção da Corrupção (IPC), da Transparência Internacional (2019), o Brasil aparece na 106ª posição dos países menos corruptos de 2019, apresentando sua pior nota desde 2012, com a Rússia em 137ª posição, Índia na 80ª, China na 80ª e África do Sul na 70ª posição.

Isso demonstra que os esforços dos últimos anos do Brasil contra a corrupção podem estar em risco e não foram suficientes para chegar à raiz do problema. O país precisa avançar e mudar de patamar no controle da corrupção.

São necessárias, portanto, além de reformas legais e institucionais a implementação de políticas públicas que verdadeiramente alterem as condições que perpetuam a corrupção sistêmica no Brasil. As estratégias de enfrentamento a corrupção baseadas unicamente na “rule of law”, mediante o endurecimento das leis punitivas e de fortalecimento dos órgãos de repressão tem-se demonstrado de pouca efetividade.

Existe no Brasil uma grande quantidade de leis que buscam combater a corrupção, contudo, focadas principalmente no agente público, esquecendo-se que os atos de corrupção são bilaterais e contam, na mesma dimensão e nocividade, com a participação dos agentes privados.

2 A Lei Anticorrupção decorreu do compromisso assumido pelo Brasil quando ratificou a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE, promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. O artigo 2 da Convenção da OCDE estabelece que “Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos” (BRASIL, 2000).

A Lei Anticorrupção buscou, nesse contexto, aumentar a participação dos agentes privados, alcançando-os no sistema de responsabilização e investindo-os no papel de articuladores de um conjunto de normas que previnem atos de corrupção e fomentam a ética e a probidade (CUNHA, 2020, p.28-29).

O problema a ser enfrentado no artigo é responder “se” e “como” a Lei Anticorrupção alterou os estímulos e incentivos legais criando um “nudge” ou “empurrão” às empresas privadas para a adoção de medidas de prevenção e combate à corrupção, especialmente por meio da criação de programas de compliance.

O objetivo do estudo é analisar como a corrupção afeta o desenvolvimento dos países, estabelecendo uma relação direta entre o baixo desempenho econômico aos elevados níveis de corrupção e como o combate às fraudes e aos desvios de recursos foi incorporado ao plano global. Pretende-se, ainda, fazer uma análise econômica comportamental da Lei Anticorrupção e como ela tem funcionado como um “empurrão” para a adoção de medidas de prevenção e combate à corrupção pelas empresas privadas.

1. DESENVOLVIMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE À CORRUPÇÃO

A noção de desenvolvimento é um dos temas mais polêmicos nas Ciências Sociais e Jurídicas. A discussão em várias áreas acadêmicas deu origem a diversas teorias da mudança e avaliou práticas e intervenções estatais. É, portanto, um dos conceitos com mais possibilidades de alimentar debates interdisciplinares e de estabelecer pontes ou rupturas entre a teoria e a prática.

Para Gonçalves e Ribeiro (2015, p.451-504), existem duas linhas de pensamento a respeito do conceito de desenvolvimento: a) a primeira sustenta que desenvolvimento significa crescimento econômico, ou seja, quanto maior este, maior aquele; b) a segunda defende que o desenvolvimento deve se refletir na sociedade em geral, com uma interface mais forte em relação a temas como direitos humanos, sustentabilidade e redistribuição da justiça.

Amartya Sen (2010, p.16) adota uma “visão do desenvolvimento como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam” e salienta que “o crescimento do PNB ou das rendas individuais obviamente pode ser

muito importante como um meio de expandir as liberdades desfrutadas pelos membros da sociedade”.

E é essa a visão que parece mais adequada para investigar como a corrupção afeta o desenvolvimento, pois ela parece conseguir aliar o desenvolvimento econômico ao desenvolvimento dos membros da sociedade. Nessa perspectiva, o desenvolvimento econômico é importante para sustentar o desenvolvimento das liberdades e da felicidade das pessoas, observado que *“existe literatura acadêmica empírica suficiente para afirmar que as pessoas mais ricas, na média, tendem a se considerar mais felizes, ou seja, com maior grau de bem-estar subjetivo”* (CORBI; MENEZES FILHO, 2006, p.521.).

No entanto, pobreza, doenças, baixa expectativa de vida, distribuição desigual de renda e riqueza permanecem endêmicas em alguns lugares do mundo. Muitos países pobres tiveram taxas de crescimento muito baixas ou negativas que desafiam os modelos de convergência do desenvolvimento. E uma das causas do baixo crescimento pode ser creditada à corrupção, embora a importância de combater a corrupção não se limite as razões econômicas.

Mas o que é corrupção? O termo corrupção e a sua disciplina tem muitas conotações e interpretações, variando no tempo e no espaço. Segundo a Convenção da ONU contra a Corrupção (2004, p.5), é um fenômeno que ameaça a estabilidade, a segurança e as economias ao enfraquecer as instituições, os valores democráticos e comprometer o desenvolvimento e o Estado de Direito³.

A Transparência Internacional – TI (2009, p.14) define a corrupção como *“o abuso de poder para obtenção de ganhos privados ilegítimos”*⁴. Rose-Ackerman e Palifka (2016, p.9) destacam que essa definição dada pela TI, organização internacional não governamental de combate à corrupção, parece captar o problema de todos os tipos de corrupção política e econômica

3 Da Lei Anticorrupção constam dois conceitos de “corrupção”. A corrupção *latu sensu* é definida no artigo 5º, caput, da Lei como qualquer ato lesivo à administração pública, nacional ou estrangeira, que atente “contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro”. No seu artigo 5º, inciso I, a Lei define a corrupção *strictu sensu* como qualquer conduta de “prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada” (BRASIL, 2013).

4 Para uma lista mais completa de termos com definições e exemplos pesquisar junto a Transparency International, 2009, “The Anti-Corruption Plain Language Guide”, disponível em: <http://files.transparency.org/content/download/84/335/file/2009_TIPlainLanguageGuide_EN.pdf> Acesso em: 21 out. 2019.

existentes, como por exemplo, suborno, fraude, nepotismo, tráfico de influência, conflitos de interesses, fraudes, etc. Para os autores, “*se há abuso do poder confiado, as regras são quebradas e os objetivos dos empregadores e eleitores são preteridos*” (PALIFKA; ROSE-ACKERMAN, 2016, p.14).

A solução para o problema da corrupção não é simples e não pode ser estudada apenas sob a ótica jurídica e institucional. Mas, somente é possível combatê-la se existir alguma maneira de documentar o status quo e medir a mudança. Como a corrupção inclui uma vasta gama de atividades diferentes e a maioria de corruptos procuram esconder suas ações, as medidas objetivas são difíceis de encontrar, de forma que as percepções se tornam valiosas para se realizar a medição (PALIFKA; ROSE-ACKERMAN, 2016, p.14).

O principal indicador de corrupção do mundo é o Índice de Percepção da Corrupção (IPC), da Transparência Internacional. O IPC executa a importante função de auxiliar o controle da corrupção na agenda de organizações internacionais e de reformadores domésticos desde os anos 90⁵.

Com base desses dados, muitos estudos empíricos realizados nas últimas décadas tentaram determinar as *causas* e as *consequências* da corrupção. Há uma série de causas que geralmente interagem entre si e os estudiosos do tema as dividem entre *institucionais* e *incentivos*. É evidente que as consequências da corrupção são caras para os cidadãos e empresas, bem como afetam a estabilidade governamental e a eficiência dos gastos estatais. Estudos sugerem que a corrupção reduz a eficácia das políticas empresariais, tornando a execução de um negócio mais caro devido ao aumento dos custos de transação e, assim, incentiva as empresas a operar no setor informal em violação das leis fiscais e regulamentares (PALIFKA; ROSE-ACKERMAN, 2015, p.27-29).

O preâmbulo da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE, promulgada pelo Decreto nº 3.678/00, afirma que a corrupção é um fenômeno difundido nas transações internacionais que desperta sérias preocupações morais e políticas, abala a boa governança e o desenvolvimento econômico (BRASIL, 2000). A corrupção, portanto,

5 A Transparência Internacional é uma organização internacional que promove o controle da corrupção ao redor do mundo. A Transparência Internacional está no Brasil com uma equipe de profissionais brasileiros que atua em colaboração com o Secretariado em Berlim e os demais países onde a organização está presente.

“solapa os princípios empresariais fundamentais da concorrência leal e seleção baseada no mérito, pré-requisitos para que os mercados produzam inovação, eficiência, aumento de produtividade e crescimento” (TI, 2009, p.19-20).

Observada desse ângulo, a corrupção precisa ser combatida. E cabe ao Estado a missão de, além de propor reformas legais e institucionais, implementar políticas públicas de combate e prevenção à corrupção.

Conclui-se, portanto, que cabe a elaboração de programas governamentais visando coordenar os meios postos à sua disposição para o combate e prevenção à corrupção como meio hábil a viabilizar a concretização do desenvolvimento econômico para a realização do objetivo social de aumento da renda e do desenvolvimento das liberdades e da felicidade dos cidadãos (BUCCI, 2006, p.38).

2. A ECONOMIA COMPORTAMENTAL E O “NUDGE”

A partir da década de 1950 desenvolveu-se nos Estados Unidos uma teoria jurídica denominada *Análise Econômica do Direito* (AED) ou “*Law and Economics*”, a qual combina as ciências econômica e jurídica, tendo como objetivo o estudo interdisciplinar do direito.

A Análise Econômica do Direito é um movimento de pensamento cuja característica essencial é a aplicação da teoria econômica à análise das principais instituições e do sistema jurídico em seu conjunto.

A teoria econômica clássica pressupõe que o comportamento das pessoas é previsivelmente racional. O agente racional busca a melhor escolha dentre as opções. Toma decisões com base nas informações disponíveis e escolhe a opção que vai melhor servi-lo. Para a econômica clássica, as atividades de corrupção – trocas de favores, extorsão, lavagem de dinheiro, evasão fiscal, fraude eleitoral, nepotismo, subornos – são consideradas condutas de agentes econômicos racionais maximizadores de seu bem-estar, que respondem aos incentivos oferecidos pela matriz das instituições políticas e econômicas. Sendo assim, o sucesso dos programas anticorrupção dependeria “apenas” da mudança nos benefícios e nos custos da conduta corrupta.

No entanto, de acordo com Ribeiro (2016, p.61), a perfeição do sistema teórico pode ser rompida por uma séria de fatores, especialmente porque a racionalidade ilimitada e a maximização das escolhas, muitas vezes, não são verificadas no mundo real.

Baseada nessas limitações racionais dos agentes, a economia comportamental pressupõe, ao contrário da teoria clássica, que os seres humanos são previsivelmente irracionais e que suas escolhas são baseadas em aspectos subjetivos, culturais e psicológicos, que podem influenciar mais do que a racionalidade.

Para Simon (1956, p.197), as teorias econômicas clássicas falham ao deixar de analisar os aspectos psicológicos peculiares a cada sujeito. De acordo com a teoria comportamental, existe uma tendência humana de confiar em heurísticas e vieses cognitivos para reduzir o esforço de raciocínio e para os resultados ineficientes derivados de decisões baseadas em atalhos mentais. Dada a potencial ação previsivelmente irracional, mesmo em situações de perfeita informação acerca das relações entre o custo e o benefício, as decisões humanas ainda são marcadas pela suscetibilidade às falhas cognitivas. A principal ideia apresentada por Thaler e Sunstein (2019, p.260) mostra que *“características aparentemente insignificantes das situações sociais podem exercer um impacto decisivo no comportamento das pessoas”*. De certa forma, eles demonstram que as tomadas de decisão não são tão simples como pensadas pelos economistas clássicos.

Assim, as descobertas da economia comportamental podem ser utilizadas como oportunidade de melhorar a eficiência das intervenções estatais, especialmente pela potencial irracionalidade do cidadão (THALER; SUNSTEIN, 2019, p.260-261). A reflexão sobre o desenho e implementação das instituições e políticas mais eficazes precisariam se inspirar, portanto, em hipóteses mais realistas sobre o comportamento humano.

No âmbito da implementação de políticas públicas que consideram o comportamento como elemento fundamental para a adoção do ato político, os teóricos da teoria comportamental defendem a utilização do *“nudge”*, que pode ser definido como um *“empurrão”* ou um *“estímulo”* para influenciar o cidadão a tomar melhores decisões.

Para Thaler e Sunstein (2019, p.260-262), *“o poder dos nudges, associado à compreensão do que é e de como funciona a arquitetura das escolhas”*, pode levar o Estado a pensar em formas de direcionar as escolhas das pessoas por caminhos que vão melhorar a vida delas e, ao mesmo tempo, manter a liberdade de escolha. Um *“nudge”*, de certa forma, resume algumas das descobertas da economia comportamental, que se baseiam em suposições sobre heurísticas e vieses e que foi aplicada a uma série de problemas atuais.

Para justificar a incorporação dos “*nudges*” no processo regulatório do Estado, Thaler e Sunstein (2019, p.260) utilizam a teoria do paternalismo libertário, que é caracterizado pela rejeição do sistema de regulação baseado no comando e controle, consistindo na formulação de políticas que mantém a liberdade de escolha, tornando legítimo o exercício do poder de influência dos arquitetos de escolhas no comportamento das pessoas. Trata-se de um tipo de paternalismo “brando” e “não intrusivo”, porque as escolhas individuais são mantidas; além disso, as intervenções nele fundadas precisam ter baixo custo e não devem restringir a esfera de liberdade individual.

O paternalismo libertário utiliza-se de “estímulos comportamentais”, caracterizados como uma arquitetura de escolhas apropriada para alterar de maneira previsível a conduta humana, sem proibir nenhuma opção ou oferecer incentivos econômicos (COSTA, 2017, p.99).

Comprovada a potencialidade dos “*nudges*” para influenciar o processo de decisão humana, já é possível observar a utilização de estímulos de comportamento em várias políticas públicas regulatórias. O Estado pode incentivar as pessoas e empresas a trilhar um melhor caminho para sua existência, mas deixando claro que a escolha é delas, e não do Estado.

Importante ressaltar que o “*nudge*” difere das demais políticas públicas que assumem a forma de mandatos e proibições, como as leis penais proibitivas ou as leis que promovem incentivos econômicos (ou desincentivos), tais como subsídios para produtos agrícolas ou impostos sobre cigarros, açúcares e produtos gordurosos. As políticas públicas que assumem a forma de “*nudges*”, ao preservar a liberdade de abordagens que orientam as pessoas em direções determinadas, permite que elas sigam o seu próprio caminho.

Nos últimos anos, as instituições públicas e privadas têm demonstrado um crescente interesse no uso de “*nudges*”, já que estes têm baixo custo econômico e potencial para atingir objetivos econômicos e de outras naturezas⁶.

6 Os governos de vários países se tornaram interessados em políticas baseadas em “*nudges*”. O Reino Unido, por exemplo, possui uma Equipe de Intuições Comportamentais (Behavioral Insights Team) e introduziu no país o Código Combinado de Governança, que é considerado uma referência mundial para a boa prática de governança corporativa. Disponível em: <<https://www.bi.team/what-we-do/policy-areas/>> Acesso em: 22 abr. 2020

Os Estados Unidos, por sua vez, têm a Equipe de Ciências Sociais e Comportamentais da Casa Branca (White House Social and Behavioral Sciences Team). Disponível em: <https://behavioralpolicy.org/wp-content/uploads/2017/05/BSP_vol1is2_Congdon.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2020

O crescente interesse em “*nudges*” decorre do fato de que eles geralmente impõem baixos custos ao Estado (ou nenhum); porque, por vezes, proporcionam resultados rápidos, por manterem a liberdade e porque podem ser altamente eficazes. Em alguns casos, os “*nudges*” têm um impacto maior do que as ferramentas mais caras e coercitivas. Por exemplo, as regras-padrão, a simplificação e o uso de normas sociais têm, por vezes, sido descobertos para produzir impactos ainda maiores do que significativos incentivos econômicos (SUNSTEIN, 2017, p.1026).

Portanto, a política pública baseada no comportamento pode ser sintetizada como sendo intervenções estatais estruturadas na exploração das heurísticas e vieses da racionalidade humana, promovidas com a finalidade de orientar e estimular o comportamento dos indivíduos. Apesar de essa regulação não ter força vinculante, ela é capaz de exprimir os valores buscados pelo Estado e deve estar submetida a máxima publicidade em razão do seu poder de influenciar o cidadão.

3. A LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI Nº 12.846/2013) E OS PROGRAMAS DE COMPLIANCE

A Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) veio suprir uma lacuna do ordenamento jurídico brasileiro quanto à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, prevendo explicitamente o propósito de atribuir a responsabilização objetiva pelos atos lesivos nela previstos (artigo 2º).

Além disso, a Lei Anticorrupção prevê que a pessoa jurídica poderá sofrer diversas sanções administrativas e civis, conforme o sistema de responsabilização que venha a qualificar condutas ilícitas reveladora dos fatos apurados e enquadrados nas hipóteses legais.

Outro ponto que merece destaque na Lei, é a possibilidade da celebração do acordo de leniência (artigos 16 e 17), que tem o objetivo de suavizar as sanções aplicáveis às pessoas jurídicas que praticarem atos contra a Administração Pública quando, além de cooperarem com a apuração das infrações, demonstrarem que adotam práticas de prevenção aos atos de corrupção, como programas de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta (FORTINI; VIEIRA, 2015. p.179).

Contudo, o instrumento que ganhou maior notoriedade com a Lei Anticorrupção foram os programas de integridade, também conhecidos

por programas de compliance, que podem ser definidos como um conjunto de ações e planos adotados facultativamente por pessoas jurídicas, visando garantir o cumprimento de exigências legais, preceitos éticos e de boa governança do setor ou segmento econômico em que atuam, com o objetivo de prevenir, detectar ou reduzir os atos de corrupção (BLANCHET, MARIN, 2018, p. 267-294).

Em seu artigo 7º, inciso VIII, a Lei consagra a noção de compliance ao demonstrar a necessidade de procedimentos internos preventivos e de denúncia, além de códigos internos necessários para a contenção de ilícitos empresariais⁷ (BRASIL, 2013).

A pessoa jurídica, ao instituir um programa de integridade, compromete-se a promover um controle interno e uma cultura organizacional que estimule a conduta ética e o compromisso com o cumprimento às normas internas e externas.

A partir dessa perspectiva, um programa de *compliance* possui como principais objetivos: (i) evitar o envolvimento da empresa e de seus integrantes em atos ilícitos e (ii) minimizar a responsabilidade da pessoa jurídica diante do surgimento de alguma patologia corruptiva (MORAES, 2019, s.p.).

Resta claro, portanto, segundo Moraes (2019, s.p.), que a Lei valoriza e incentiva a cultura do compliance. Pelo simples fato de compartilhar com o setor privado a responsabilidade pelos atos prejudiciais ao erário e à economia, a Lei influencia as práticas internas das empresas. O Poder Público, assim, parece contar com as benesses do programa de *compliance* para efetivar a boa governança corporativa, fomentar um novo padrão de mercado (que não admite práticas corruptivas) e combater a corrupção pela raiz do problema.

O *compliance* não é de implementação obrigatória pelas pessoas jurídicas, sendo que a sua adoção é estimulada, na medida em que funciona

7 O Decreto nº 8.420/2015 (que cuidou da regulamentação do novo sistema anticorrupção) trouxe a forma legal ao que ele mesmo denominou de “Programas de Integridade”. Preocupou-se, pois, em conceituar e procedimentar a verificação da efetividade desses programas no Capítulo IV do Decreto. O referido Decreto cuidou de prever benefícios às empresas que possuem e aplicam os Programas de Integridade nos parâmetros ali estabelecidos, como por exemplo a atenuação do valor da multa eventualmente aplicada, de 1 a 4% (artigo 18, inciso V). Verifica-se, também, que o Decreto determina que os acordos de leniência deverão conter cláusulas que versem sobre “a adoção, aplicação ou aperfeiçoamento de programa de integridade” (artigo 37, inciso IV).

como atenuante de pena caso a empresa seja condenada por uma das infrações previstas na Lei.

Para Cunha e Souza (2020, p.125), deve ser observado que a Lei Anticorrupção adotou o sistema de responsabilidade objetiva, pelo qual as absolvições são restritas a casos em que haja quebra do nexos causal. Portanto, é mais produtivo investir em um mecanismo seguro de atenuação da pena. Os autores sustentam que, se por um lado, a adoção de mecanismos de *compliance* não tem o condão de isentar as empresas da infração cometida, a atenuação da pena ganha importância, sobretudo, se considerado que as penas são elevadas.

O benefício do programa de integridade implantado e em funcionamento, portanto, não se estende à exclusão de deveres indenizatórios, em havendo detecção de ato ilícito. No entanto, a lei avança na responsabilização objetiva ao mesmo tempo em que favorece as pessoas jurídicas que institucionalizam e internalizam atuação concertada na detecção, prevenção e punição de atos corruptos (DI PIETRO, 2018, p.29).

Além disso, em que pese o propósito da LAC ao estabelecer os programas de integridade tenha sido funcionar como atenuante de eventual pena de multa, é inegável que o instituto tem um “efeito secundário de certificação” da empresa que o adota. A empresa ética e confiável garante a sua credibilidade no mercado. O conceito de *compliance* gera valor para a empresa. Para Cunha e Souza (2020, p.126) “a boa imagem da empresa é capaz de atrair novos investidores ávidos por um ambiente que reflete confiança e segurança econômica”. No mesmo sentido, Amartya Sen (1999, p.71) salienta que “quanto maior a confiança entre as pessoas, melhor o ambiente para o desenvolvimento das relações econômicas”.

Contudo, a adoção do programa deve ser efetiva, e não apenas “formal”, sob pena, em caso de condenação por ato de corrupção, de aplicação de sanção majorada diante da elevação da gravidade da infração cometida. Ademais, há a possibilidade de a pessoa jurídica ter que indenizar eventuais prejudicados pelos danos advindos da publicidade enganosa e criação de uma expectativa ilegítima aos investidores (CUNHA; SOUZA, 2020, p.126)

Dessa forma, surgiu uma nova perspectiva para os planos de integridade no âmbito empresarial, um estímulo para a concretização de conduta empresarial ética e do combate à corrupção, bem como para o crescimento e o desenvolvimento dos programas de *compliance* (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p.103).

Com efeito, pode-se dizer que a Lei deu um verdadeiro “empurrão” às pessoas jurídicas a implementarem programas de *compliance*. Considerando o seu caráter não obrigatório, a norma manteve a liberdade das empresas, pois não obriga ou vincula, praticamente só aconselha. E esse “empurrão” têm baixo (ou nenhum) custo econômico para o Estado e potencial para atingir rapidamente objetivos econômicos e éticos. O fato é que a norma é eficaz, tornando as empresas as principais responsáveis por evitar, controlar e remediar, inclusive com punição, os atos antiéticos e de corrupção internamente.

Nesse aspecto, a Lei Anticorrupção arquitetou a escolha das empresas pelo *compliance*. No cenário atual, poucas empresas desconhecem os princípios de governança corporativa, sendo que a maioria já integrou à sua cultura os pilares de transparência, prestação de contas, equidade e responsabilidade, pois esses mecanismos conferem às empresas vantagens competitivas.

A Lei Anticorrupção tornou a adoção de uma política de *compliance imprescindível* às empresas, consistente na elaboração e implementação de códigos de ética e de conduta, regras e procedimentos anticorrupção, criação de canais internos de denúncia, além da compreensão dos mecanismos de delação espontânea e de acordo de leniência, prevenindo-se o envolvimento em ilícitos e, conseqüentemente, evitando-se as respectivas punições.

A pesquisa denominada “Integridade Corporativa no Brasil”, realizada pela Deloitte junto à *International Chamber of Commerce – Brasil* (TOHMATSU, 2018), demonstra o crescimento das práticas de *compliance* no Brasil. A pesquisa, de acordo com Nodari (2019), avaliou a aderência de 30 práticas de *compliance* em mais de duzentas empresas com faturamento maior que R\$ 50 milhões. Enquanto nos anos de 2012 e 2014, apenas 24% das empresas aderiram a 15 das práticas mencionadas, entre 2015 e 2017, o percentual foi de 46%. Já dentre as empresas com faturamento superior a 100 milhões, o percentual subiu para 53%. A estimativa é de que até 2020, se alcance um índice de aproximadamente 65%.

O resultado demonstra o impacto do novo quadro institucional e comportamental trazido pela Lei Anticorrupção. Conforme anotado por Zingales (2015, p.148), os benefícios de um mercado empresarial ético e de combate e prevenção à corrupção certamente será benéfico a todos, permitindo a confiança e a cooperação em busca do desenvolvimento do mercado, da prosperidade do comércio e do avanço da civilização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A corrupção importa. É inegável que há uma relação direta entre o baixo desenvolvimento econômico, seja ele público ou privado, e os elevados níveis de corrupção. Ela também corrompe e gera incentivos para condutas marcadas por relações personalistas e exclusivistas.

A corrupção priva os indivíduos de extraírem os frutos da prosperidade econômica e os impede de buscar a resposta para a questão ética sobre como viver verdadeiramente bem e se tornar o agente do seu próprio destino. A confiança é um elemento essencial do capital social, do qual a riqueza das nações depende.

Comportamentos cooperativos ou trapaceiros não são meras consequências dos incentivos materiais colocados aos indivíduos, mas também dos esquemas de valores da sociedade. Logo, faz-se importante desvendar as bases comportamentais da corrupção.

A transformação do comportamento corrupto depende de investimentos de médio e longo prazo na sua prevenção e no seu combate, evitando que novos casos aconteçam ou minimizando os impactos com sistemas eficientes para a pronta identificação e interrupção dos ilícitos.

As estratégias de enfrentamento a corrupção baseadas em reformas legais e institucionais (*rule of law*), mediante o endurecimento das leis punitivas e de fortalecimento dos órgãos de repressão, que criam mudança nos benefícios e custos da conduta corrupta, devem se aliar a táticas que levem em consideração análises comportamentais, que avaliem os aspectos psicológicos que são peculiares a cada sujeito e a tendência humana de confiar em heurísticas e vieses.

Os “*nudges*” são ferramentas utilizadas para a implementação de políticas públicas, que modificam a arquitetura das escolhas das pessoas, levando em consideração os aspectos psicológicos, heurísticas e vieses, para o fim de estimular melhores escolhas e comportamentos para eles próprios e para a sociedade como um todo.

A Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) buscou, utilizando das ferramentas da economia comportamental, transferir para as pessoas jurídicas o protagonismo na prevenção e combate à corrupção. A Lei alterou os incentivos legais estabelecendo um verdadeiro “*nudge*” para a implementação de programas de compliance, principalmente, ao estabelecer

a atenuação na aplicação das sanções para a empresa que, além de cooperar com a administração pública na apuração das infrações (acordo de leniência), demonstrar que adota práticas de prevenção aos atos de corrupção, como procedimentos internos de integridade, códigos de ética e de conduta, auditorias internas e externas e incentivo à denúncia de irregularidades.

Além disso, é inegável que a adoção de programas de compliance tem um efeito secundário de certificação da empresa que o adota, que estará garantindo a sua credibilidade frente ao mercado, gerando valor para a empresa

A partir dessa perspectiva, os Programas de Compliance passaram a ter dois principais objetivos: (i) evitar o envolvimento da empresa e de seus integrantes em atos ilícitos e (ii) minimizar a responsabilidade da pessoa jurídica diante do surgimento de alguma patologia corruptiva.

Conclui-se, portanto, que a Lei Anticorrupção utilizou das bases teóricas da economia comportamental para promover um “empurrão” às empresas privadas na adoção de políticas de compliance para a prevenção e combate à corrupção.

O instituto parece ter atingido seu objetivo quanto às grandes empresas, especialmente quando do desejo de se protegerem no mercado, estando de acordo com as práticas que garantem a sua integridade e transparência e, um desejo de se destacar no mercado global.

Contudo, essa mensagem acerca da necessidade de honestidade no mercado ainda precisa se expandir para as pequenas e médias empresas. A maior dúvida dessas empresas sobre a implementação do *compliance* ainda é a relação custo-benefício, ou seja, quanto custa a implementação de um programa de compliance e qual é o benefício – observado que o compliance é considerado um custo de transação, enquanto o receio da punição ainda é o maior motivador.

REFERÊNCIAS

BLANCHET, Luiz Alberto. MARIN, Tâmera Padoin Marques. A corrupção como violação de direitos humanos e a necessária efetividade da Lei nº 12.846/13. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p.267-294.

BRASIL. Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000.

Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários

Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm> Acesso em: 14 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm> Acesso em: 14 mai. 2020.

CORBI, Raphael Bottura; MENEZES FILHO, Naércio Aquino. Os determinantes empíricos da felicidade no Brasil. *Revista de Economia Política*, v.26, n.04, out/dez. 2006.

COSTA, Natalia Lacerda Macedo. “Nudge” como abordagem regulatória de prevenção à corrupção pública no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. RIL, v.54, n.214, p.91-111, abr/jun.2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p91>. Acesso em: 28 out. 2019

CUNHA, Rogério Sanches. SOUZA, Renee. *Lei Anticorrupção Empresarial*. 3.ed., rev. atual. eampl. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). *Lei Anticorrupção comentada*. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FORTINI, Cristiana; VIEIRA, Ariane Sherman Moraes. *Lei anticorrupção empresarial: os riscos na sua regulamentação e implementação*. In: REPOLES, Maria Fernanda Salcedo; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Coord.). *O direito entre a esfera pública e a autonomia privada: transformações do direito público no ambiente democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p.161-184

FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. *Liberdade de escolher*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Record, 1980

GONÇALVES, Oksandro Osdival. RIBEIRO, Marcelo Miranda. *Tributação e desenvolvimento regional: uma análise econômica dos benefícios fiscais concedidos para empresas instaladas na Zona Franca de Manaus e a guerra fiscal entre estados*. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 20, n. 2, p. 451-504, maio/ago. 2015.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução Cássio de Arantes Leite. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

MORAES, Isabella. Lei anticorrupção e o incentivo ao compliance. Portal Rota Jurídica, 2019. Disponível em: <<https://www.rotajuridica.com.br/artigos/lei-anticorruptcao-e-o-incentivo-ao-compliance/>>. Acesso em: 21 abr. 2020

NORARI, Adriano. Por que 2019 será o ano do Compliance no Brasil? Nodari Consultoria. 4 de abril de 2019. Disponível em: <<https://nodariconsultoria.com.br/gestao-de-negocio/compliance-no-brasil/>> Acesso em: 15 mai. 2020.

PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas. Revista de Informação Legislativa. Número 205 jan./mar., 2015. p. 87-105.

ROSE-ACKERMAN, Susan e PALIFKA, Bonnie J. Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2016.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEN, Amartya. Sobre ética e economia. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SIMON, Herbert A. Models of man: Social and Rational. Nova Iorque: John Wiley& Sons, Inc., 1956, p.197 In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord). O que é análise econômica do direito: uma introdução. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.79.

SUNSTEIN, Cass R. Nudging: um guia (muito) resumido. Journal of Institutional Studies 2 (2017). Revista Estudos Institucionais, Vol. 3, 2, 2017. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/223/164>>. Acesso em: 31 out. 2019.

THALER, Richard H. SUSTEIN, Cass R. Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade: tradução Angelo Lessa. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

TOHMATSU, Deloitte Touche. Integridade corporativa no Brasil Evolução do compliance e das boas práticas empresariais nos últimos anos Pesquisa

2018. Disponível em: <<https://www2.deloitte.com/br/pt/pages/risk/articles/integridade-corporativa-evolucao-do-compliance.html>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Índice de Percepção da Corrupção 2019. Disponível em:<<https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Relatório Global de Corrupção 2009. A corrupção e o setor privado. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p.19-20.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL .The Anti-Corruption Plain Language Guide. Disponível em: <https://www.transparency.org/whatwedo/publication/the_anti_corruption_plain_language_guide>. Acesso em: 21 abr. 2020.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. United Nations Convention against corruption. New York, 2004. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2019.

ZINGALES, Luigi. Um capitalismo para o povo. Reencontrando a chave da prosperidade americana. São Paulo: BEI Comunicações, 2015.

Recebido em: 04/03/2020

Aprovado em: 17/04/2020

INTERVENÇÃO ESTATAL E EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURIDADE SOCIAL: O PAPEL DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA DA LOAS

STATE INTERVENTION AND EFFECTIVENESS OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO SOCIAL SECURITY: THE ROLE OF LOAS'S CONTINUED SERVICE BENEFIT

Martin Ramalho de Freitas Leão Rego

Graduando em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Conciliador da Justiça Federal em Alagoas (JFAL)

Cariolando Guimarães de Oliveira Filho

Pós Graduado em Processo Civil pela UNISUL. Procurador Federal.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A seguridade social como direito fundamental: aplicabilidade e plenitude eficaz; 2 O papel da intervenção estatal e a LOAS; 3 O Benefício de Prestação Continuada (BPC) e os desafios da proteção social; 3.1 Abrangência e limitações da proteção ao impedido por deficiência; 3.2 A definição de miserabilidade social e a problemática da fixação de um limite de renda familiar; 3.3 Prestação estatal e

administração do BPC/LOAS: abrangência protetiva x fraudabilidade; 4 Considerações finais; Referências

RESUMO: O presente trabalho se propõe a investigar o papel da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) na consagração de eficácia ao direito à seguridade social. Primeiramente, investigam-se a natureza e a aplicabilidade do referido direito fundamental na qualidade de integrante do rol dos direitos sociais. Em sequência, avalia-se o papel da intervenção estatal na conferência de eficácia às garantias dele derivadas, avaliando-se o espaço de atuação da previdência e da assistência social. Por fim, investigou-se o papel do Benefício de Prestação Continuada (BPC) na consagração da proteção social aos indivíduos em alto grau de vulnerabilidade. Assim, concluiu-se pela importância do benefício assistencial como concretizador de uma existência humana digna sem, contudo, deixar de reconhecer as limitações e deficiências que se inserem no contexto de sua concessão.

PALAVRAS-CHAVE: Intervenção Estatal. Seguridade Social. Direito Fundamental. Assistência Social. Benefício Assistencial. LOAS. BPC.

ABSTRACT: This paper aims to investigate the role of the Organic Law on Social Assistance (LOAS) in enshrining the effectiveness of the right to social security. Firstly, it investigates the nature and applicability of that fundamental right as a member of the list of social rights. Subsequently, the role of state intervention in assessing the effectiveness of the guarantees derived from it is evaluated, evaluating the scope of action of social security and social assistance. Finally, the role of the Continuous Benefit Benefit (BPC) was investigated in the consecration of social protection to individuals at a high degree of vulnerability. Thus, it was concluded by the importance of the assistance benefit as a materializer of a dignified human existence without, however, failing to recognize the limitations and deficiencies that are inserted in the context of its concession.

KEYWORDS: State Intervention. Social Security. Fundamental right. Social Assistance. Assistance Benefit. LOAS. BPC.

INTRODUÇÃO

A seguridade social tem por gênese histórica a percepção comum de que um indivíduo, por mais virtuoso que fosse, estaria sujeito a intempéries, as quais fariam sua sobrevivência digna depender do auxílio de seus pares. Assim, há registros de sistemas de cooperação para assistência mútua nas mais diversas sociedades que habitaram o Globo, visando-se assegurar a prestação de inúmeras necessidades humanas, desde a subsistência até a sepultura.

Ao longo da formação do Estado brasileiro, a assistência social foi inicialmente posta como um encargo social de atribuição quase exclusiva das famílias. Subsequentemente, a assistência previdenciária passa a ser garantida constitucionalmente a alguns grupos de trabalhadores. Esta se mostrou uma tendência paulatina dentre as normas do direito brasileiro, que passaram a prever garantias assistenciais a um número cada vez maior de grupos de cidadãos – constituindo-se na matriz da universalização da seguridade social atualmente consagrada no ordenamento jurídico.

Assim, a lógica da seguridade social tem seu conceito evoluído para se acoplar à consagração dos direitos humanos fundamentais de segunda dimensão histórica, ou seja, os direitos sociais, passando de um contrato compulsório de assistência mútua entre um grupo restrito de pessoas a um dever constitucionalmente assumido pelo Estado. Nessa perspectiva-se, passa-se a dissociar a prestação social até mesmo de prévia contribuição, vinculando-se o poder público independentemente da situação em que se encontrem os cofres públicos.

Dado o exposto, o presente trabalho se propõe a investigar a importância da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS na atribuição de efetividade plena aos direitos sociais, em âmbito individual, pela intervenção direta do poder público, sobretudo por meio do seu Benefício Assistencial de Prestação Continuada (BPC). Tais formas de intervenção prescritas na referida lei, especialmente o citado benefício, teriam por matriz a previsão expressa do texto da Constituição Federal que, em seu artigo 203, disciplina, de modo programático, a prestação da assistência social. Esta iniciativa levaria Estado a assumir o papel de principal ator social na garantia de mínimas condições de subsistência digna àqueles que comprovem se encontrar em condições de grave vulnerabilidade nos termos em que o referido diploma legal dispõe sobre a pretensão constitucional.

Nesse sentido, será utilizado o método de interpretação dedutiva para se compreender o papel assumido pelo poder estatal na citada lei à luz de estudos jurídicos e sociais que versem sobre matéria constitucional e de seguridade social de modo holista. Todavia, não se pretende esgotar ou enfrentar exaustivamente a temática, mas fornecer breves subsídios teóricos para o aperfeiçoamento do direito da seguridade social.

1. A SEGURIDADE SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL: APLICABILIDADE E PLENITUDE EFICACIAL

Preliminarmente, salienta-se que o ramo do direito voltado à “seguridade social” seria aqui entendido em consonância as lições de Sérgio Martins (2016, p. 58-61) a partir da previsão do texto constitucional (BRASIL, 1988, art. 194), ao estabelecer que este conceito englobaria princípios, regras e instituições destinados a formar um sistema voltado à proteção social dos indivíduos contra contingências que os impossibilitem de prover suas necessidades pessoais básicas, assim como as de suas famílias, assegurando-se direitos relacionados à saúde, à previdência e à assistência social. Portanto, a seguridade social é um gênero, do qual são espécies a previdência social, a saúde e a assistência social.

Assim sendo, percebe-se que a matriz dos direitos expostos seria eminentemente social, os quais, de acordo com Ingo Sarlet (2012), traduzem-se na qualidade de direitos subjetivos a prestações a serem supridas pela coletividade, que estaria representada pela figura do Estado, o qual assumiria o papel de sujeito ativo no programa de políticas públicas e, ao mesmo tempo, de sujeito passivo, diante da exigibilidade da prestação material por um indivíduo, seja em âmbito administrativo ou judicial. Tais direitos teriam por fundamento a igualdade, em sentido material, segundo a qual se estabelece um parâmetro existencial mínimo ao qual todos os indivíduos deveriam ser assegurados independentemente dos infortúnios lhes acometidos.

Destarte, conforme explica Ana Cristina Meireles (2008, p. 184), a dimensão subjetiva dos direitos sociais pode ser entendida por duas expressões: “direito subjetivo público”, que se presta a designar os direitos outorgados pela Constituição e oponíveis a qualquer órgão estatal; e “direito público subjetivo” que seria o direito outorgado pelo ordenamento jurídico ao Estado nas suas relações de ordem pública. No entanto, conforme destacado pela autora, tais expressões perderam a sua funcionalidade histórica, que foi a de demarcar um terreno onde o indivíduo tivesse uma área de liberdade na qual o Estado não pudesse penetrar. Nesse sentido,

percebe-se que a plenitude eficaz do direito à seguridade social teria por cerne o devido cumprimento dos papéis dos órgãos públicos, a fim de consagrar garantias individuais as quais seriam requisitos para o exercício de outros direitos vinculados às liberdades civis.

Seguindo-se por esta linha, a dimensão subjetiva dos direitos sociais exige compreendê-los, segundo Robert Alexy (2008, p. 185-186), como posições e relações jurídicas verticais, estabelecidas entre Estado e indivíduos, podendo ser entendidas em três níveis, dados as distinções entre (a) razões para direitos subjetivos, (b) direitos subjetivos como posições e relações jurídicas e (c) a exigibilidade jurídica dos direitos subjetivos. Nesse sentido, a seguridade social transcenderia a dicotomia entre interesse e vontade, pautando-se por razões consagradas na Constituição Federal, as quais seriam acompanhadas de um aparato estatal por meio do qual a prestação de tais direitos possa ser exigidas juridicamente, seja por iniciativa direta e voluntária do interessado, seja por intermédio de outrem.

Nesse diapasão, a estruturação do referido aparato seria distribuída por competências assistenciais a partir da capacidade produtiva dos cidadãos. Conforme expõe Frederico Amado (2018, p. 43), o sistema previdenciário brasileiro, diferentemente do de outros países, se caracterizaria pela compulsória contribuição dos filiados, recaindo sobre a assistência social a prestação estatal de caráter não contributivo, assumindo a função de suprir as necessidades básicas das pessoas, como alimentação moradia básica e vestuário.

Esse conjunto de garantias estaria em consonância com a pretensão de se estabelecer um modelo de “bem-estar social”, próprio de Estados em que “a proteção social conseguiu alcançar patamares significativos de universalização e acessos, a segurança jurídico-normativa que confere estatuto de perenidade e certeza às políticas sociais” (PAULA, 2013 p. 89). Contudo, mesmo nesses Estados, observa-se que as iniciativas assistencialistas estariam passíveis de oscilação conforme transformações na conjuntura do país.

Diante disso, verifica-se que uma das principais problemáticas de se pesar a seguridade social, sobretudo em sua espécie assistencial, se daria diante da conjuntura político-econômica do Brasil, marcada pela forte exclusão social. Diante desta, segundo Jussara dos Santos (2000, p. 31), verificou-se que as ações assistenciais têm se constituído em paliativos ínfimos no atendimento de um contingente cada vez maior de necessidades sociais, o que, segundo a autora, faria tais garantias serem percebidas no

imaginário popular como uma prática de benevolência com os mais pobres e não como um bem ou serviço ao qual o cidadão brasileiro tem direito.

Nesse sentido, o alcance de um patamar de satisfação plena das demandas sociais por condições mínimas de existência digna mostra-se distante, de modo que a intervenção estatal necessita ser modulada de modo a ser eficaz sem ser excessiva. Nos dizeres de Alexandra Cesar e Tiago Brito (2014, p. 226), pauta-se por normas positivas para que o Estado arque com os gastos necessário a se garantir a dignidade que se encontram impossibilitados de, por si só, adquirir melhores condições de vida, objetivando-se devolvê-las à vida social, mitigando as dificuldades que enfrentariam sem o auxílio do poder público.

2 O PAPEL DA INTERVENÇÃO ESTATAL E A LOAS

Dado o exposto, a natureza de direito social dada à seguridade social exige uma postura estatal positiva no sentido de se assegurar sua eficácia. Viu-se que o sistema previdenciário se propõe a cumprir com o dever de se garantir a segurança do cidadão. Contudo, uma das grandes críticas que a ele se faz é a sua vinculação a uma ideia de mercantilização, visto que, segundo Dimitri Abreu (2016, p. 297), os benefícios previdenciários são obtidos numa relação de contrapartida, sendo pagos em valores que não impedem nem inibem a existência de um mercado privado de previdência complementar, cuja rentabilidade depende das elevadas taxas de juros pagas pelo tesouro, as quais são financiadas pelos mesmos tributos que deveriam financiar as ações estatais em geral, bem como as garantias de seguridade social.

Ainda em uma perspectiva econômica sobre a seguridade social, o autor ressalta que distribuir benefícios não seria equivalente a distribuir renda, pois, em razão da estratificação social e da ideia de contrapartida, as desigualdades acabam sendo reproduzidas. Nesse ponto, outra grande falha seria o fato de que o sistema previdenciário “não dá conta da economia informal, que abrange metade dos trabalhadores, os quais não auferem benefícios nem gozam de proteção social, embora participem do custeio da previdência” (ABREU, 2016, p. 295). Assim, o referido jurista evidencia a necessidade de se superar o dogma da contributividade limitada e vinculada ao contrato formal de emprego, com vistas à efetivação da universalidade de participação nos planos previdenciários (BRASIL, 1991) posta como princípio e objetivo da previdência social.

Nesse sentido, percebe-se que a limitação estrutural da previdência brasileira faz parte da matriz da demanda excessiva enfrentada pela assistência social, sendo possível estabelecer uma proporcionalidade inversa entre esta demanda e o grau de prestação efetiva do sistema previdenciário. Assim sendo, a garantia da seguridade social exigiria paliativos mínimos àqueles que não se inserem nos demais sistemas de proteção social, conforme objetivado no art. 203 da Carta Magna:

A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (BRASIL, 1988, grifo nosso).

A partir de tais enunciados constitucionais, observam-se que as diretrizes neles contidas teriam sua eficácia vinculada a natureza das normas que deles se depreendem. De acordo com a classificação de José Afonso da Silva (2007, p. 81-83), deduz-se que os incisos I, II, III, e IV, conteriam normas de eficácia limitada, ou seja, dependentes de providências ulteriores para que lhe seja competida eficiência e disciplinada sua aplicação. Estas seriam ainda espécies de normas declaratória de princípio programáticos, por meio das quais se traçam princípios para serem cumpridos por órgãos estatais, como programa das suas respectivas atividades, com vistas à realização dos fins sociais do Estado. Todavia, o enunciado do inciso V conteria, por sua vez, uma norma de eficácia contida e aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral, sendo detentora de natureza imperativa positiva que consagra direito subjetivo de certos indivíduos, mas deixa margem à atuação restritiva ou extensiva da competência discricionária

do poder público, nos termos em que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados.

Dado o exposto, o principal ato jurídico que confere eficácia às referidas normas constitucionais é a Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS (BRASIL, 1993), na qual se dispõe, dito de modo sumário, sobre a estrutura o sistema de prestação assistencial do Estado brasileiro, com destaque para os benefícios eventuais ou de prestação continuada (BPC) os quais serão objeto do tópico subsequente.

A referida estrutura, conforme Frederico Amado (2018, p. 47), se dirige ao amparo de contingentes populacionais em estado de flagrante vulnerabilidade, compondo-se pela: proteção social especial, destinada a indivíduos ou grupos familiares que se encontre em situação de risco pessoal ou social em razão de abandono, maus tratos, abusos, uso de substâncias psicoativas, situação de rua, trabalho infantil ou outras violações de direitos; e pela proteção social básica, dirigida à população que vive em situação de vulnerabilidade social decorrente da pobreza, ausência de renda, precário ou inexistente acesso aos serviços públicos, fragilização de vínculos afetivos, de relacionamento ou de pertencimento social, isto é, pautado por discriminações étnicas, por deficiências ou outras.

Dito isso, percebe-se que, em conformidade com o que apontam Denise Colin e Juliana Pereira (2013, p. 104-105), a ideia de pobreza não se concebe tão somente como sinônimo de ausência de renda, mas como uma situação complexa e multidimensional, em que se exige a atenção em serviços que possam contribuir para o apoio às famílias e à aplicação da sua capacidade protetiva e de superação, por força de iniciativas próprias, das situações de vulnerabilidades sociais e riscos pessoais e sociais. De modo equivalente, de acordo com as autoras, a assistência social não teria um campo de atuação limitado à questão da pobreza, mas por buscar afiançar direitos sociais e inclusão social.

Assim, a assistência social se consagra como mecanismo de redução não somente da pobreza, mas também das desigualdades sociais, como pontuado por Janaína Silva e Debora Diniz (2012), dando-se efetividade a um dos principais objetivos da República estabelecido pela Lei Maior, o de erradicar a pobreza, a marginalização, e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III CRFB). Desse modo, ressaltam as autoras que a igualdade seria o autêntico parâmetro dos direitos sociais, razão pela qual tecem uma crítica à ideia restritiva de “mínimo social” contida no artigo primeiro da LOAS, manifestando-se, portanto, pela sua

inconstitucionalidade. Nesse sentido, o princípio da legalidade não pode ser um recurso hermenêutico para restringir a proteção social diante da necessidade do indivíduo, mas para conferir um ponto de partida a ser modulado pela real situação concreta, pois “diversidade humana e a diversidade de necessidades são nossa condição de existência compartilhada e que mínimos são insuficientes para proteger necessidades” (SILVA, DINIZ, 2012, p. 268).

A partir do exposto, a intervenção estatal em prol da seguridade social deve ser pautada por um planejamento estratégico dos órgãos estatais, desde o eixo econômico até a gestão eficiente dos programas assistenciais. Assegura-se, assim, conforme Maria Silva e Gabriel Cortez (2018, p. 184), a prestação pública sempre que o pedido do benefício for de direito e incontestável para a sobrevivência da pessoa, conferindo-se segurança jurídica do ordenamento brasileiro e garantindo renda e assistência a quem tenha direito, superando-se inclusive o legalismo estrito. Ressalta-se, por esse viés, o papel da advocacia pública não só em prol da probidade e efetividade da administração pública, mas também da eficácia dos direitos fundamentais, sobretudo os de natureza social, em razão da necessária proatividade do poder público, como no caso da seguridade social.

3 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC) E OS DESAFIOS DA PROTEÇÃO SOCIAL

Como visto, a LOAS teria por escopo assistir aos grupos sociais em situação de vulnerabilidade social, cuja intervenção estatal seria indispensável para se conferir eficácia aos seus direitos sociais e para garantir uma vida digna. Nessa perspectiva, a proteção social não poderia ser levada a cabo sem a previsão de uma percepção constante de recursos financeiros àqueles que não tenham como alcançá-los por conta própria ou por intermédio de seus familiares. Justifica-se, assim, a razão material de existência do Benefício de Prestação Continuada que dá completude à norma homônima contida no art. 203, V da Constituição da República Federativa do Brasil, conforme seu texto legal presente no art. 20 da LOAS¹:

O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria

1 Ressalta-se que o texto do referido dispositivo legal foi alterado diversas vezes, sendo transcrito, para fins de estudo, a redação em vigência à época do acesso dos autores.

manutenção nem de tê-la provida por sua família (BRASIL, 1993, grifo nosso).

Assim sendo, o BPC se define como “uma prestação pecuniária mensal, no valor de um salário mínimo, devido à pessoa idosa ou portadora de deficiência, hipossuficientes, que comprovem tal situação, cujo caráter é *alimentar ou de subsistência*” (VAZ; SAVARIS, 2009, p. 255-256, grifo nosso). Como bem observam Janaína Silva e Debora Diniz (2012, p. 268), os recortes de reconhecimento adotados pela Constituição federal são a deficiência e a velhice, os quais constituiriam no espaço visível de encontro entre o reconhecimento e a distribuição, em que se define quais necessidades precisam ser protegidas e em qual medida – algo objetivado no parágrafo 3º do citado artigo da LOAS pelo marco de $\frac{1}{4}$ de salário mínimo como renda per capita como teto da renda familiar mensal.

Ressalta-se assim que, por decorrência de seu caráter assistencial, ao contrário dos benefícios previdenciários, o BPC/LOAS não se vincula ao desempenho de uma atividade laboral ou econômica, não se associando às suas particularidades, à exemplo de uma 13ª prestação mensal ou outras formas de acréscimo.

3.1 ABRANGÊNCIA E LIMITAÇÕES DA PROTEÇÃO AO IMPEDIDO POR DEFICIÊNCIA

Ao contrário da senectude, cujo marco legal de 65 anos ensejaria a presunção absoluta de impedimento ao trabalho, a natureza e a abrangência da deficiência é objeto de discussão no âmbito do BPC/LOAS. Este, assim como o primeiro, é imposto como requisito primário de elegibilidade para concessão do benefício, cuja não constatação implicaria o sumário indeferimento do pedido, conforme ratificado pelo enunciado nº 167 do FONAJEF (AJUFE, 2016): “nas ações de benefício assistencial, não há nulidade na dispensa de perícia socioeconômica quando não identificado indício de deficiência, a partir de seu conceito multidisciplinar”.

Segundo Cristina Duarte e outros (2017), para avaliação da deficiência utiliza-se um modelo de avaliação biopsicossocial, o qual entrou em vigor somente em 2009, sendo “fruto do trabalho de grupo multiprofissional e multissetorial, instituído para alinhar os critérios de elegibilidade, adotados na ocasião, à concepção de deficiência proposta pelos marcos internacionais” (DUARTE et al, 2017, p. 3518). Conforme os autores, o referido modelo “foi desenvolvido com base na CIF e em consonância com a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência”

(*Idem*). O objetivo dessa nova medida seria superar a mera avaliação de transformações corpóreas, prezando-se pela interação entre as diversas dimensões da saúde: biológico, individual e social – abrangendo, portanto, condições das mais diversas naturezas, inclusive psicológicas.

Em consonância com o exposto, Ricardo Moraes (2017, p. 285) ressalta a subsidiariedade da assistência social em relação à previdência social, razão pela qual não se associa somente à inaptidão para o exercício de atividades econômicas, mas para as atividades habituais próprias de cada indivíduo, conforme expresso no texto constitucional, em seu art. 203, ao se referir àqueles que não tenham “meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família” (BRASIL, 1988). Nesse contexto, benefícios assistenciais poderiam ser concedidos até mesmo a crianças em cujo contexto familiar se demonstrasse impedimento ao desempenho das funções próprias da idade ou ainda a pessoas que, por qualquer razão, nunca desempenharam atividade laboral.

Sobre essa questão, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU), em seu julgado representativo de tema 173, firma a tese de que o conceito de pessoa com deficiência, no contexto do benefício assistencial, não equivaleria necessariamente a situação de incapacidade laborativa. Assim, a concessão do benefício estaria atrelada à “configuração de impedimento de longo prazo com duração mínima de 2 (dois) anos, a ser aferido no caso concreto, desde o início do impedimento até a data prevista para a sua cessação” (BRASIL, 2019). Logo, o referido impedimento não necessitaria ser fruto unicamente da deficiência, mas de outros fatores externos que, somados a esta, tornariam o requerente impedido de realizar suas funções habituais pelo referido prazo.

Indo além, em face das atualizações extensivas trazidas pelo art. 3º lei nº 12.470/11 (BRASIL, 2011), a TNU firmou a súmula nº 80 estabelecendo a necessidade de realização de avaliação por assistente social ou outras providências afins com vistas a revelar a efetiva condição vivida no meio social pelo requerente e, a partir daí, permitir a adequada valoração dos fatores ambientais, sociais, econômicos e pessoais que impactam na participação da pessoa com deficiência na sociedade (BRASIL, 2015b).

3.2 A DEFINIÇÃO DE MISERABILIDADE SOCIAL E A PROBLEMÁTICA DA FIXAÇÃO DE UM LIMITE DE RENDA FAMILIAR

Já no que se refere ao marco remuneratório para recebimento do benefício, ressalta Flávio Silva (2015, p. 44) que o Supremo Tribunal Federal

(STF) reconheceu um processo de inconstitucionalização do critério de $\frac{1}{4}$ de renda per capita familiar para a concessão do BPC, uma vez que a corte enxergou uma afronta ao princípio da igualdade a exclusão de outros grupos que também estariam em vulnerabilidade mesmo sem atender ao referido critério. Entretanto, apesar do referido reconhecimento firmado, na ADI nº 1.232 (BRASIL, 1998), a corte julgou constitucional o enunciado que estabelece o referido parâmetro, atribuindo ao poder legislativo o papel de o alterar quando assim o julgar oportuno. Todavia, diante da inércia do legislador, caberia ao juiz utilizar o crivo constitucional no caso concreto.

Entretanto, em face de outros julgados da corte, a exemplo do Recurso Extraordinário 567.985/MT, mesmo declarada a inconstitucionalidade incidental do § 3º do art. 20 da LOAS, não houve declaração de sua nulidade, estando a norma que define o parâmetro de um quarto plenamente válida. Todavia, embora em âmbito administrativo se mantenha uma uniformização nacional em torno da fração de $\frac{1}{4}$ de salário mínimo familiar per capita, é possível observar julgados difusos em instâncias judiciais ordinárias que estariam em consonância com o posicionamento adotado pela Defensoria Pública da União sustentado no referido RE, utilizando-se parâmetros diversos, como a adoção da fração de $\frac{1}{2}$, fundamentando-se nas alterações trazidos pelas Leis nº 9.533/1997 e 10.689/2003 e pelo Decreto nº 3.997/2001, que trata do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (BRASIL, 2013).

Sobre tal questão, é possível notar movimentações no Congresso Nacional no sentido de se ampliar esse marco, algo que se evidencia pela recente aprovação na Comissão das Pessoas com Deficiência da Câmara dos Deputados, de uma proposta de alteração à LOAS que aumenta de $\frac{1}{4}$ para $\frac{3}{4}$ o parâmetro para concessão do BPC (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019). Outra alteração trazida pelo referido projeto seria a redução para 60 anos da idade mínima para elegibilidade ao benefício assistencial ao idoso. Embora não seja uma inovação no ordenamento jurídico, trata-se de uma expressão de uma notória tendência a se ampliar a abrangência da prestação assistencial, dadas as carências socioeconômicas constatadas na realidade objetiva de contingentes populacionais cada vez mais numerosos.

As referidas teses encontrariam amparo em julgamentos posteriores do STF, conforme representa o seguinte enunciado extraído da Reclamação nº 4.374/PE: “[...] a comprovação de renda per capita inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo é dispensável quando a situação de hipossuficiência econômica é comprovada de outro modo [...]” (BRASIL, 2013, p. 2, grifo nosso). Abre-se, portanto, uma margem para que os casos que fujam aos requisitos da

LOAS sejam implementados pelo poder público, ainda que por determinação do judiciário, de modo a conferir proteção social a quem dela efetivamente necessite.

Em consonância com o referido entendimento, a TNU enunciou sua súmula nº 79 nesse mesmo sentido, consagrando a necessidade de “comprovação das condições socioeconômicas do autor por laudo de assistente social, por auto de constatação lavrado por oficial de justiça ou, sendo inviabilizados os referidos meios, por prova testemunhal” (BRASIL, 2015a), não se restringindo, mais uma vez, ao critério objetivo do teto de renda.

Diante dessa realidade, alguns magistrados estariam ainda descontando da renda total familiar os gastos relativos a despesas essenciais à saúde, como medicamentos e despesas hospitalares. Por outro lado, muito embora se enxergue uma tendência a se superar o referido limite de renda, uma medida muito expressiva nesse sentido seria certamente “acompanhada por um aumento da população legalmente elegível para o BPC, mas, devido a atuais erros de focalização da política, a expansão de custos será inferior ao aumento no tamanho da população legalmente elegível” (PENALVA; DINIZ; MEDEIROS, 2010, p.53). Trata-se da antiga problemática de alcance e efetividade da proteção social, em face das limitações orçamentárias.

Diante de tal questão, Gisele Bovolenta (2016) ressalta que o dever de garantir essa atenção básica deve ser levado a cabo por iniciativas não só da União, mas pelo conjunto “municípios, estados federados e Distrito Federal, o que requer considerar a relação de cooperação quanto a gestão, regulamentação e financiamento firmada entre esses entes ante o pacto federativo” (BOVOLENTA, 2016, p. 8). Nesse sentido, institui-se, a princípio, a vedação da cumulação do BPC/LOAS com outro benefício pecuniário prestado por qualquer outro ente estatal, sendo permitido, contudo, o concurso da referida prestação com outras formas de assistência social, como o acolhimento em instituições de longa permanência, conforme previsto na LOAS, art. 20, §5º. Em ampliação a esse rol, o decreto presidencial de nº 6.214 traz uma ampliação desse rol, estabelecendo o não computo de rendas mensais não remuneratórias, como benefícios e auxílios assistenciais de natureza eventual e temporária, valores oriundos de programas sociais de transferência de renda, bolsas de estágio supervisionado ou rendimentos decorrentes de contrato de aprendizagem (BRASIL, 2007).

Sobre isso, exclui-se igualmente do cálculo de renda per capita para fins de concessão do benefício outros BPCs concedidos aos demais

membros da família, chegando a ser possível a existência de grupos familiares extensos em que todos os integrantes gozem do benefício assistencial, desde que observados os demais requisitos legais. A matriz da referida possibilidade advém do art. 4º par. único do Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003) que estabelece a referida regra de cálculo aos idosos que pleiteiam a assistência. Em conformidade com o que leciona Maria Helena Diniz (2014), a referida norma sobrepõe-se às disposições da LOAS pelo critério da temporalidade (lei posterior revoga lei anterior) e se estende aos deficientes por analogia, visto que se encontram no mesmo patamar constitucional de proteção social, objetivando-se, com isso, harmonizar o ordenamento jurídico brasileiro.

Outrossim, outro aspecto do benefício assistencial a ser avaliado é o conceito de família, contido no art. 20, §1º da LOAS: “é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto” (BRASIL, 1993). Estabelece-se um parâmetro objetivo ao qual o servidor público deve se ater para a concessão do benefício.

Sobre isso, destaca Carolina de Paula (2014) que a atuação da Assistência social deve ser supletiva, cabendo às famílias o dever primário de sustentar os seus integrantes carentes. Contudo, deve-se atentar que a concepção de família expresso no texto constitucional tem se elástico, passando a receber todas as convivências fundadas no afeto, na ética e na solidariedade recíproca, mencionadas ou não expressamente pelo comando normativo. Nesse prisma, por mencionar apenas alguns integrantes contidos na mesma residência, a disposição da LOAS “afronta o colorido da caracterização contemporânea constitucional de família” (PAULA, 2014, p. 122). Trata-se, portanto, de mais um aspecto a ser modulado pelo intérprete da disposição legal, cujo impacto na aplicação da norma de direito fundamental poderá ser no sentido restritivo ou extensivo, favorecendo ou prejudicando o potencial beneficiário.

3.3 PRESTAÇÃO ESTATAL E ADMINISTRAÇÃO DO BPC/LOAS: ABRANGÊNCIA PROTETIVA X FRAUDABILIDADE

Dado o exposto, mesmo sendo um benefício de natureza assistencial, seu caráter pecuniário e de prestação mensal faz a incumbência de administrar a concessão do BPC/LOAS recair sobre o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), muito embora esta seja uma instituição idealizada para gestão da previdência social (BRASIL, 1991). Infere-se que a pretensão

do legislador seria conferir ao BPC o mesmo rigor na prevenção à fraude que se tem em relação aos benefícios previdenciários, atribuindo a sua gestão a autarquia que, em tese, já seria munida de recursos para realizar uma minuciosa análise de cada caso a fim de verificar sua estrita conformidade com a legislação.

Todavia, em face de todos os aspectos técnico-jurídicos anteriormente expostos, percebe-se que a avaliação da plenitude eficácia do BPC enquanto instituto assegurador de proteção social perpassa inevitavelmente pelas dificuldades operacionais de trabalhar com a concessão do benefício. Sobre isso, Faroni; Rangel e Bolonha (2015) destacam que o INSS estabelece uma relação dificultosa com o poder judiciário brasileiro, sobretudo pelo elevado número de benefícios judicializados, impactando profundamente na dinâmica institucional da autarquia. Outra observação relevante seria a tomada de decisão judicial com um quantitativo mínimo de informações, muitas vezes contendo em seu bojo elementos formais que não vão muito além daqueles contidos no processo administrativo, o que se agrava pela celeridade do rito dos Juizados Especiais Federais (JEFs), no qual tramita a maioria das judicializações do BPC/LOAS.

Assim, deve-se pontuar que o benefício sofre críticas por ser levado a cabo por meio de um sistema administrativo deficiente, sem capacidade de executar procedimentos minuciosos a todos as numerosas demandas. Por essa razão, é considerado por muitos o benefício mais fácil de ser fraudado, dada a dificuldade do poder público em averiguar a existência concreta de todos os requisitos legais para a sua concessão.

Exemplo disso seria a carência de pessoal para a realização de visitas domiciliares para fins de averiguação da real condição social de cada pleiteante, ou ainda para a inspeção presencial de cada beneficiário, no caso do BPC/LOAS no prazo legal de 2 anos (BRASIL, 1994, art. 21, caput), a fim de se avaliar se as situações de vulnerabilidade que ensejaram a concessão do benefício ainda se estão presentes. Outro exemplo seria a ausência de parcerias para fins de compartilhamento de informações entre o INSS e os sistemas previdenciários estaduais e municipais, sendo perfeitamente possível que beneficiários destes se apresentem como pessoas carentes e não tenham suas rendas detectadas pela autarquia.

Em meio a esse cenário, na prática, são reduzidos os recursos para se avaliar as particularidades de cada caso, fazendo com que, em sua maioria, sejam indeferidos de modo pouco criterioso, restando ao demandante pleitear novamente no poder judiciário. Gera-se, assim, em

muitos contextos, uma praxe de recorrer logo aos órgãos judiciais, como se a instância administrativa fosse apenas uma formalidade pré-postulatória. Caracteriza-se, assim, uma intervenção estatal que é desencadeada por uma provocação do indivíduo interessado que, em vários casos, acaba sendo excessivamente custosa àquele que já estaria em condição de vulnerabilidade socioeconômica.

Por essa perspectiva, o BPC/LOAS acabaria tornando-se um meio através do qual o Estado delega ao próprio indivíduo o seu dever de proteção social, garantindo a efetividade da seguridade social por meio de uma intervenção genérica, isto é, não voltada especificamente às demandas concretas de cada cidadão, mas ao mero fornecimento de uma remuneração mensal. Assim, o caráter genérico e pecuniário da intervenção, associado a um controle defasado, a tornaria suscetível à desvirtuação, isto é, apreciação por indivíduos que escapariam notoriamente ao escopo da assistência social, fazendo as vezes de renda extra àqueles que souberem explorar as limitações do aparato estatal.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do que fora exposto, viu-se que o direito fundamental à seguridade social se consagra no direito constitucional brasileiro, sendo requisito para manutenção da dignidade humana, consagrada como fundamento da República Federativa do Brasil. Nesse bojo, a seguridade social faria parte da dos direitos fundamentais tidos como de segunda dimensão histórica, ou direitos sociais, tendo sua efetivação prática pautada pelo tripé: saúde, previdência e assistência social. Tomando por foco os dois últimos setores, percebeu-se que, pelo seu caráter eminentemente econômico e ligado às relações trabalhistas formalizadas, a previdência social teria sua abrangência populacional limitada, restando aos excluídos o amparo da assistência social.

Por essa razão, a assistência social acaba tomando uma proporção cada vez maior diante da missão constitucional de garantir segurança a cada cidadão enquanto não possam, por si mesmos ou por seus familiares, assegurar a própria existência digna, seja esporadicamente, seja perpetuamente. Nesse sentido, o Estado brasileiro acaba assumindo um papel de interventor direto em cada realidade individual ou grupal, fazendo pouco uso de iniciativas capazes de promover a autonomia dos indivíduos em situação de vulnerabilidade para além de prestações pecuniárias.

Com efeito, tem-se uma situação de desordem no sistema de concessão dos Benefícios de Prestação Continuada (BPCs), seja por certa

volatilidade na interpretação dos requisitos legais estabelecidos pela LOAS, seja pelo excesso de demanda que, por sua vez, culmina em um excesso de judicializações. Nesse contexto, a assistência social acaba assumindo uma função que seria do setor previdenciário, em que a contributividade prévia à intervenção estatal acaba sendo mitigada pelas dificuldades burocráticas e institucionais de focalização dos sistemas de assistência e previdência social.

Logo, mesmo face da consagração na Constituição Federal, nos termos de igualdade e prevalência da dignidade, o BPC da LOAS acaba tendo uma contribuição limitada à eficácia do direito da seguridade social, visto que a proteção social por ele proporcionada tem sua abrangência obnubilada pelas dificuldades de acesso oriundas de um descompasso institucional protagonizado pela administração pública e pelo poder judiciário. Soma-se a essa problemática a dissociação do benefício assistencial com outros programas, de mesma natureza, que procedam o acompanhamento com amparo direito ao cidadão em vulnerabilidade social.

Outra problemática associada a essa questão seria a suscetibilidade do benefício à fraude. Contudo, entende-se, à luz do texto constitucional, que este é um empecilho que deve ser enfrentado sem que seja ameaçado o acesso do seu público alvo. Assim, diante de uma deficiência da estrutura pública de fiscalização e acompanhamento, a fraudabilidade do benefício, embora deva ser combatida em prol de sua viabilidade econômica e administrativa, não poderia justificar uma restrição ao alcance da assistência social, dada a primazia da eficácia dos direitos sociais consagrada na lei maior, seja sob o fundamento da igualdade material ou da garantia do mínimo existencial.

Dado o exposto, buscou-se avaliar o papel da intervenção estatal por meio da LOAS, pautando-se pela atual conjuntura de concessão do seu Benefício de Prestação Continuada. Portanto, destaca-se que o presente trabalho não se propôs a esgotar a temática, nem mesmo abordá-la exaustivamente, mas fornecer breves subsídios cognitivos para se compreender e investigar as problemáticas relacionadas à eficácia do direito à seguridade social na contemporaneidade brasileira.

REFERÊNCIAS

ABREU, Dimitri de. *A previdência social como instrumento de intervenção do Estado brasileiro na economia*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2016.

AJUFE. *Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais*. Enunciado nº 167. XIII FONAJEF. Recife, 20 de abril de 2016. Disponível em: <https://ajufe.org.br/images/2019/compiladosforuns/Enunciados_FONAJEF.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2020.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMADO, Frederico. *Curso de Direito e Processo Previdenciário*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

BOVOLENTA, Gisele Aparecida. *O benefício eventual do LOAS como garantia de proteção social*. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Serviço Social, São Paulo, 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jan. 2020.

_____. *Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007*. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6214.htm>. Acesso em: 10 fev. 2020.

_____. *Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003*. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/10.741.htm>. Acesso em: 16 jan. 2020.

_____. *Lei 12.470 de 31 de agosto de 2011*. Altera os arts. 20 e 21 e acrescenta o art. 21-A à Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 - Lei Orgânica de Assistência Social, para alterar regras do benefício de prestação continuada da pessoa com deficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12470.htm>. Acesso em: 10 fev. 2020.

_____. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020.

_____. *Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993*. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. ADI 1232. Rel. Ilmar Galvão. Brasília, 27 de agosto de 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Reclamação nº 4.374/PE. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 18 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário nº 567.985/MT. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 18 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

_____. *Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais*. Súmula nº 79. Brasília, 24 de abril de 2015. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

_____. *Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais*. Súmula nº 80. Brasília, 24 de abril de 2015. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

_____. *Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais*. Tema Representativo 173. Rel. Juiz Federal Ronaldo José da Silva. Brasília, 25 de abril de 2019. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/turma-nacional-de-uniformizacao/temas-representativos/tema-173>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Comissão aprova ampliação dos favorecidos pelo benefício de prestação continuada*. 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/611236-comissao-aprova-ampliacao-dos-favorecidos-pelo-beneficio-de-prestacao-continuada/>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

CESAR, Alexandra Clara Botareli; BRITO, Tiago Domingues. A influência da lei orgânica da assistência social na concretização dos direitos fundamentais de segunda geração. *Revista Intervenção, Estado e Sociedade*, Marília/SP, v. 2, n. 1, p. 215-227, jul./dez. 2014.

COLIN, Denise ratmann Arruda; PEREIRA, Juliana Maria Fernandes. *Gestão Integrada de Serviços, Benefícios e Transferência de Renda: Alguns*

Apontamentos Sobre a Experiência Brasileira. In: CRUS, José Ferreira da et al (org.). *Coletânea de Artigos Comemorativos dos 20 Anos da Lei Orgânica de Assistência Social*. 1. ed. Brasília: MDS, 2013. p. 100-133.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 10. ed. São Paulo, Saraiva, 2014.

DUARTE, Cristina Maria Rabelais et al. Proteção social e política pública para populações vulneráveis: uma avaliação do Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social - BPC no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 11, p. 3515-3526, nov. 2017.

FARONI, Fabrício; RANGEL, Henrique; BOLONHA, Carlos. A atividade institucional do INSS e sua difícil relação com o Judiciário. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 16, 110, p. 593-612, Out. 2014/Jan. 2015.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A Eficácia dos Direitos Sociais*. Salvador: JusPodivm, 2008.

MORAES, Ricardo Quartim. O benefício assistencial à luz da estrutura constitucional da seguridade social. *Revista da AGU*, Brasília, v. 9, n. 23, p. 277-294, set. 2017.

PAULA, Carolina Bellini Arantes de. Uma análise sobre a limitação do conceito de família previsto no artigo 20 parágrafo primeiro da Lei 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS), sob o prisma constitucional. *Publicações da Escola da AGU*, Brasília, v. 3, n. 34, jul./ago. 2014.

PAULA, Renato Francisco dos Santos. Assistência Social: direito público e reclamável. In: CRUS, José Ferreira da et al (org.). *Coletânea de Artigos Comemorativos dos 20 Anos da Lei Orgânica de Assistência Social*. 1. ed. Brasília: MDS, 2013. p. 88-99.

PENALVA, Janaína; DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. O Benefício de Prestação Continuada no Supremo Tribunal Federal. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 25, n. 1, p. 53-70, abr. 2010.

SANTOS, Jussara Medianeira Oliveira dos. Análise da Assistência Social a partir da constituição de 1988 e da Lei Orgânica da Assistência Social. *Sociais & Humanas*, Campo Grande, v. 13, n. 1, p. 25-32, jan./dez. 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Flávio Matioli Verissimo. O novo panorama do benefício assistencial: uma análise do requisito econômico da LOAS na nova jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista da AGU*, Brasília, v. 14, n. 01, p. 27-48, jan./mar. 2015.

SILVA, Janaína Lima Penalva da; DINIZ, Debora. *Mínimo social e igualdade: deficiência, perícia e benefício assistencial na LOAS*. Revista Katálysis, Florianópolis, v. 15, n. 2, p. 262-269, dez. 2012.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Maria Isabel Araújo; CORTEZ, Gabriel Cavalcante. O papel da Advocacia-Geral da União na área previdenciária: a repercussão da segurança jurídica no equilíbrio financeiro da seguridade social. *Publicações da Escola da AGU*, Brasília, v. 10, n. 3, out./dez. 2018.

VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio. *Direito da Previdência e Assistência Social: elementos para uma compreensão interdisciplinar*. 1. ed. São José, SC: Editora Conceito Editorial, 2009.

Recebido em: 28/02/2020

Aprovado em: 16/04/2020

ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO COM EFEITOS PROSPECTIVOS: DIÁLOGO COM O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

ANNULMENT OF ADMINISTRATIVE ACT WITH PROSPECTIVE EFFECTS: DIALOGUE WITH THE PRINCIPLE OF LEGAL CERTAINTY

Mauro Sérgio dos Santos

Doutor em Direito Público, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, título reconhecido pela Universidade de Brasília - UnB. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília - UCB. Especialista em Direito Público pelo ICAT-AEUDF. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UNICEUB. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União, Professor de Direito Administrativo.

SUMÁRIO: Introdução; 1. A nova função administrativa do Estado; 2. Juridicidade e legalidade da ação administrativa; 3. A anulação do ato administrativo e seus efeitos; 4. Atos administrativos ampliativos e restritivos; 5. A vinculação do administrador público aos direitos fundamentais; 6. A segurança jurídica como norte da atividade administrativa; 7. Conclusão.

RESUMO: A função administrativa atual deve ser exercida tendo como fundamento não apenas a legalidade estrita, mas, antes, o princípio da juridicidade, com especial destaque para a segurança jurídica. Com isso, o desfazimento de ato administrativo por vício de legalidade não deve levar à retroação automática de seus efeitos, em todos os casos, como ainda é comum nos corredores da Administração Pública. Ao contrário, a anulação de ato ilegal exige na atualidade a verificação do tempo decorrido desde a sua edição e, para além disso, também os direitos dos administrados de boa-fé alcançados pelo ato. Nessa perspectiva, a autoridade administrativa, ao anular ato administrativo viciado, poderá, de forma fundamentada, declarar que os efeitos da anulação se darão a partir do ato decisório de anulação ou ainda a partir de outra data futura, designada e devidamente justificada pela autoridade competente com base no interesse público e nos princípios informadores da atividade administrativa, em especial o princípio da segurança jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Ato Administrativo. Anulação. Efeitos Prospectivos. Juridicidade. Princípio da Segurança Jurídica.

ABSTRACT: The current administrative function must be exercised based on not only strict legality, but, rather, the principle of legality, with special emphasis on legal certainty. Thus, the undoing of an administrative act due to legality defect should not lead to the automatic retroaction of its effects, in all cases, as is still common in the corridors of Public Administration. On the contrary, the annulment of an illegal act currently requires the verification of the time elapsed since its edition and also the rights of the people in good faith. In this perspective, the administrative authority, when annulling administrative act, may, in a reasoned manner, declare that the effects of the annulment will occur from the annulment decision act or from another future date, designated and duly justified by the competent authority with based on public interest and the principles that inform administrative activity, in particular the principle of legal certainty.

KEYWORDS: Administrative Act. Annulment. Prospective Effects. Legality. Principle of Legal Certainty.

INTRODUÇÃO

Se o Direito Administrativo do passado já não atende aos interesses dos administrados de hoje, também parece claro que o interesse público do futuro redefinirá a função administrativa tal qual a conhecemos na atualidade. É assim porque o Direito é por essência dinâmico e aberto, em especial o Direito Administrativo, que precisa estar em constante evolução para não se afastar da ideia de *boa administração*¹.

Essa evolução permanente do Direito Administrativo para fazer face às novas necessidades dos administrados tem exigido de parte da doutrina e da jurisprudência uma releitura de vários institutos a ele conexados, com vistas a amoldá-los aos tempos atuais. Dentre os inúmeros temas de Direito Administrativo a merecerem um reenquadramento doutrinário-jurisprudencial, ganha destaque neste breve ensaio a *anulação de ato administrativo*, cujos efeitos – em regra, retroativos –, a nosso sentir, não podem ser estabelecidos de forma automática, mas, diferentemente, devem ser declarados a partir do exame do caso concreto e levando-se em conta vários fatores, tais como a boa-fé do administrado, o princípio da segurança jurídica e também outros valores que orientam a atividade administrativa.

Com efeito, a anulação de ato administrativo, no que tange a seus efeitos, tal como delineado no passado, pode até atender aos reclamos de uma *legalidade estrita*, mas, no mundo real, muitas vezes se afasta da prossecução do interesse público que deve nortear a conduta administrativa.

Nessa perspectiva, não é precipitado dizer que a retroação automática dos efeitos da anulação de um ato não é compatível com o princípio da juridicidade, que, conforme veremos, exige uma conduta administrativa guiada não apenas pela lei em sentido estrito, mas também pelos princípios informadores da atividade administrativa, dentre eles, com maior relevo, o princípio da segurança jurídica.

Pois bem, sabe-se que a anulação de uma conduta administrativa ilegal produz, como regra geral, efeitos retroativos (*ex tunc*). Contudo, pretende-se demonstrar que tais efeitos, a depender de certas variáveis, podem ser estabelecidos pela autoridade administrativa a partir de outro momento, presente ou mesmo futuro.

1 Uma boa administração, para Rogério Soares, nada mais é que “uma justa Administração”. (SOARES, 1955, p. 146)

Para atingir esse objetivo, o presente ensaio apresentará, inicialmente, alguns aspectos sobre a nova função administrativa que vem sendo moldada nas últimas décadas, de modo a evidenciar, num segundo momento, que a concretização dos direitos fundamentais também é, hoje, um dever do gestor público. Por isso, a função administrativa deve pautar-se na legalidade, mas sem esquecer o direito, visto no seu todo. Nessa perspectiva, será enfatizado o papel de destaque que os princípios constitucionais devem ocupar na realização das tarefas da Administração, em especial o princípio da segurança jurídica; por fim, ainda com o objetivo de demonstrar a necessidade de, em situações excepcionais, flexibilizar os efeitos da anulação de ato administrativo, serão apresentados exemplos a indicar que a modulação de efeitos, em casos excepcionais e devidamente justificados, não só é possível como exigível, por ser um mecanismo importante para a busca do bem-estar social e para a garantia de um mínimo de estabilidade às relações jurídicas. É sobre esse problema que se debruçará a seguir.

1. A NOVA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO

A doutrina tem reconhecido como árdua a tarefa de conceituar e ao mesmo tempo delimitar a função administrativa, em especial, nos dias atuais, em que o conjunto de atividades desempenhadas pela Administração Pública é marcado pelo dinamismo e complexidade, dadas as novas demandas que surgem no cotidiano das pessoas e da própria Administração.

Por meio da função administrativa do Estado “realiza-se a prossecução dos interesses públicos correspondentes às necessidades coletivas prescritas pela lei” (MIRANDA, 1997, p. 29). A função administrativa, como se sabe, não se constitui em monopólio do Poder Executivo, podendo, pois, ser exercida por órgãos e entidades dos três poderes do Estado. Aliás, a função administrativa atual sequer é uma exclusividade do Estado, já que tem se admitido que entidades privadas exerçam função administrativa, mediante delegação estatal (GONÇALVES, 2008, p. 613).

No exercício dessa nova função administrativa, a Administração Pública pratica cotidianamente um grande número de atos administrativos, criando a partir de tais manifestações diversificadas relações jurídicas para os administrados² e para si própria. Muitas dessas condutas, às vezes por simples despreparo dos agentes públicos, acabam por entrar em

² “Administrados”, para o objetivo traçado neste ensaio, são as pessoas naturais ou jurídicas alcançadas direta ou indiretamente pelas condutas administrativas, sejam elas beneficiárias diretas dos comportamentos administrativos, sejam terceiros que não mantêm relação jurídica com a Administração Pública, mas que sentem reflexamente os efeitos do ato praticado.

rota de colisão com o princípio da legalidade, viciando o comportamento administrativo e exigindo medidas para sua retirada do mundo jurídico.

Como regra geral, não se concebe que uma conduta que viola a lei possa regularmente produzir efeitos. Por essa razão, ao longo do tempo doutrina e jurisprudência sustentaram que a simples circunstância de o comportamento administrativo contrariar a regra jurídica deveria impor o seu desfazimento, com efeitos retroativos à data em que foi praticado, com vistas a salvaguardar a ordem jurídica. Vigorava a ideia – na verdade, ainda vigora – segundo a qual um ato nulo não poderia produzir efeitos, por violar o princípio da legalidade. A ideia é até consistente, mas tem um defeito: ignora a realidade.

Nessa perspectiva, entende-se que a nova função administrativa, para bem cumprir seu importante papel, precisa ser exercida com um pouco mais de preocupação e zelo para com o administrado, premissa esta que exige uma decisão administrativa que guarde maior reverência ao ordenamento jurídico como um todo, e não apenas ao princípio da legalidade, aplicado muitas vezes de forma estanque e um tanto divorciada da realidade.

Se, por um lado, o ato administrativo que se contrapõe à lei deve regularmente ser extirpado do ordenamento, com efeitos retroativos (em regra!); por outro não se pode esquecer que há situações em que a própria anulação do ato, com efeitos retroativos, tem o condão de provocar um dano ainda maior ao interesse público. Daí resulta a necessidade de fazer um temperamento dos efeitos do desfazimento de comportamentos anormais da Administração, levando-se em consideração não apenas a arcaica legalidade estrita, mas, noutra perspectiva, realizando uma ponderação sobre o comportamento administrativo viciado e suas consequências para os administrados, de modo a encontrar a solução mais adequada ao conjunto da sociedade. Tal solução, conforme veremos a seguir, há de ter por fundamento o princípio da juridicidade.

2. JURIDICIDADE E LEGALIDADE DA AÇÃO ADMINISTRATIVA

Sabe-se que a pedra angular da separação de poderes é a lei (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 194). Em decorrência disso, tantas vezes foi dito que a lei é ao mesmo tempo limite e mandato para o exercício da função administrativa do Estado. E é assim porque os órgãos e agentes da Administração Pública “só podem agir com fundamento na lei e dentro dos limites por ela impostos” (AMARAL, 2009, p. 42) ou, no dizer de Schmidt-Assmann, a “Administração deve ser dirigida pela lei (gesetzeesdirigerte

verwaltung)” (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 212). É esta a essência do princípio da legalidade da Administração Pública, o qual foi erigido, em vários momentos da história, como “cerne especial do Estado de Direito” (CANOTILHO, 2003, p. 256), designadamente por caracterizar-se, em sua origem, como principal fonte de direito.³

Não obstante a importância histórica do princípio da legalidade, deve-se registrar que a doutrina moderna vem constatando há tempos uma certa crise⁴ ou erosão da lei⁵, pois se tem assistido a uma substituição paulatina de um sistema fechado de *legalidade* por um sistema predominantemente aberto, em que a legalidade administrativa, talqualmente tem sido observado no sistema constitucional, tem se tornado predominantemente principialista (OTERO, 2011, p. 167).

Nesse contexto, não se pretende aqui – nem seria adequado – relativizar a importância da lei para a Administração Pública, mas apenas dizer que a ideia de justiça administrativa exige que para além da legalidade estrita, o administrador público balize suas condutas pelo *princípio da juridicidade*. Noutras palavras, o administrador público não pode abraçar cegamente a letra da lei quando o Direito, por meio dos princípios informadores da função administrativa, está a indicar um outro caminho mais compatível com a boa administração. De forma ainda mais direta, é preciso dizer que não parece razoável o administrador invalidar um ato administrativo que, embora viciado, já tenha se estabilizado no tempo ou beneficiado terceiros de boa-fé, causando com isso prejuízos aos administrados. É que nesses casos, embora haja o princípio da legalidade a impulsionar a busca pelo desfazimento do ato, com efeitos retroativos, há, por outro lado, outros princípios administrativos a sinalizarem um caminho mais adequado à consecução do interesse público.

3 Segundo Paulo Otero, “As ideias de primado do parlamento e de divinização da lei, seja como expressão da vontade geral ou como instrumento garantístico da igualdade de todos os cidadãos, permitem alicerçar durante o século XIX uma concepção positivista que, configurando a lei como principal fonte de Direito e fazendo da codificação a bandeira da cientificidade e da modernidade dos ordenamentos jurídicos, reconduzem todo o Direito ao Estado: a legalidade administrativa é, nesse preciso contexto, expressão da estadualidade de toda a ordem jurídica.” (OTERO, 2011, p. 148).

4 Crise esta que exige uma atualização conceitual, fazendo com que a legalidade administrativa passe a integrar-se “no contexto de um sistema policêntrico de fontes de Direito”. (OTERO, 2011, p. 148)

5 Ana Raquel Gonçalves Moniz destaca o fim da exclusividade da lei como parâmetro da atuação administrativa, afirmando que “A erosão do sentido tradicional do princípio da legalidade conduziu à multiplicação dos parâmetros de vinculação da atuação administrativa e, conseqüentemente, à pulverização dos centros de poder e ao correspondente pluralismo normativo, com impactos, desde logo, no plano internacional, a partir do momento em que se considera que o próprio direito europeu constitui parâmetros da ação administrativa”. (MONIZ, 2015, p. 76)

Nessa perspectiva, é sabido que o Direito Administrativo se funda em uma série de princípios que “refletem as convicções ético-sociais essenciais da comunidade” (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 144). Tais princípios, como normas que são, vinculam o agir administrativo e propiciam o controle das ações e omissões administrativas.

Na origem das teorias sobre princípios⁶, as normas eram confundidas com as regras de conduta que as exteriorizavam; aos princípios, por sua vez, não era reconhecida normatividade própria. Nesse contexto histórico, os princípios tinham o papel de propiciar espaços de interpretação e integração das regras jurídicas, complementando-as, quando assim se fizesse necessário. Esse caráter subsidiário e positivista dos princípios já não encontra mais lugar no cenário jurídico deste começo de século. Como efeito, a partir do período que passou a ser conhecido como pós-positivista os princípios jurídicos, sobretudo os de matiz constitucional, passaram a ser reconhecidos como formas de expressão da norma em si. A discussão sobre a normatividade principiológica ganhou destaque nas últimas décadas, principalmente a partir das conhecidas obras do norte-americano Ronald Dworkin⁷ e do alemão Robert Alexy⁸ sobre o tema.

No Direito atual, os princípios não se colocam, afirma Jorge Miranda, nem acima nem além do Direito; também eles, numa visão ampla, “superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais, fazem parte do complexo ordenamental” (MIRANDA, 2007, p. 263). Na verdade, por meio dos princípios, sobretudo aqueles derivados

6 Canotilho alerta que “As ‘teorias dos princípios’ forneceram-nos o suporte científico para a construção do direito constitucional como um sistema aberto de regras e princípios. Deve reconhecer-se, porém, que, no plano metodológico, os resultados dos esquemas principais estão longe de ser inteiramente convincentes. Por várias razões. Desde logo, a radicalização binária regras/princípios, interpretação/concretização-ponderação, justifica o reaparecimento encapuçado de posições positivistas”. (CANOTILHO, 2008, p. 386)

7 Dworkin faz a seguinte distinção entre princípios e regras jurídicas: “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”. (DWORKIN, 2002, p. 39).

8 Para Alexy, “Regras são normas que ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam a algo definitivamente. Elas contêm um dever definitivo. Quando os seus pressupostos estão cumpridos, produz-se a consequência jurídica. Se não se quer aceitar esta, deve ou declarar-se a regra como inválida e, com isso, despedi-la do ordenamento jurídico, ou, então, inserir-se uma exceção na regra e, nesse sentido, criar uma nova regra. A forma de aplicação de regras é a subsunção. Princípios contêm, pelo contrário, um dever ideal. Eles são mandamentos a serem otimizados. Como tais, eles não contêm um dever definitivo, mas somente um dever *prima-facie*. Eles exigem que algo seja realizado em medida tão alta quando possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas”. (ALEXY, 2011, p. 37)

dos direitos fundamentais, “o direito dá resposta a necessidades elementares de racionalidade, prudência e orientação” (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 71) para o exercício da função administrativa. Os princípios e as regras, ambos, portanto, dotados de caráter normativo, permitem cada um a seu modo a concretização do direito.

O princípio da legalidade, nessa nova perspectiva, deve ter seu espectro ampliado para traduzir não só a ideia de subordinação à lei, *mas ao direito como um todo*, implicando com isso submissão aos princípios gerais de direito, à Constituição, a normas internacionais, a disposições de caráter regulamentar, a atos constitutivos de direitos, etc., daí a ideia de se utilizar na atualidade o vocábulo *juridicidade ao invés de legalidade* (ESTORNINHO, 1999, p. 56).⁹ Em consequência, tem-se que a moderna atividade administrativa não pode configurar-se como “uma mera execução da lei e por assim ser não pode esperar-se que a lei seja a única fonte de sua legitimidade” (MONCADA, 2002, p. 10). O apego à legalidade estrita deve, portanto, ceder espaço para a ideia de juridicidade administrativa, por esta ser mais aberta e, por isso, propiciar “uma legalidade mais exigente” (OTERO, 2003, p. 15).

Por outras palavras, a juridicidade não se esgota, como ocorreu no passado, apenas no plano da legalidade, antes só se realiza plenamente com a legitimidade e a licitude, fato esse que pode ser claramente observado na ordem constitucional inaugurada em 1988 no Brasil, que adota os três referenciais (legalidade, legitimidade e licitude) em inúmeros dispositivos (MOREIRA NETO, 1992, pp. 01-33).

Bem por isso, constatada a ilegalidade de algum comportamento administrativo, a sua invalidação somente poderá legitimamente ser levada a efeito se a Administração avaliar não só as consequências da conduta ilegal que foi praticada, mas também as implicações da própria anulação em si, seja em relação à Administração, seja em relação aos administrados (incluídos os terceiros de boa-fé). E essa avaliação deve se fundamentar

9 No mesmo sentido é a lição de Raquel Melo Urbano de Carvalho: “Distinguem-se a esfera da juridicidade – domínio amplo do direito, composto de princípios e regras jurídicas – da esfera da legalidade – circunscrita às regras jurídicas, reduzindo-se somente a última ao sentido estrito de conformidade dos atos com as regras legais. É com a noção de juridicidade que se abandona um conceito primário de legalidade, satisfeito com o cumprimento nominal e simplista de regras isoladas. Parte-se em busca da observância íntegra do Direito, compreendido este como um conjunto de normas dentre as quais se incluem os princípios expressos e implícitos, bem como as regras específicas do ordenamento”. (CARVALHO, 2009, p. 55).

no Direito como um todo, e não em uma regra jurídica, isoladamente considerada.

Desse modo será possível atingir um saudável equilíbrio entre o Direito e o interesse público, ou, conforme leciona Ana Raquel Moniz, “lograr a prossecução do interesse público dentro das margens oferecidas pelo Direito” (MONIZ, 2015, p. 73), que é designadamente o objetivo derradeiro da função administrativa do Estado.

3. A ANULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO E SEUS EFEITOS

No que tange à correção dos atos praticados pela Administração Pública, o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema de jurisdição única, também conhecido como sistema inglês, por meio de expressa previsão no art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988, o qual estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Significa dizer que todos os litígios, sejam aqueles envolvendo interesses apenas de particulares, sejam os que também afetam a Administração Pública, devem se submeter ao crivo do Poder Judiciário.

Assim, se é certo afirmar que a Administração Pública no Brasil tem competência para decidir os processos administrativos de seu interesse, não é menos certo dizer que eventuais decisões administrativas não terão o condão de tornar-se imutáveis, isso porque o monopólio da jurisdição no sistema jurídico brasileiro pertence unicamente aos órgãos do Poder Judiciário. Mas isso não impede a Administração Pública de praticar um acentuado número de comportamentos diários, muitos dos quais adentram a esfera de direitos dos administrados. Alguns desses atos administrativos, como já mencionado, acabam por infringir a legalidade e, se não forem passíveis de convalidação, devem ser excluídos do mundo jurídico, por meio da anulação.

A Administração, com base no princípio da autotutela, inicialmente reconhecido pelo STF por meio das Súmulas 346¹⁰ e 473¹¹ e posteriormente

10 STF Súmula nº 346: Administração Pública - Declaração da Nulidade dos Seus Próprios Atos. A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

11 STF, Súmula 473: Administração Pública - Anulação ou Revogação dos Seus Próprios Atos. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

previsto no art. 53¹² da Lei nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal), possui competência para, mesmo *ex officio*, rever seus próprios atos, anulando os ilegais, ou revogando, a seu juízo, aqueles considerados inconvenientes ou inoportunos.

Também o Poder Judiciário, desde que para tanto provocado, exerce controle externo sobre os atos da Administração Pública. Tal controle, no entanto, via de regra diz respeito apenas à legalidade do ato, eis que não cabe ao Poder Judiciário substituir a figura do administrador público para apreciar a conveniência e oportunidade dos atos, regulamentos e contratos administrativos.

As duas principais formas de desfazimento de um ato administrativo, no âmbito administrativo, são a anulação, que leva em consideração a ilegalidade ou ilegitimidade do ato, e a revogação, que tem por fato gerador a análise sobre a conveniência e a oportunidade da conduta. A revogação não interessa ao presente estudo; já a anulação, ao contrário, é o objeto central deste ensaio.

Conforme dissemos noutra lugar, anulação é o desfazimento do ato administrativo em decorrência de algum vício de legalidade constatado na sua formação, ou ainda em razão da violação dos princípios que regem o Direito Administrativo. Em outras palavras, “é a extinção do ato administrativo em virtude de sua dissonância para com a ordem jurídica, seja por violar uma regra de Direito (ilegalidade), seja por desprezar um princípio da Administração Pública (ilegitimidade)” (SANTOS, 2016, p. 238).

Se a anulação é o cancelamento do ato administrativo que contrariou a ordem vigente, costuma-se afirmar que seus efeitos devem retroagir ao momento em que praticado o ato ilegal ou ilegítimo, porquanto este não pode, em princípio, produzir resultados válidos no mundo jurídico. Diz-se assim que os efeitos da anulação operam retroativamente, ou seja, são *ex tunc*, justamente porque um ato que ofendeu o Direito não pode, pelo Direito, produzir efeitos regulares.

Essa sempre foi a regra geral na teoria das nulidades e, em princípio, nada de errado há em relação a isso. Entretanto, entendemos esses efeitos retroativos não podem ser automáticos nem para todos os casos.

12 Lei nº 9.784/99, art. 53: A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Nessa perspectiva, o que se propõe é que ao decidir pela anulação de um comportamento administrativo ilegal, o gestor deve considerar também as consequências já produzidas pelo ato. Assim, não é compatível com o princípio da juridicidade, por exemplo, editar um ato administrativo que franqueia ao administrado algum direito e, após um tempo, diante de um vício insanável, promover sua anulação com o desfazimento irrefletido de todas as consequências dele decorrentes. Se houve benefício a terceiros que nem de longe contribuíram para o vício diagnosticado, não é razoável nem justo que todas as consequências favoráveis sejam apagadas. Se já operou a chamada convalidação tácita, que adiante será tratada, igualmente não será possível a anulação, a não ser que a Administração Pública comprove a existência de má-fé, nos termos do art. 54, *caput*, da Lei nº 9.784/99.

Essa questão será clareada a partir do exame dos atos administrativos ampliativos e restritivos, que será feita a seguir.

4. ATOS ADMINISTRATIVOS AMPLIATIVOS E RESTRITIVOS

Ato administrativo, na lição de Rogério Soares, é uma “estatuição autoritária, relativa a um caso individual, manifestada por um agente da Administração no uso dos poderes de Direito Administrativo, pela qual se produzem efeitos jurídicos externos, positivos ou negativos” (SOARES, 1990, pp. 223-228).¹³

Para nós, ato administrativo “é a manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, por meio da atuação de seus agentes, cria, modifica ou extingue relações jurídicas para os administrados ou para si própria, sempre visando o interesse público” (SANTOS, 2016, p. 200).

Como se vê, o ato administrativo tem aptidão para provocar inúmeras alterações na esfera jurídica do administrado, seja para constituir uma nova realidade jurídica, seja para modificar, seja ainda para colocar fim a uma relação jurídica então existente.

Nessa perspectiva, dentre as diversas classificações doutrinárias a respeito do ato administrativo, uma delas diz respeito aos resultados promovidos pelo comportamento administrativo e, por isso, possuem grande importância para este estudo. Tal classificação separa os atos

13 A Professora Ana Raquel Gonçalves Moniz define o ato administrativo como “toda a declaração de autoridade emitida por um órgão administrativo no uso de poderes de Direito Administrativo, para regular um caso concreto e individual, no âmbito de uma relação jurídica externa, dotada de efeitos jurídicos, positivos ou negativos”. (MONIZ, 2015, p. 297)

administrativos em *atos ampliativos e restritivos*, ou, segundo a doutrina portuguesa (MONIZ, 2015, p. 308), atos constitutivos de direitos (positivos) e atos negativos.

Para o Professor Vieira de Andrade, os atos constitutivos de direitos são aqueles que visam “constituir posições jurídicas subjetivas favoráveis na esfera jurídica dos destinatários ou de terceiros”, enquanto que os atos negativos, como o próprio nome está a indicar, “não conferem os efeitos pretendidos, designadamente o indeferimento expresso de requerimentos e a recusa de apreciação de pedidos” (ANDRADE, 2017, p. 175).

Em síntese, os atos ampliativos (ou constitutivos positivos) conferem alguma prestação ao administrado ao passo que os restritivos (ou negativos) diminuem sua esfera jurídica, normalmente impondo-lhe algum ônus ou simplesmente negando um pedido do administrado.

Essa diferença é de especial relevância para este ensaio, pois a anulação de ato administrativo restritivo, com evidente razão, deve produzir efeitos retroativos, pois além de contrariar a ordem vigente, ainda teve o condão de reduzir a esfera de direitos do administrado. Não há o que acrescentar sobre isso.

No entanto, no caso de um ato ampliativo, ou seja, aquele que criou alguma prestação favorável ao administrado, na hipótese de ser constatado um vício de natureza insanável, ainda assim a Administração Pública deve levar em consideração outros fatores, como a boa-fé do administrado e o tempo decorrido desde a prática do ato, para bem decidir sobre o momento que o desfazimento operará seus efeitos. Sustenta-se, pois, a possibilidade de a autoridade refletir e decidir, com fundamento nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e segurança jurídica, sobre o melhor momento para a anulação produzir seus efeitos. E é assim porque o administrador está vinculado não apenas à lei formal, mas ao Direito como um todo, e tem como objetivo último a efetivação dos direitos do administrado, circunstância que exige uma atuação administrativa mais proativa e zelosa por parte da autoridade, devido à vinculação que emana dos direitos fundamentais.

Vejamos um exemplo bastante prático, que ilustra com clareza a problemática aqui enfrentada e dá suporte aos argumentos sustentados neste ensaio: imagine-se que a Administração Pública edita um ato normativo que regulamenta a concessão de créditos para beneficiários da reforma agrária junto a bancos públicos. O ato normativo entra

regularmente em vigor, produz seus efeitos e um ano depois a Administração constata que o referido ato padece de vício insanável, pela inobservância de requisito essencial previsto no próprio regimento interno. O vício, de natureza insuperável, não admite convalidação. Nesse caso hipotético, suponha-se que vários beneficiários da reforma agrária já tiveram acesso aos créditos junto aos bancos conveniados, enquanto outros já estão com suas solicitações deferidas administrativamente e aguardando apenas os trâmites burocráticos normais; há, também, centenas de outros beneficiários ainda em fase inicial de instrução processual. Em casos assim, dada a ilegalidade constatada, a segurança jurídica impõe ao administrador o desfazimento do ato, por meio da anulação; por outro lado, impõe também a necessidade afastar os efeitos retroativos, típicos da anulação, para que o gestor público possa escolher, fundamentado em razões técnicas e sobretudo nos princípios que orientam o agir administrativo, o melhor momento para a produção de efeitos, que pode ser a partir do ato de anulação (*ex nunc*) e até mesmo em outra data futura, desde que adequadamente justificada em razões de interesse público.

A anulação do ato normativo, na situação hipotética antes desenhada, não poderá prejudicar os administrados (beneficiários da política pública) nem os terceiros de boa-fé (ex: bancos públicos que já liberaram recursos financeiros). E deve ser assim por várias razões: primeiro, porque os beneficiários do ato e os terceiros de boa-fé em nada contribuíram para a existência da ilegalidade constatada; segundo, porque o gestor público deve obediência não apenas às regras legais, mas à ordem jurídica como um todo, na qual os princípios da Administração Pública ocupam atualmente lugar de destaque; e terceiro, porque o direito administrativo deste início de século exige do gestor público maior zelo e sensibilidade na execução das tarefas administrativas, dada a vinculação que emana dos direitos fundamentais, conforme veremos a seguir.

5. A VINCULAÇÃO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo a doutrina de Canotilho, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como “normas jurídicas vinculativas e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes declarações de direitos” (CANOTILHO, 2003, p. 378). Em consequência, tais direitos sujeitam não apenas a Administração Pública em sentido estrito, que é o cerne de nosso estudo, mas todos os órgãos e poderes da República (MIRANDA, 2012, p. 291).

Os poderes públicos são destinatários da vinculação gerada pelos direitos fundamentais, porquanto as normas consagradoras desses direitos recortam, “logo a nível constitucional, uma pretensão *jurídica individual* (direito subjetivo) a favor de determinados titulares com o correspondente dever jurídico por parte dos destinatários passivos” (CANOTILHO, 2003, p. 401).

A vinculação da função administrativa aos direitos fundamentais sempre foi corporificada pelo princípio da legalidade (juridicidade), que exigia – e via de regra ainda exige – uma autorização legal para que a Administração pudesse intervir em direitos individuais. Apesar disso, não basta apenas a vinculação administrativa por meio da lei, ela própria um tanto suspeita, pois a verdadeira proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos perpassa pela vinculação direta da função administrativa às normas e princípios constitucionais. Daí a necessidade de aplicar a Lei (anulando o ato ilegal) sem virar as costas para o Direito (esquecendo o administrado que foi beneficiado pelo ato).

Nesse contexto, na eventual anulação de ato administrativo devem ser postas em consideração as consequência para os terceiros de boa-fé e também o tempo decorrido desde a prática do ato, pois a segurança jurídica, ela própria um direito fundamental, há de ser considerada pela autoridade juntamente com a necessidade de extirpar o ato ilegal da ordem vigente. É isso que será abordado a seguir.

6. A SEGURANÇA JURÍDICA COMO NORTE DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Não há estabilidade social sem segurança jurídica. Por isso tal princípio é um dos pilares do Estado de Direito, pois possibilita, a partir de hipóteses distintas previstas no ordenamento, conferir um mínimo de estabilidade às relações jurídicas. O princípio da segurança jurídica também é conhecido como princípio da confiança legítima ou princípio da proteção da confiança¹⁴.

14 Na verdade, o princípio da proteção da confiança é normalmente enquadrado pela doutrina especializada como um subprincípio ou uma decorrência do princípio da segurança jurídica. Para Canotilho, “estes dois princípios – segurança jurídica e proteção à confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos” (CANOTILHO, 2003, pp. 257-266).

Para José Afonso da Silva, a segurança jurídica consiste no “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida” (SILVA, 2006, p. 133). Uma importante condição da segurança jurídica, continua o professor, “está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída” (SILVA, 2006, p. 133).

Segundo a doutrina de Canotilho, “o homem necessita de segurança jurídica para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de direito” (CANOTILHO, 2003, pp. 257-266).

Não obstante isso, a Administração Pública brasileira, afirma Almiro Couto e Silva, tem o costume de aplicar “o princípio da legalidade, esquecendo-se completamente do princípio da segurança jurídica” (Silva, 2003, p. 13-33). Ao reforçar que a doutrina e a jurisprudência nacionais têm sido muito tímidas na afirmação do princípio da segurança jurídica, o referido autor salienta que ao dar ênfase excessiva ao princípio da legalidade da Administração Pública, e “ao aplicá-lo a situações em que o interesse público estava a indicar que não era aplicável, desfigura-se o Estado de Direito, pois se lhe tira um dos seus mais fortes pilares de sustentação, que é o princípio da segurança jurídica, e acaba-se por negar justiça” (Silva, 2003, p. 13-33).

No Direito brasileiro, o campo de atuação do princípio da segurança jurídica é bastante amplo, a começar com a proteção constitucional ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, conforme prevê o art. 5º, XXXVI da Constituição de 1988. O princípio da segurança jurídica também é o fundamento dos institutos da prescrição e da decadência, que contribuem para a pacificação social. Além disso, tal princípio foi o motor para a reforma constitucional que introduziu as súmulas vinculantes no Direito brasileiro, que visam pôr fim a controvérsias entre os órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública que acarretem “grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” (art. 103-A, § 1º, CF).

Na seara administrativa, o princípio da segurança jurídica encontra previsão no caput do art. 2º da Lei 9.784/99. Além disso, dispõe o inciso XIII do parágrafo único do mesmo artigo que a Administração Pública

deve obedecer ao critério da “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.

O art. 54 da Lei 9.784/99 estabelece que o “direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”. Trata-se da convalidação tácita, que se materializa “a partir da inércia do Poder Público por certo lapso temporal” (SANTOS, 2016, p. 248).

Assim, não invalidando ato ilegal de que decorra algum direito aos administrados no prazo de cinco anos, a Administração não mais poderá fazê-lo, por razões de segurança jurídica, a não ser que comprove a existência de má-fé por parte do beneficiário ou outro envolvido.

Para além das situações abrangidas pela hipótese legal, ao anular atos administrativos ampliativos, a Administração Pública não poderá desconsiderar os efeitos praticados pelo ato aos seus beneficiários diretos e aos terceiros de boa-fé. Com efeito, um ato administrativo declarado nulo pela Administração não pode, só por isso, apagar a realidade como num passe de mágica. Em situações como tais, o princípio da segurança jurídica deve servir como base normativa para a preservação dos efeitos do ato que tenham beneficiado administrados (ou terceiros) que tenham agido de boa-fé, isto é, que não concorreram para a prática do vício posteriormente constatado.

No campo jurisprudencial, o STJ firmou importante tese em favor da segurança jurídica por meio do julgamento do REsp 1.244.183-PB, relativizando os efeitos do desfazimento do ato em relação aos terceiros de boa-fé. Vejamos:

“É indevida a devolução ao erário de valores recebidos de boa-fé, por servidor público ou pensionista, em decorrência de erro administrativo operacional ou nas hipóteses de equívoco ou má interpretação da lei pela administração pública”.¹⁵

15 Tese elaborada pela 1ª Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.244.183-PB, Relator Min. Benedito Gonçalves, Julgamento em 10/10/12, publicado em 19/10/12.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, já assentou que a segurança jurídica deve prevalecer sobre o princípio da legalidade, no caso de anulação de ato que prejudica terceiro de boa-fé:

“Na espécie, o TCU reputara ilegal a incorporação de “quintos” pela impetrante, em razão da falta de um dia para o implemento do requisito temporal exigido para a aquisição da vantagem, e determinara a devolução dos valores percebidos – v. Informativo 424. Por considerar presente a boa-fé da impetrante, concedeu-se a ordem, para determinar que a autoridade coatora restitua as quantias descontadas durante o período de seu pagamento até a data da publicação da decisão do TCU.”¹⁶

Como é possível notar, a segurança jurídica faz surgir uma confiança legítima do administrado relativamente às condutas da Administração Pública. Tal confiança, na lição de Coviello, deve proteger quem se relaciona com o Estado contra mudanças de comportamentos bruscas e desproporcionais. Deve, igualmente, proteger o administrado contra o desfazimento de ato administrativo desarrazoado que leva à perda de expectativas, fulminando severamente a esperança na permanência da situação jurídica vigente durante um determinado período (COVIELLO, 2004, p. 458).

7. CONCLUSÃO

Sabe-se que a atividade administrativa é orientada por vários princípios constitucionais e infraconstitucionais, sendo o princípio da segurança jurídica um dos mais relevantes, pelo simples fato de conferir um mínimo de estabilidade às relações jurídicas, situação sem a qual não se convive bem em sociedade.

A anulação de um ato administrativo ilegal, como regra geral, deve produzir efeitos retroativos (*ex tunc*), haja vista que atos ilegais, também em regra, não devem produzir efeitos no mundo jurídico.

Embora os efeitos da anulação de ato administrativo sejam, regra geral, retroativos, a autoridade administrativa possui a prerrogativa de avaliar, no caso concreto, se o desfazimento do ato não vai prejudicar direitos já estabilizados no tempo, sobretudo para o beneficiário direto do ato e para terceiros de boa-fé. Nesse sentido é a lição de Santos, para quem “a desconstituição dos efeitos do ato desde sua origem impede a

16 MS nº 23.978-DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno do STF.

alegação de direito adquirido por parte do destinatário; no entanto, se o ato administrativo, antes de ser anulado, gerou algum direito a terceiros de boa-fé, tal direito deve ser resguardado” (SANTOS, 2016, p. 240).

Também o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, ao evoluir e reformular sua compreensão anterior sobre o tema, passou a sustentar que a anulação de ato administrativo não pode conexionar-se automaticamente com a imposição de efeitos retroativos (MELLO, 2012, pp. 487-488)¹⁷. Os efeitos da anulação do ato, se retroativos ou prospectivos, dependerão, antes, da espécie de ato que foi objeto do desfazimento por ilegalidade. Se o ato anulado era de natureza restritiva e, para além disso, estava marcado pela pecha da ilegalidade, por certo que seu desfazimento deve apagar também seus rastros, desde a origem. Diferentemente, se o ato gerou uma ampliação na esfera jurídica do particular, que em nada contribuiu para a mácula, aí os efeitos devem ser salvaguardados, de modo prestigiar a segurança jurídica e conferir efetividade aos direitos do administrado.

A declaração de nulidade com efeitos retroativos pela autoridade administrativa, que tenha por objetivo desconstituir direitos dos administrados em razão de mazelas legais que com eles não guardam nenhuma conexão, trata-se, não há dúvida, de medida irrazoável, desproporcional e que ofende a segurança jurídica. Em casos assim, conquanto o administrador esteja de fato cumprindo a legalidade, estará ao mesmo tempo se contrapondo ao princípio da juridicidade e, em última análise, negando justiça ao administrado, circunstância que fere de morte a ideia de boa administração.¹⁸

17 “(...) pensamos hoje que o assunto só se resolve adequadamente tomando-se em conta a fundamentalíssima distinção – e que cada vez nos parece mais importante para uma teoria do direito administrativo – entre atos restritivos e atos ampliativos da esfera jurídica dos administrados, discrimen, este, que funda uma dicotomia básica, influente sobre inúmeros tópicos do Direito Administrativo (como, por exemplo, o da eficácia dos atos administrativos – sua imperatividade e executoriedade –, o dos princípios do procedimento administrativo, o da teoria da vontade do particular no ato administrativo, o da coisa julgada administrativa ou o das consequências da invalidação). Na conformidade desta perspectiva, parece-nos que efetivamente nos atos unilaterais restritivos da esfera jurídica dos administrados, se eram inválidos, todas as razões concorrem para que sua fulminação produza efeitos ex tunc, exonerando por inteiro quem fora indevidamente agravado pelo Poder Público das consequências onerosas. Pelo contrário, nos atos unilaterais ampliativos da esfera jurídica do administrado, se este não concorreu para o vício do ato, estando de boa-fé, sua fulminação só deve produzir efeitos ex nunc, ou seja, depois de pronunciada.” (MELLO, 2012, pp. 487-488)

18 Guido Falzone, em seu conhecido estudo sobre o dever de boa administração, afirma que o bom administrador público deve sempre perseguir o interesse público. Por isso, caso o administrador tenha que decidir discricionariamente entre duas alternativas factíveis, deverá optar por aquela que seja mais benéfica ao bem comum. (FALZONE, 1953, pp. 72-73).

Dito isso, é possível afirmar que, se, por um lado, a Administração Pública é obrigada a desfazer seus atos ilegais, em regra com efeitos ex tunc, o princípio da juridicidade também impõe que outros princípios, como a segurança jurídica, sejam sopesados no momento do desfazimento do ato ilegal, permitindo, a partir de uma ponderação fundamentada dos valores envolvidos, determinar que o ato de anulação produza efeitos ex nunc ou mesmo em outro momento futuro, a ser justificado pela autoridade à luz do interesse público e com base nos princípios que orientam o agir administrativo. É possível, pois, que a autoridade administrativa, com vistas a resguardar direitos dos administrados (beneficiários diretos do ato e terceiros de boa-fé), possa realizar a flexibilização dos efeitos da anulação do ato administrativo. Tal modulação, quando adequadamente justificada pela autoridade, pode até não encontrar ressonância na legalidade estrita, mas encontrará justa acolhida no princípio da juridicidade.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4ª edição, 2009.
- AMARAL, Diogo Freitas. *Curso de Direito Administrativo*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2009.
- ANDRADE, José Carlos. *Lições de Direito Administrativo*, 5ª edição, Coimbra Jurídica, 2017. p. 175.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed. 16ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Princípios – *entre a sabedoria e a aprendizagem*. In Estudos Em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves. Boletim da Faculdade de Direito. Studia Iuridica, 90. Vol. I. Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. Reimpressão 2002, pp.12-13.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. 2 Ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.
- COVIELLO, Pedro José Jorge. *La protección de la confianza del administrado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1999.

GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*. Reimpressão da Edição de outubro/2005. Coimbra: Almedina, 2008, p. 613.

FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1953.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 487-488.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 6ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 263.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, 5ª edição, Coimbra: Almedina, 2012.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo V. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Lei e Regulamento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito Administrativo: Textos e Casos Práticos Resolvidos*. Coimbra: Almedina, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Moralidade administrativa: do conceito à efetivação*. In *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, out./dez. 1992.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

Silva, Almiro Couto e. *Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo*. Revista da PGE, Cadernos de Direito Público, Nº 57, Dezembro/2003.

SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Malheiros, 2006.

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, MCMLV.

SOARES, Rogério. *O acto administrativo*. Scientia Iuridica – Separata, 1990.

Recebido em: 17/09/2019
Aprovado em: 31/10/2019

FLEXIBILIZAÇÃO E FLEXISSEGURANÇA: OS PARADIGMAS E AS POSSIBILIDADES PARA A ADAPTAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

***FLEXIBILIZATION AND FLEXICURITY: THE PARADIGMS
AND THE POSSIBILITIES FOR THE ADAPTATION OF
LABOR LEGISLATION***

Miriam Olivia Knopik Ferraz

*Mestre pela PUCPR. Especialista em Direito Constitucional pela ABDCONST.
Especialista em Legal Tech: Direito, Inovação e Start Ups pela PUC Minas.
Advogada.*

João Maciel de Souza Gonçalves Lopes

*Pós-graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia
Universidade Católica do Paraná - PUC-PR. Pós-graduado em Direito Público pelo
Instituto Brasiliense de Direito Público - IBDP. Bacharel em Ciências Sociais pela
Faculdades Integradas Barros Melo.*

Marco Antônio César Villatore

*Pós-Doutor pela Università degli Studi di Roma II, "Tor Vergata". Doutor em
Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza Sociale - Università degli Studi
di Roma, "La Sapienza", revalidado pela Universidade Federal de Santa Catarina.*

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado. Professor Adjunto III da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal de Santa Catarina.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Suficiências e insuficiências das normativas laborais diante das realidades sociais; 2. Fundamentos e perspectivas sociais da Flexibilização e da Flexissegurança; 3. A realidade social e as reformas legislativas brasileiras em desencontro dos modelos de flexibilização e flexissegurança; Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente estudo busca demonstrar que o sistema normativa atual brasileiro não adota nenhum dos sistemas, seja a flexibilização, seja a flexissegurança, e a proposta de reformulações deve se pautar em estruturas normativas com viés social, para além do Direito do Trabalho. Para o desenvolvimento da pesquisa, utilizou-se bibliografia multidisciplinar com o intuito de analisar a realidade e o cenário econômico. O estudo foi subdividido em três pontos principais: o primeiro trata das suficiências e insuficiências normativas laborais diante das realidades sociais, após se adentrar nos fundamentos e perspectivas sociais da Flexibilização e Flexissegurança. Por fim, aborda-se a realidade social brasileira e as reformas legislativas, demonstrando-se o desencontro dos modelos de flexibilização e flexissegurança com as recentes propostas aprovadas e corporificadas em textos normativos.

PALAVRAS-CHAVE: Flexibilização. Flexissegurança. Legislação trabalhista. Reformas trabalhistas. Adequação normativa.

ABSTRACT: The present study seeks to demonstrate that the current Brazilian normative system does not adopt any of the systems, be it flexibilization or flexicurity, and the proposal for reformulations should be based on normative structures with a social bias, in addition to Labor Law. For the development of the research, a multidisciplinary bibliography was used in order to analyze the reality and the economic scenario. The study was subdivided into three main points: the first deals with the adequacy and insufficiency of labor standards before the social events, after entering the fundamentals and social perspectives of Flexibilization and Flexicurity. Finally, the Brazilian social reality and legislative reforms are discussed, demonstrating the lack of flexibility and flexicurity models with the recent proposals approved and embodied in normative texts.

KEYWORDS: Flexibilization. Flexicurity. Labor legislation. Labor reforms. Normative adequacy.

INTRODUÇÃO

Compreender as mudanças do mundo do trabalho é compreender como a legislação vai interferir e regular as questões laborais. Dentre os diversos modelos existentes, alguns propõem uma liberdade contratual e outros propõem a estipulação de parâmetros mínimos a serem garantidos pelo Estado, como agente regulador.

O embate sobre a regulação do sistema laboral não é discussão nova e sim, permeia as relações de trabalho em grande parte de sua existência, entretanto, rediscute-se a urgência do repensar legislativo diante da inserção das novas tecnologias nas vivências humanas.

A hipótese da presente pesquisa é que há a possibilidade de aplicar um sistema de normas flexibilizatório no ordenamento brasileiro, no sentido de normas trabalhistas adaptáveis. Para tanto, por meio da metodologia lógico-dedutivo subdividiu-se o estudo em três eixos: primeiramente buscase compreender o papel da legislação e qual o sistema adotado no Brasil, e assim traçar as suficiências e insuficiências das normativas laborais diante das realidades sociais, considerando as novas tecnologias. Posteriormente adentra-se nos fundamentos e perspectivas sociais da flexibilização e da flexissegurança, traçando-se as diferenciações e possibilidade dos dois modelos. Por fim, aborda-se a realidade social e as reformas legislativas brasileiras demonstrando-se o desencontro dos modelos de flexibilização e flexissegurança, e assim, a incoerência de reformas legislativas não pensadas em um plano macro. Nesse sentido apesar do histórico de normativas flexibilizatórias na legislação trabalhista brasileira, demonstra-se que há muito que se aperfeiçoar nesse sentido para a construção de um ordenamento adaptável e coerente.

1. SUFICIÊNCIAS E INSUFICIÊNCIAS DAS NORMATIVAS LABORAIS DIANTE DAS REALIDADES SOCIAIS

A cada perspectiva de avanço da sociedade, novos e antigos desafios são lançados à doutrina jurídica e normativa para a solução. Os paradigmas de inserção da tecnologia, da necessidade de se vislumbrar as realidades de margem, pobreza, miséria, desemprego, e a própria ideia de Estado de Crise (BAUMAN; BORDONI, 2016,

P. 104) trazem, dentre tantas discussões, a da flexibilização e da flexissegurança.

Busca-se, por meio desses modelos, essencialmente, uma adaptabilidade mas diversas críticas são feitas devido a possibilidades destes se desenvolverem sem a devida proteção e progressão de direitos sociais. Retomam-se esses temas, principalmente, diante das recentes reformas trabalhistas brasileiras e, pelo discurso da necessidade de normativas adaptáveis. Nesse contexto, busca-se compreender nesse trabalho as possíveis adaptações do sistema normativo brasileiro, dois pontos: se há a adoção de um sistema de flexibilização ou flexissegurança; se é possível incorporá-los ao ordenamento jurídico brasileiro.

Considerando-se a Revolução Tecnológica, é necessário depreender como ela impacta na sociedade, no ordenamento e, principalmente, nas relações de trabalho. O paradigma da sociedade tecnológica contesta a ideia de imutabilidade e controlabilidade da tecnologia, e assim, contesta-se também o paradigma de normas imutáveis. Como afirma Diana Carolina Valencia Tello a inovação tecnológica e o seu processo de desenvolvimento dependerão de múltiplas variáveis, não sendo possível que nenhum ator controle completamente ou determine efetivamente como a tecnologia se desenvolverá e se materializará. (TELLO, 2015, p. 31) Assim, a ideia da vivência na pós-modernidade permite e amplia o questionamento a noção de “ordem” e assim, eleva-se a tendência “flexibilidade” e a “inovação”, acima da estabilidade e da continuidade na hierarquia e valores. (BAUMAN; BORDONI, 2016, p. 104)

Nesse momento questiona-se: Com a flexibilização necessariamente se encontra a precarização? Para tanto, adentra-se no estudo de Tânia Franco e Graça Druck que elencam as seis fases/feixes da precarização laboral: a vulnerabilidade das formas de inserção e de desigualdades sociais; a intensificação do trabalho e terceirização; a insegurança e a saúde no trabalho; a perda das identidades individual e coletiva; a fragilização da organização dos trabalhadores; (FRANCO; DRUCK, 2009) e a condenação e o descarte do Direito do Trabalho. (DRUCK, 2011)

Denota-se que com a flexibilização (com base nas diversas propostas que se tem hoje) é possível alcançar um patamar de completa desestruturação do Direito Laboral e das realidades do trabalho, o que deve ser verificado quando um Estado optar pela manutenção de um sistema flexível ou

não. Sendo assim, caso um sistema flexíveis resulte no cumprimento dos seis feixes apontados haverá sim uma correlação entre flexibilização e precarização

Entretanto, observa-se que a problemática pode alcançar patamares muito maiores, como aponta Paul Singer, ao elencar que o crescimento do desemprego no mundo globalizado é apenas uma “ponta de um iceberg muito maior que é a deterioração das relações de trabalho, que por sua vez gera a exclusão social.” (SINGER, 1999) Para ele, a realidade vivenciada tem aumentado as exclusões e está alcançando um espaço progressivo juntamente com a ética da individualidade. (SINGER, 1999)

No mesmo sentido coaduna Zygmunt Bauman quando reflete sobre as relações de trabalho. Para o autor anteriormente a pós-modernidade havia uma dependência recíproca entre patrões e empregados (ou mão de obra) o que ocasionava, em algum momento, o encontro na “mesa de negociações”, a formulação de acordos e compromissos. Agora, mudaram-se os paradigmas, há a dependência unilateral, seu fortalecimento e, com ela há a facilitação de decisões não consensuais, estas tomadas de forma direcionada pelos empregadores: “agora não mais presos a um local e livres para mudar-se para outras partes do mundo”. (BAUMAN; BORDONI, 2016, p. 52)

Com a pós-modernidade vivencia-se um “estado de jogo” que promove a competição, divisões sociais e a desigualdade, da mesma forma que a “dependência recíproca” que se tinha antes, gerava limitação as desigualdades, fortalecimento de compromissos, alianças, e o começo da solidariedade humana. (BAUMAN; BORDONI, 2016, p. 53)

Dessa forma, observa-se que as presentes normativas hoje não estão adaptadas tanto as novas tecnologias e suas influências nas relações de trabalho, quanto as vivências de margem que requerem ações planejadas e estruturadas (como a existência de transnacionais e a escolha pelo país com a legislação trabalhista “mais favorável”/ menos custosa).

É possível se vislumbrar a insuficiência normativa, entretanto, há a necessidade de se reconhecer a importância da estruturação de garantia de direitos que deve ser preservada. Direitos socialmente construídos e que foram elevados ao patamar constitucional, mas também convencional não podem ser descartados em prol de uma adaptabilidade sem critérios. Há a necessidade de se construir um sistema que possa balancear os interesses e proteger os hipossuficientes.

2. FUNDAMENTOS E PERSPECTIVAS SOCIAIS DA FLEXIBILIZAÇÃO E DA FLEXISSEGURANÇA

Na sociedade tecnológica ou quarta revolução tecnológica que se vivencia a globalização e a dissolução de fronteiras é uma realidade. Segundo Diana Tello, a tendência a flexibilização caminha junto com esses fenômenos, uma vez que a criação de redes autônomas e independentes, e a principal característica delas é a flexibilidade, já que elas “se formam ou desaparecem conforme as condições globais, os interesses ou os valores dos participantes”. (TELLO, 2015, p. 44)

Para a autora, o sistema de redes é a nova forma de organização social e econômica trazendo reflexos, inclusive, para a própria noção de autoridade, que só é tida como efetiva, quando é “aceita e reconhecida por outros atores relevantes nas diferentes redes de poder, o que muda constantemente, conforme mudam as circunstâncias”. (TELLO, 2015, p. 45) Por esse motivo também, fortalecem-se os argumentos, os defensores e as tendências ao exaurimento de um sistema regulatório trabalhista como legítimo. (FERRAZ, 2018, p. 17)

Essa realidade já é vislumbrada em diversas empresas que adotam e podem ser entendidas como “empresas em rede”, como as transnacionais. Elas possuem uma organização empresarial diferenciada, permitindo que a produção esteja dissolvida em diferentes territórios, mas a coordenação é estruturada em uma única grande empresa que avalia “em cada momento, as vantagens e desvantagens de compartilhar custos e riscos em determinados setores de produção”. (TELLO, 2015, p. 44) Assim, já é uma realidade a flexibilização de estruturação em diversos territórios.

Nesse sentido a flexibilização pode ser vista, também, sob essas duas formas, analisando-se como um sistema global: a dissolução das empresas em vários territórios permite que se escolha o melhor sistema jurídico para cada parcela do processo produtivo; e ainda, a nível regional: vislumbrando-se pressões para a flexibilização de normativas trabalhistas dentro de cada país.

No Brasil, diversas reformas possibilitaram e ampliaram o rol de formas flexíveis, bem como a terceirização¹, que não necessariamente trouxeram reflexos positivos em sua maioria, e geraram o subemprego e a precarização do direito ao trabalho. (ZOCKUN, 2010, p. 208-209)

1 Sobre a temática consultar: (ANTUNES; DRUCK, 2013 e FIGUEIREDO, 2014, p. 265-278).

Igualmente, na esfera social brasileira, também é objeto de discussão o conflito entre duas correntes defensivas: a que busca o ideal da desregulamentação progressiva, podendo alcançar a total (RAMOS FILHO, 2012, p. 49); e a que vê boa parte da regulamentação como direito, e assim, defende a permanência dos já estabelecidos e, também a ampliação da regulamentação. (PINTO, 2012, p. 85)

A primeira corrente, segundo Wilson Ramos Filho (2012, p. 49), surgiu como uma crítica à interferência estatal e o excesso de regulamentação que confrontava com a tendência e a intenção empresarial de expansão. Para os defensores dessa concepção, de matriz liberal, a disciplina normativa imposta pelo Estado, com caráter cogente e inderrogável pelas partes envolvidas no conflito, não permite a necessária maleabilidade exigida pelo mercado de trabalho globalizado. (ROMITA, 2008, p. 30)

Atualmente, diversas empresas e setores empresariais buscam realizar Lobbys nos poderes executivo e legislativo e outras ações, alcançando-se um verdadeiro “mercado dos produtos legislativos”. Como afirma João Leal Amado é a utilização do sistema e do ordenamento jurídico trabalhista para serem alcançados objetivos empresariais e do mercado financeiro. (AMADO, 2009, p. 187)

Essa atuação funciona como um “slogan” para reduzir direitos trabalhistas se confrontando com a matriz protetiva do Direito do Trabalho manifestada por meio do seu princípio basilar (PLÁ RODRIGUEZ, 1993, p. 42-43). É capitaneada por empresários e organizações multinacionais e possui como objetivo a desregulamentação, o estímulo a formas flexíveis de contratação, alterações na duração do trabalho e de enfraquecimento do viés protetivo da legislação trabalhista. (DALLEGRAVE NETO, 1997, p. 90)

Alain Supiot nomeia esse fenômeno como um “darwinismo normativo”, no qual o direito é objeto de competição. Assim quando uma empresa busca se estruturar ela irá analisar qual localidade possui as “melhores condições” para a sua instalação, baseada, também, na maior barganha de normas trabalhistas, resultando efetivamente em um “mercado das legislações”. (SUPIOT, 2005, p. 122-136) Antônio Casimiro Ferreira defende que com essa estruturação forma-se um “direito do trabalho de exceção” (FERREIRA, 2013, p. 130-131), uma vez que se calcula o custo-benefício de postos e modos de trabalho, ou seja, afasta-se completamente o princípio da proteção do trabalhador. (PADILHA, 2017, p. 127)

A segunda corrente, contrária à flexibilização, de acordo com Arion Sayão Romita (2008, p. 31), revigora o caráter reivindicatório e progressista do Direito do Trabalho, umbilicalmente ligado a fatores eminentemente históricos, inseridos no conflito entre capital e trabalho, buscando a melhoria e ampliação dos direitos trabalhistas.

Segundo aponta Arion Sayão Romita (2008, p. 32) as críticas à essa posição apontam que ela apresenta inclinação “conservadora, estatizante, autoritária, corporativista, paternalista e protecionista”. Resgata, portanto, o interesse na atividade intervencionista do Estado, com ênfase em normas imperativas, impedindo tentativas de atualização e modernização da legislação trabalhista, procurando “frear o processo de mudança”. (ROMITA, 2008, p. 33)

Reforçando o papel enobrecedor do trabalho e as tentativas de enfraquecimento de uma legislação mais protetiva, Alain Supiot (2002, p. 337) indica a existência de uma “fractura interna” no Direito do Trabalho, confrontando-se: de um lado os trabalhadores que usufruem das benesses de um contrato típico (por prazo indeterminado e a tempo integral); e de outro “aqueles que um contrato de trabalho atípico lança para o domínio do trabalho-mercadoria”.

Esse panorama representa a dicotomia de modelos normativos incorporados ao ordenamento jurídico trabalhista. Isso porque, se de um lado há a regulamentação heterônoma, por meio de normas estatais de caráter cogente e inderrogáveis pela vontade das partes é uma das principais características do Direito Individual do Trabalho (ROMITA, 2008, p. 33), tendo com maior expoente a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

Por outro lado, o mercado de trabalho trabalhista apresenta um funcionamento bastante flexível, segundo José Paulo Zeetano Chahad, o que se deve a grande informalidade, existência de diversas modalidades de contratos atípicos, alta taxa de desemprego, elevada taxa de rotatividade do trabalho e um baixo nível de qualificação da força de trabalho. (CHAHAD, 2008)

A partir de 1990, tendo como precursor o modelo de mercado de trabalho implementado na Dinamarca, sob a “batuta do primeiro ministro Poul Nyrup Rasmussen” (FELICIANO, 2013, p. 140), resultado de uma “longa experiência histórica de negociações, práticas trabalhistas e compromissos sociais assumidos e de intervenções governamentais” (CHAHAD, 2008), em uma país de acentuada preocupação com as propostas

do Estado de Bem-Estar Social, deu-se início o debate em torno da flexicurity² (ou flexiseguridad ou flexicury)³. Segundo Ton Wilthagen, a flexissegurança⁴ é uma estratégia política de melhorar a flexibilidade dos mercados de trabalho, a organização do trabalho e as relações de trabalho, reforçando a segurança social e no emprego. (WILTHAGEN; TROS, 2004)

Segundo Matheus Ribeiro Rezende, trata-se de um modelo que busca compatibilizar uma “flexibilização das estruturas jurídico-laborais”, promover o aumento de competitividade das empresas em um mercado globalizado e sem fronteiras, com a segurança para o trabalhador na “manutenção dos postos de trabalho como um todo, garantindo o que se chama de empregabilidade”. (REZENDE, 2002, p. 203)

Para Tomás Sala Franco e José Maria Goerlich Peset a segurança que é indicada no conceito, não se resume a “proteção do posto de trabalho”, porquanto, na maioria das vezes, está acompanhada de medidas mais amplas as quais buscam assegurar “um rápido trânsito pela situação de desemprego para novas situações de emprego, autônomo ou subordinado” (SALA FRANCO; PESET, 2008, p. 8-9). É por esse motivo que, ao se referir à segurança, tem-se o intuito de proteger o emprego considerado em seu conjunto.

Analisada como uma política de governo adotada em países do continente europeu, como Dinamarca, Holanda e Suécia (DALLEGRAVE NETO, s.d), segundo José Affonso Dallegrave Neto, surge como uma proposta de fusão de valores “sensivelmente antagônicos, quais sejam a flexibilidade do mercado de trabalho e a segurança dos trabalhadores contra o desemprego”. (DALLEGRAVE NETO, 2008)

2 O termo é a fusão de duas palavras de origem inglesa “flexibility” e “security”, resultando no termo “flexicurity”, utilizado pelo Parlamento Europeu. Nesse sentido, conferir: (UNIÃO EUROPEIA, 2007).

3 Como adverte José Paulo Zeetano Chahad, o termo, de fácil compreensão na língua inglesa, não tem o mesmo significado em uma única palavra, mas sim, na expressão (Flexibilidade com Segurança). Confira-se: CHAHAD, 2008. Contudo, para facilitar a compreensão do leitor e tornar a leitura mais fluida, prefere-se utilizar o termo flexissegurança.

4 O termo é um neologismo decorrente da junção de duas palavras: flexibilidade e segurança, dando origem a palavra flexissegurança, a qual, também pode ser grafada como “flexisegurança”, com um “s”, em razão da origem da língua portuguesa (lusitana), em detrimento da norma gramatical que determina a grafia com dois “ss”. Neste artigo, utiliza-se a primeira forma, especialmente, em razão do Novo Acordo Ortográfico (Decreto n.º 6.583, de 29 de setembro de 2008), ao determinar, em relação a uniformização do não emprego do hífen, que “Nos casos em que o prefixo ou o pseudoprefixo termina em vogal e o segundo elemento começa por r ou s, estas consoantes dobram-se, como já acontece com os termos técnicos e científicos”, tal como ocorre, com a palavra “flexissegurança”.

A partir de diversas recomendações apresentadas no âmbito da União Europeia⁵, especialmente, com a publicação do Livro Branco sobre Crescimento, Competitividade e Empregabilidade, em 1993, complementado, em 1997, pelo Livro Verde sobre Parcerias para uma Nova Organização do Trabalho (PILOSIO, 2014, p. 35), a edição da Diretiva nº. 21 da União Europeia (DALLEGRAVE, 2008), o Livro Verde sobre Relações Laborais da União Europeia, de 2006, que busca “modernizar o direito do trabalho para enfrentar os desafios do século XXI” (UNIÃO EUROPEIA, 2006), tendo como principal desafio criar um mercado de trabalho flexível e inclusivo, o debate sobre a implementação da flexissegurança, anteriormente restrita à região da Europa setentrional (Dinamarca, Suécia), passa a receber atenção internacional⁶.

Em estudo realizado sobre o tema José Paulo Zeetano Chahad indica como elementos determinados para o sucesso do sistema dinamarquês de flexissegurança, os seguintes elementos: a) desprendimento mútuo dos atores sociais; b) o “espírito público diante do moral hazard”⁷; c) solidez das instituições e a disposição política dos governantes em apresentar proposições legislativas com conteúdo reformista; d) sistema confiável de avaliação de resultados; e) cultura e tradição do Welfare State do tipo escandinavo; f) relação de equilíbrio no funcionamentos de todos esses elementos, por meio do chamado “triângulo dourado” (ou golden triangle), representado pela figura 1.

5 Nesse sentido, a proposta de Resolução do Parlamento Europeu a respeito dos princípios comuns de flexissegurança, confira-se o Relatório do Parlamento Europeu, 2007

6 Segundo José Paulo Zeetano Chahad, isso se deve aos resultados positivos após a implementação desse modo, principalmente, com as reformas ocorridas em meados de 1990. Confira-se: “Em especial a OECD (2004), em seu informe anual, e a European Commission (2006), citaram a combinação dinamarquesa de mercado de trabalho flexível, ativação das políticas voltadas para o mercado de trabalho, e forte sistema de Welfare State, como um modelo exemplar a ser seguido por outros países europeus”. (CHAHAD, 2008)

7 Segundo o autor, esse elemento é um dos motivos de o modelo dinamarquês ter constante sucesso. Diz respeito a uma ideia de “disciplina e civismo do cidadão na presença das adversidades impostos pelas flutuações da atividade econômica. Do ponto de vista de formulação de política que deve ser usada quando o desemprego se eleva, a principal mensagem não pode ser “vamos aumentar a proteção ao emprego”. Tal procedimento acaba criando obstáculo à reestruturação produtiva das empresas, freando ainda mais o crescimento e a queda no desemprego. Os agentes sociais na Dinamarca, após décadas de intensas negociações, aprenderam que o melhor não é proteger o emprego, garantir os postos de trabalho, mas, sim, proteger as pessoas, com programas de suporte de renda, programa de seguro-desemprego, e políticas ativas no mercado de trabalho”. (CHAHAD, 2008)

renda (quando ocorre interrupção do trabalho), (d) segurança “combinada” (combinação de trabalho com os benefícios da vida privada). (CHAHAD, 2008)

Como mostra a figura 2, a depender do sistema de mercado de trabalho, existem diversas formas de combinação entre flexibilidade e segurança. Essa maleabilidade permite que cada país adote, de acordo com suas políticas econômicas e sociais, a sua própria forma de flexissegurança. Assim, por exemplo, no mercado de trabalho espanhol, onde de um lado há maior insegurança para os trabalhadores submetidos a um contrato atípico, existe outro, de caráter mais rígido, com trabalhadores regidos por contratos a tempo integral e por prazo determinado. É possível adotar um sistema de flexissegurança diferente daquele que possivelmente seria adotado nos Estados Unidos, onde, tradicionalmente, “a flexibilidade numérica e salarial desfrutam de grande prioridade sobre a segurança no emprego”. (CHAHAD, 2008)

FIGURA 2 – Combinações entre flexibilidade e segurança.

Tipos de Flexibilidade	Tipos de Segurança			
	Segurança no Trabalho	Segurança no Emprego	Segurança de Renda	Segurança Combinada
Flexibilidade Numérica	1	5	9	13
Flexibilidade do Tempo de Trabalho	2	6	10	14
Flexibilidade Funcional	3	7	11	15
Flexibilidade Salarial	4	8	12	16

FONTE: (CHAHAD, 2008)

Informações do autor referentes ao gráfico:

- Possibilidade de implementação de políticas buscando flexibilidade e segurança simultaneamente.
- Identificar relações estilizadas entre diferentes tipos de mercado de trabalho entre países.

Um dos entraves para a adoção de um modelo de flexissegurança é, na visão de José Paulo Zeetano Chahad, o alto dispêndido de receitas públicas, gerando inevitável incremento da carga tributária. Para ele, isso se deve ao fato de que, no Estado de Bem-Estar Social o custeio do programa de seguro-desemprego é altíssimo. (CHAHAD, 2008) Isso porque, para manter o mercado de trabalho flexível em equilíbrio com as demais exigências do sistema de proteção, produz-se o “aumento dos gastos com seguro-desemprego, devido ao aumento do valor do benefício para aumentar a segurança dos indivíduos, e elevação dos gastos com políticas ativas”. (CHAHAD, 2008)

3. A REALIDADE SOCIAL E AS REFORMAS LEGISLATIVAS BRASILEIRAS EM DESENCONTRO DOS MODELOS DE FLEXIBILIZAÇÃO E FLEXISSEGURANÇA

Um dos principais argumentos para a estruturação da reforma trabalhista (Lei nº. 13.467/2017), baseou-se na suposta rigidez da normativa brasileira, e segundo os defensores, tal fato impossibilitaria adaptações à realidade social. Por esse motivo haveria a necessidade da reformulação do ordenamento para construir-se então, uma legislação trabalhista flexível.

Entretanto, em estudo realizado José Dari Krein, em sua tese de doutorado, comprova-se que muito antes da reforma, a sociedade brasileira já adotava formas flexíveis de trabalho, e que esta atuava em expansão. Foi o que o autor demonstrou, ao mapear as “formas flexíveis de trabalho” adotadas no Brasil, e sua ampliação no período de 1995-2005. (KREIN, 2007, p. 116) Como “formas flexíveis de trabalho” entende-se as adotadas pelos empregadores brasileiros que busquem alguma diversificação à forma de contratação tradicional, ou seja, a de contrato por prazo indeterminado. Os resultados do estudo foram sintetizados na figura 3.

FIGURA 3 - Crescimento das formas atípicas de contratação do trabalho (1995-2005).

Modalidades de contratação ^a	Variação no período (%)
Contrato por prazo indeterminado - CLT ^b	38,8
Servidor público demissível	69,1
Total de contratos atípicos - CLT ^c	158,6
Modalidades atípicas selecionadas	
Trabalho temporário	93,2
Contrato por obra certa (tarefa)	39,5
Contrato por prazo determinado (Lei 9681/98) (1999/2005)	64,2
Cooperativas de trabalho	73,2
Trabalho de estágio	72,1
Terceirização (1994/2004)	44,2

FONTE: (CHAHAD, 2008) com base no capítulo 2 de Krein, 2007.

Informações do autor referentes ao gráfico:

- Refere-se às modalidades especiais de contratação de trabalho formal existentes. Na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Representam formas de contratação flexível no mercado formal de trabalho brasileiro.
- Dados originais da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS)/MTE.
- RAIS/MTE. Ver Krein (2007).

Denota-se do presente estudo que as modalidades mapeadas foram: o trabalho temporário, contrato por obra certa, contrato por prazo determinado, cooperativas de trabalho, trabalho de estágio e terceirização. Não há dados atuais sobre os mesmos parâmetros desta pesquisa. Assim mesmo sem a “modernização” prometida pela Reforma Trabalhista, Lei nº 13.467/2017, a sociedade brasileira já buscava formas alternativas e flexíveis de trabalho.

Entretanto, a forma como essas alternativas se materializam é muito diferente de um modelo ideal de flexissegurança, pois, ao contrário do comumente aplicado em um Estado Social, haveria a necessidade de se balancear os interesses e garantir o custeio de programas e de benefícios que propiciariam o aumento de segurança dos trabalhadores no emprego. (CHAHAD, 2008) Buscar a estruturação de um modelo de flexissegurança no Brasil iria requerer uma transformação estrutural.

A proposta da flexissegurança, como uma teoria de centro media o embate entre a desregulamentação do mercado de trabalho e a rigidez das normativas atuais, harmonizando os interesses. (REZENDE FILHO, 2013, p. 45) Entretanto, quando se observa as alterações realizadas pela reforma trabalhista, constata-se a carência de proposições que objetivassem essa harmonização e, assim, distanciou-se do modelo de adaptabilidade e proteção de direitos sociais dos trabalhadores.

A sociedade brasileira já caminha para a adoção de formas flexíveis, entretanto, é preciso verificar se tais mudanças efetivamente permitem a evolução e o real desenvolvimento da sociedade, e, em especial, a progressividade de direitos sociais propiciando uma melhoria das condições de vida para os trabalhadores. Como ressaltado anteriormente, diante dos mais diversos modelos e combinações de flexibilidade e segurança, é preciso uma averiguação completa de qual modelo se adapta a realidade brasileira. Desse modo, importações descuidadas podem desencadear profundas discrepâncias nas relações sociais, em especial, aquela sob a tutela do Direito do Trabalho.

O desencontro que se demonstra nesse trabalho é que o sistema normativo brasileiro não adota um modelo ideal de flexibilização e, também, não adota um modelo de flexissegurança. No ordenamento jurídico brasileiro, observa-se um rígido caráter de proteção, de valorização e progressão de direitos, os quais, a cada instante, estão permeados por decisões políticas que buscam quebrar essa rigidez por meio de novas leis sem a concessão de contraoferta para os trabalhadores. Não há a efetiva

construção de um sistema legislativo social, para muito além de exclusivas normativas trabalhistas, que comporte a utilização de normas flexíveis ou a proposição de modelos mais aperfeiçoados de flexissegurança.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação, eminentemente protetiva do Estado, dentro de uma perspectiva de Estado Social, encontra desafios principalmente quando está diante de transformações econômicas e sociais.

A ideia do Estado de Crise, de Bauman, confirma e clama por mudanças estruturais nas vivências humanas e, assim, retoma-se o debate sobre a flexibilização e a flexissegurança. Ambos os sistemas possuem cargas históricas e sociais de correto funcionamento em algumas realidades e em outros sistemas isso não se vislumbra. Essa discussão ressurgiu no Brasil, diante de afirmações sobre a “rigidez” e “engessamento” normativo.

Entretanto, como demonstrado nesse trabalho, há a necessidade de se vislumbrar que esses modelos se manifestam de forma diferente em cada sociedade, e não são facilmente solucionados exclusivamente com normativas, muito menos estritamente trabalhistas. Para a adoção de qualquer um dos sistemas, existe a necessidade de realização de um projeto de flexibilização ou de flexissegurança, adaptando o sistema às necessidades e realidades sociais. Sendo assim, comprova-se a hipótese da presente pesquisa: há a possibilidade de se aplicar um sistema flexibilizatório, entretanto, não basta ele ser transposto de outra realidade. As tentativas atuais de reforma da legislação trabalhista não demonstram uma tentativa de aperfeiçoamento do sistema, vez que não trazem mecanismos de compensação.

Apesar da proposta de se balancear os interesses em ambos os sistemas, é preciso compreender que a prospecção dos direitos do e ao trabalho no Brasil encontram-se fundado em perspectivas constitucional e convencional e, portanto, necessitam que sua construção e formação ocorra com base e à luz de critérios valorativos erigidos na base do acervo principiológico da Carta da República.

No que concerne à “Reforma Trabalhista”, Lei nº. 13.467/2017, não se realizou nenhum dos caminhos tidos como essenciais para o alcance de uma das principais funções do Direito do Trabalho: a progressividade dos direitos conquistados pelos trabalhadores. Não foi observado, em diversos aspectos, a formação da normativa sob a luz da Constituição e

dos tratados e convenções internacionais. Ademais, não se construiu uma proposta baseada na realidade e formação de elementos balanceados, que permitiriam a construção de um sistema realmente flexível e protetor.

REFERÊNCIAS

AMADO, João Leal. Dinâmica das relações de trabalho nas situações de crise. *Revista do Ministério Público*, ano 30, n.120, p.187-100, 2009.

ANDERSEN, Torben M.; SVARER, Michael. (2006), *Flexicurity: The Danish Labour Market Model*, University of Aarhus, Abril. 2006.

ANTUNES, Ricardo; DRUCK, Graça. *A terceirização como Regra*. Revista TST. Brasília, vol. 79, n. 4, out/dez. 2013

BAUMAN, Zygmunt. BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BORGES, Roxana Cardoso B. *Processo, ação civil pública e defesa do meio ambiente: os direitos difusos em busca de uma concepção não-individualista de tutela e ampla legitimidade*. In: LEITE, José Rubens Morato. *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação José A. Boiteux, 2000.

BRANDÃO, Paulo de Tarso; SALDANHA, Carla; FERNANDES, Tycho. *Bioética e biodireito*. In: Volnei Ivo Carlin. (Org.). *Ética e bioética: novo direito e ciências médicas*. Florianópolis: Terceiro Milênio, p. 100. 1998.

CHAHAD, José Paulo Zeetano. *Flexibilidade no mercado de trabalho, proteção aos trabalhadores e treinamento vocacional de força de trabalho: a experiência de América Latina e perspectivas (Análise do caso brasileiro)*. Projeto ECLAC / Brazil / Denmark - CEPAL / OIT, 2008. Disponível em: <<http://archivo.cepal.org/pdfs/2009/S2009162.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Flexisegurança nas relações de trabalho*. O novo debate europeu. Disponível em: <http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/jose_affonso_dallegrave_netto/jose_dallegrave_netto_flexiseguranca.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2018.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Flexissegurança nas relações de trabalho: que bicho é esse?* Revista Trabalhista: Direito e Processo, ano 7, n. 25: LTr, 2008.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *O Estado neoliberal e seu impacto sócio-jurídico*. Globalização, neoliberalismo e direitos sociais. Rio de Janeiro: Destaque, 1997.

DRUCK, Graça. Trabalho, precarização e resistências: novos e velhos desafios? *Caderno CRH*, Salvador, v.24, 2011.

DUPAS, Gilberto. *Ética e poder na sociedade da informação: de como a autonomia das novas tecnologias obriga a rever o mito do progresso*. 3. ed. São Paulo: Unesp, 2011.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERRAZ, Miriam Olivia Knopik. *A condição de agente livre e o bloco de constitucionalidade como critério de defesa dos direitos sociais dos trabalhadores diante da sociedade tecnológica*. Monografia de Especialização em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Orientador: Prof. Dr. Flávio Pansieri. 2018.

FERREIRA, Antônio Casimiro. Exercício de funções públicas em tempo de crise. In: Trabalho em funções públicas em termos de crise: que direito(s)? atas da *I Jornadas de Direito do Emprego Público*. Porto: Sindicato dos Trabalhadores em Funções Públicas e sociais do norte, 2013.

FIGUEIREDO, Bruno Reis de; HAZAN, Ellen Mara Ferraz. (Org.). *Alguns aspectos sobre a terceirização*. Belo Horizonte: RTM, 2014, v. p. 265-278.

FRANCO, Tânia; DRUCK, Graça. *O trabalho contemporâneo no Brasil: terceirização e precarização*. In: SEMINÁRIO FUNDACENTRO. Salvador, 2009. (mimeo)

KREIN, José Dari. *Tendências Recentes nas Relações de Emprego no Brasil: 1990–2005*, Tese de Doutorado, Instituto de Economia, Universidade de Campinas, 2007.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. Madrid: Universitas, 2012.

MADSEN, Kongshøj, Contribution to the EEO Autumn Review 2006 'Flexicurity', *European Employment Observatory*, Denmark, novembro.2006. E Flexicurity: A New Perspective on Labour Markets and Welfare States in Europe, Centre for Labour Market Research–CARMA, Aalborg University, Research Paper. 2006:03.

PADILHA, Viviane Herbst. *Direito do trabalho na crise ou a crise do direito do trabalho?* In: Direito material e processual do trabalho/Maria Cecília Máximo Teodoro...[et al], coordenadores. São Paulo: LTr, 2017.

PILOSIO, Giovanni Paolo. *Limites à flexibilização dos direitos trabalhistas e flexissegurança*. São Paulo, 2014. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

PINTO, Álvaro Vieira. *O conceito de tecnologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005, v.1.

PINTO, Flavia Aguiar Cabral Furtado. *Os Direitos Fundamentais Sociais dos Trabalhadores como Limites ao Princípio da autonomia da vontade e a Flexibilização das Relações de Trabalho no Estado Democrático de Direito*. Fortaleza, 2012. 106 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993.

RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho: História, Mitos e Perspectivas no Brasil*. São Paulo: LTr, 2012.

REZENDE FILHO, Tabajara Medeiros. *Do Protecionismo do Empregado à Proteção do Trabalhador: Desafios da Flexisecurity*. São Paulo: USP. 2013, 160f. Tese de Doutorado. Faculdade de direito da Universidade de São Paulo.

REZENDE, Matheus Rezende. Revisitando a flexisegurança. *Revista trabalhista: direito e processo* – Ano 1, v. 1, n. 1. Rio de Janeiro: Forense, jan/mar. 2002. p. 203.

ROMITA, Arion Sayão. *Flexigurança: a reforma do mercado de trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

SALA FRANCO, Tomás; PESET, José Maria Goerlich. Teoria & Direito: *Revista de Pensamento Jurídico*, Valência, n. 4, p. 8-9. Dec. 2008.

SINGER, Paul, 1932. *Globalização e desemprego: diagnóstico e alternativas*. Paul Singer. São Paulo: Contexto, 1999.

SUPIOT, Alain. *Crítica ao direito do trabalho*: tradução António Monteiro Fernandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

SUPIOT, Alain. O direito do trabalho ao desbarato no “mercado das normas”. *Questões Laborais*, ano XII, n. 26, 2005, p.122-136.

TELLO, Diana Carolina Valencia. *Estado, sociedade e novas tecnologias: compreendendo as transformações institucionais e sociais do século XXI*. Curitiba: Juruá, 2015.

UNIÃO EUROPEIA. *Flexigurança: implicações para uma orientação ao longo da vida*. Programa de Aprendizagem ao Longo da Vida. European Lifelong Guidance Policy Network. Finlândia. 2012. Documento conceptual encomendado pela ELGPN Ronald G. Sultana. Disponível em: < <http://www.elgpn.eu/publications/browse-by-language/portuguese/flexiguranca-implicacoes-para-uma-orientacao-ao-longo-da-vida-1/>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. *Livro Verde*. Bruxelas, 2006. Disponível em: < [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com\(2006\)0708_/com_com\(2006\)0708_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com(2006)0708_/com_com(2006)0708_pt.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. *Relatório sobre princípios comuns de flexigurança*. 2007. Parlamento Europeu. Comissão do Emprego e dos Assuntos Sociais. Relator: Ole Christensen. Disponível em: < <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2007-0446+0+DOC+PDF+V0//PT>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

WILTHAGEN, Ton e TROS, Frank. *The Concept of Flexicurity: A New Approach to Regulating Employment and Labour Markets*. *European Review of Labour and Research*, Vol. 10, No. 2, 2004. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=1133932>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos direitos”. *Revista Jurídica do Centro Universitário Curitiba*. v. 2, n. 31, 2013.

ZOCKUN, Carolina Zacaner. *A Intervenção do Estado na Ordem Social e o Direito ao Trabalho*. In: SPARAPANI, Priscila; ADRI, Renata Porto (Coord.). *Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

Recebido em: 15/07/2019

Aprovado em: 31/01/2020

**A CONTRIBUIÇÃO DA SOFT LAW NA
CONSTRUÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL
INTERNACIONAL: O RECONHECIMENTO
DO DIREITO FUNDAMENTAL À ÁGUA
COMO EXEMPLO PARA CONSTRUÇÃO DE
NOVOS DIREITOS**

***SOFT LAW'S CONTRIBUTION IN CONSTRUCTION
OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW:
RECOGNITION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO
WATER AS EXAMPLE FOR THE CONSTRUCTION OF NEW
RIGHTS***

Mozart Leite de Oliveira Júnior

Especialização em Direito Ambiental Nacional e Internacional e Especialização em Direito Internacional Público e Privado e Direito da Integração pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS. Graduação em Direito. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas, UFPEL

Procurador Federal.

SUMÁRIO: Considerações Iniciais; 2. Surgimento da Soft Law e o Jus Cogens: O Consentimento na Formação das Normas Internacionais; 3. Conceito de Soft Law; 4. As Formas de Manifestações de Soft Law; 5. O Papel da Soft Law na Construção do Direito a Água; 6 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: No século XX testemunhamos o surgimento de dois tipos de normas internacionais, normas imperativas, jus cogens que vigoram independentemente do consentimento dos Estados e normas constituem a soft law. As normas que compõem a soft law surgiram da intensa atividade diplomática do Século passado. São normas sem o atributo da obrigatoriedade para os Estados, mas nem por isso menos importantes. Podem se manifestar de forma não excludente nas Disposições de Tratados: vagas ou gerais; Declaração ou Pactos Políticos pelos Estados; Recomendações em Resoluções de Organização Internacional e Códigos de Comportamento para Estados e Não-Estados. A soft law exerceu papel decisivo no âmbito internacional no reconhecimento do direito a água como um direito fundamental, se manifestando em instrumentos internacionais de diversas formas, vindo a influenciar também o direito interno. Sua contribuição para o Direito Internacional a despeito de não ser considerada fonte de Direito Internacional, proporcionou uma mudança de consciência no Direito Ambiental Internacional permitindo a construção do direito fundamental a água e servindo de exemplo para construção de novos direitos;

PALAVRAS-CHAVE: Direito Flexível. Direito Rígido. Consentimento. Atividade Diplomática. Fonte

ABSTRACT: In the twentieth century we witnessed the emergence of two types of international norms, imperative norms, jus cogens that operate independently of the consent of the States, and norms constitute soft law. The standards that make up soft law have emerged from the intense diplomatic activity of the last century. They are standards without the attribute of obligatory for States, but not less important. They may be expressed in a non-exclusive way in the Treaty Provisions: vague or general; Political Declaration or Pacts by States; Recommendations on International Organization Resolutions and Codes of Behavior for States and Non-States. Soft law has played a decisive role at international level in recognizing the right to water as a fundamental right and has also influenced domestic law. Its contribution to international law, despite not being considered a source

of international law, has led to a change of conscience in international environmental law;

KEYWORDS: Soft Law. Hard Law. Consent. Diplomatic Activity. Source

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em notícia que recentemente circulou nas mídias brasileiras o Presidente francês Emmanuel Macron em visita à Buenos Aires na prévia do Encontro do G-20 defendeu a necessidade de fechar o acordo de livre comércio entre Mercosul e União Europeia. Destacou o chefe de estado francês a importância das negociações iniciadas há mais de 15 anos, mas afirmou que não poderá realizar acordo com países que não estejam cumprindo o acordo de Paris sobre Mudanças Climáticas (FIGUEIREDO, 2018) aprovado em 12/12/2015.

A notícia divulgada reflete a impossibilidade na atualidade de separar questões econômicas e ambientais. Numa realidade cada vez mais presente de diminuição da disponibilidade dos recursos naturais, ao mesmo em que se propaga e se associa a necessidade de crescimento e desenvolvimento econômico como uma saída para crise, fica cada vez mais difícil frear o desenvolvimento sem limites e propagar a ideia que o desenvolvimento se dê uma maneira sustentável, sem esgotamento dos recursos naturais, com o objetivo de proporcionar mecanismos para a renovação do ciclo natural. Na atualidade o cenário internacional se volta às mudanças climática com objetivo de que Estados se comprometam a reduzir emissões de gases de efeito estufa no contexto do desenvolvimento sustentável.

O homem somente se deu conta dos efeitos da destruição da natureza quando percebeu que esta destruição poderia lhe alcançar. A poluição de um rio que rompe fronteiras atingindo país diverso de onde está situado o empreendimento industrial; a poluição atmosférica ocasionada pela atividade industrial que se transforma em chuva ácida e precipita e país estrangeiro; além da poluição marítima de origem múltipla atingindo vários países são alguns exemplos de que a degradação ambiental não reconhece fronteiras.

Porém a criação de tratados internacionais com efeitos obrigatórios que eventualmente restringisse a atividade econômica dos Estados entrou em choque com a noção de soberania. Nesse momento a diplomacia internacional percebeu que seria necessária uma nova abordagem das questões ambientais sem repelir os atores internacionais, com o objetivo

de alcançar uma cooperação internacional na tarefa de proteção ou racionalização do uso do meio ambiente.

Surge no âmbito internacional uma nova modalidade de normas internacionais, a *Soft Law*, como um conjunto de compromissos, documentos ou intenções assumidas pelos atores internacionais, sem a mesma densidade e em oposição às normas de caráter vinculativo.

Um longo caminho foi percorrido da Declaração Universal dos Direitos do Homem por meio de atos, resoluções, recomendações e considerandos, sem efeito vinculante até a Resolução da Assembleia das Nações Unidas 64/92 de 28/07/2010 e a Resolução A/HRC/15/L.14 do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas em 30/09/2010 que reconheceram o direito água como um direito fundamental.

Reconhecendo-se a importância da soft law na construção de normas ambientais internacionais é necessário que nos debruçemos sobre os vários matizes desse instituto a fim da sua compreensão. Abordaremos no presente artigo através da metodologia qualitativa, a partir das diversas faces desse novo fenômeno internacional, seu surgimento, conjuntamente com o jus cogens; o alcance de seu conceito e as formas pelas quais a soft law se apresenta no cenário internacional. A fim de reafirmar importância e o papel da soft law na construção de novos direitos abordaremos o iter percorrido pela diplomacia mundial na construção do direito fundamental á água, que também servirá de exemplo para construção outros direitos como a redução de gases com efeito estufa no âmbito das mudanças climáticas, no âmbito do acordo de Paris, demandando novas adesões e implementação real no âmbito interno de cada Estado soberano.

2. SURGIMENTO DA SOFT LAW E O JUS COGENS: O CONSENTIMENTO NA FORMAÇÃO DAS NORMAS INTERNACIONAIS.

O Direito Internacional observou no século XX o surgimento de dois tipos de normas: a primeira conhecida como *Jus cogens* de natureza superior à vontade dos próprios Estados soberanos dotadas de coercibilidade; a segunda denominada de *soft law* em contraposição a primeira apresentava-se desprovida do requisito da coercibilidade e exigibilidade. Sua gênese é atrelada a atividade diplomática multilateral ligada à intensa produção de normas internacionais a partir do final da 2ª guerra mundial (OLIVEIRA, 2006, p.26).

O consentimento é essencial para que qualquer Estado soberano assuma obrigações no plano internacional. Afirma-se em razão disso, que

o consentimento expresso num tratado internacional é atributo decorrente da soberania razão pela qual não se reconhece nenhuma autoridade acima deles (DUPUY, 200, p.5). Conforme previsão na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados “ratificação”, “aceitação”, “aprovação” e “adesão” significam o ato internacional assim denominado pelo qual um Estado estabelece no plano internacional o seu consentimento em obrigar-se por um tratado (Brasil, 2009).

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, entretanto, também referiu a existência de normas imperativas¹, que são normas que independem de consentimento. Essas normas são relacionadas: á igualdade jurídica dos Estados; ao princípio da não intervenção; proibição do uso da força nas relações internacionais e a obrigação da solução pacífica das controvérsias (MELLO, 1994, p.68). Trata-se de normas imperativas, que representam o *jus cogens*, e se sobrepõem a vontade do próprio Estado, não podendo ser derogadas por tratados, convenções ou mesmo pelo costume internacional. Apresentam-se com um núcleo rígido de normas jurídicas que subordinam a legitimidade e validade de todas as demais normas.

Ao lado do *jus cogens* observou-se o surgimento de normas flexíveis também fruto da atividade jurídica dos Estados cuja inadimplência seria regulada por um sistema de sanções morais distintas das previstas nos sistemas obrigacionais internos dos Estados (SOARES, 2002, p.127).

Ponto de diferenciação entre as normas de *jus cogens* e as normas de *soft law* diz respeito à presença ou não de consentimento dos Estados. No *jus cogens* a norma internacional embora imperativa é desprovida de consentimento dos Estados Soberanos. Em contrapartida a norma de *soft law* embora carente de caráter obrigatório necessita do consentimento dos Estados. Essa distinção vai refletir na compreensão da evolução das fontes de direito internacional público e questionamentos quanto á aceitação de normas internacionais quando ausente o consentimento.

1 Conforme Decreto 7.030/2009: É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza. BRASIL. Decreto 7.030 de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em :< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm> Acesso em 14/11/2019;

SOARES afasta a possível contradição de ao mesmo tempo observar-se o surgimento de normas que se sobrepõem aos Estados soberanos, inclusive aos princípios gerais de direito e ao mesmo tempo reconhecer a existência outras normas brandas, com discutível qualificação de normas jurídicas por parte da doutrina. Na segunda metade do século XX surge um novo conteúdo das normas do direito internacional. Normas de caráter comissivo aos Estados, com o estabelecimento também de um dever de agir, e não apenas que prevejam apenas conteúdos de proibição (SOARES, 2002, p.128).

Se de um lado quanto ao *jus cogens* se dispensa a presença do consentimento Estatal, recebendo tratamento de norma de ordem pública no âmbito internacional; por outro, para a formação dos tratados internacionais é condição de validade a manifestação expressa do consentimento, conforme expressa previsão do art. 34 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados: um tratado não cria nem obrigações nem direitos para um terceiro Estado sem seu consentimento que se pode dar de diversas formas já anteriormente referidas.

A par da necessidade do consentimento para que um Estado soberano se obrigue no âmbito internacional a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados previu a possibilidade de se formular reservas. Reserva nos termos de um tratado internacional significa uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado. São ressalvados os casos que determinado tratado internacional proíba a formulação de reservas, delimite sua utilização ou ainda que sua formulação de reserva em determinados casos é incompatível com a finalidade de determinado tratado. A formulação de reservas muitas vezes fragiliza o objetivo do tratado. Por tal razão e a depender do teor da obrigação a ser exigida pelos Estados e a intenção real de cumpri-lo a formulação de reservas em tratados internacionais de natureza obrigatória transforma àquele específico de normas em normas de *soft law*. Embora a roupagem seja de *hard law* seu conteúdo, após as reservas se transformam em *soft law* (OLIVEIRA, 2006, p.53).

A atividade da diplomacia multilateral no âmbito das relações internacionais foi fator decisivo no surgimento da *soft law* verificada nos congressos, nas conferências, organizações internacionais, e em reuniões previstas de modo periódico em tratados ou organizações internacionais. Também a diplomacia de cúpula levada a efeito por Chefes de Estados,

Governos, ou ainda Ministros das relações exteriores, exteriorizam a *soft law* por meio de declarações conjuntas, atas, declarações finais. Tais eventos demandam ampla publicidade e participação de todos os atores internacionais. Por meio da publicidade dá-se o acesso à informação permitindo-se a conscientização popular e eventualmente a participação da população no controle e efetivação de políticas internacionais no âmbito interno de cada Estado.

Nas décadas de 1950 e 1960 a comunidade internacional pode observar o surgimento de uma nova ordem econômica internacional formada principalmente pelos países que adquiriram a independência política, porém passaram a integrar o grupo denominado de países subdesenvolvidos (CAUBET, 2018, p.18). Tal grupo conseguiu aprovar no âmbito da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas uma série de princípios que deveriam nortear a as relações econômicas internacionais pós-coloniais. Tais princípios resultaram em letra morta em razão da carência da competência normativa da Assembleia Geral frente ao Conselho de segurança fazendo surgir um “achado jurídico” nas relações internacionais: a *soft law*, de conteúdo moral e que deveria nortear a conduta dos Estados. Não deveria ser considerada uma *hard law* segundo a doutrina dos países desenvolvidos. Segundo o autor a denominação *soft law* tinha por finalidade desqualificar o trabalho da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas como órgão que pudesse criar normas jurídicas de direito de internacional em oposição as políticas propostas pelos representantes do Conselho de Segurança da Nações Unidas (CAUBET, 2019. P.29).

Conforme salienta MELLO os Estados mais poderosos apesar de ser minoria, elaboraram e elaboram as normas internacionais ainda vigor e lutam pela sua manutenção (MELLO,1994, p.49). Disso resulta que os países economicamente mais fortes somente assumirão obrigações com as regras que lhes são interessantes no plano internacional, excetuando as normas de *jus cogens*, que independem de consentimento. Por outro lado a *soft law*, embora represente uma norma inacabada, não encerra a matéria em discussão, ao contrário representa uma abertura; a possibilidade de que a discussão poderá ter continuidade

Caubet ainda refere outro tipo de norma: são as normas aparentes. Diferentemente das normas de *soft law* as normas aparentes tanto em direito ambiental interno como em direito ambiental internacional, ou em outros ramos do direito não visam criar uma nova categoria jurídica, mas assinalar um fato anômalo, um estigma caracterizado pela omissão

comissiva; uma regra de direito que não é aplicada pelos operadores que estão ao seu alcance (CAUBET, 2018, p.29). Os operadores jurídicos como juízes, promotores ou procuradores que seriam os competentes para zelar e implementar suas regras acabam, ao final desqualificando-a pela sua omissão intencional (CAUBET, 2018, p.27). A norma aparente é a lei que “não pega” por interesses contrários em linha de colisão de interesses opostos. O autor exemplifica um caso concreto de norma aparente. Trata-se de Lei 07 de novembro 1831 a época do Império que proibia a importação de novos escravos. Não obstante a proibição no período que se seguiu a edição da referida lei 750 mil escravos entraram no Brasil como contrabando.

A partir da explanação de Caubet podemos inferir a diferença entre soft Law e normas aparentes. Norma aparente é norma nacional ou internacional com caráter vinculativo e obrigatório que completou o iter necessário, atinentes ao processo legislativo ou processo de realização de tratados internacionais que por questões de conflito de interesse deixam de ser aplicadas pelos operadores jurídicos de determinada sociedade, em determinado momento histórico. Já soft law, são normas de cunho morais que são impedidas de se tornarem vinculantes.

Na atualidade a proliferação de normas de caráter soft decorre da imensa gama de matérias objeto de discussões no cenário internacional impulsionado pela globalização que provocou a necessidade de os Estados soberanos atuarem no cenário internacional em áreas que, embora sensível às necessidades humanas, algumas vezes contrariavam os interesses dos governos soberanos. De outro lado o tecnicismo das diversas matérias exigindo respostas estatais rápidas (COSTA, 2011 p.145), aliado a inexistência de conhecimento técnico dos fenômenos envolvidos ou mesmo ausência de interesse no comprometimento da soberania nacional nos moldes do direito internacional clássico, corroboraram com o surgimento da *soft law* (SOARES, 2002, p.137).

Na mesma senda NASSER aponta que a incerteza científica sobre os processos naturais e o desconhecimento das possíveis interferências destes processos na vida humana, aliado ao alto custo político a ser enfrentado pelos Estados soberanos fez crescer o número de normas que não obrigam juridicamente (NASSER, 2006, p.395).

A *soft law*, embora momentaneamente não apresente caráter vinculativo em determinado momento específico, tem por objetivo regular a ação futura dos Estados orientando sua atuação e a de seus agentes na

órbita internacional, principalmente multilateral com a finalidade do estabelecimento de um programa de ação em conjunto (RODRIGUES, 2013, p.22), porém sem o traço normativo presente na *hard law*. As normas de caráter *soft* por não se apresentarem como normas que vinculam obrigatoriamente e imediatamente os Estados por eventual descumprimento futuro, acabam por deter maior aceitação, abreviando o tempo da conclusão, o que poderia não ser alcançado de outro modo.

A ausência de caráter vinculativo da *soft law* não lhe reduz a importância. Diante de determinada demanda no reconhecimento de direitos a *soft law* age como um mecanismo de conscientização e no preparo de outras normas. O receio de Estados soberanos assumirem no compromissos com efeito vinculante no plano internacional relativamente ao reconhecimento ao direito a água como direito fundamental na década de setenta não lhes impediu de assumirem compromissos, ainda que sem efeito vinculante, porém expressando desde já uma mudança de comportamento em relação ao tema. Assim foi com a água até seu reconhecimento efetivo como direito fundamental e assim poderá ser em relação a outros novos direitos.

3. CONCEITO DE SOFT LAW

A primeira dificuldade diz respeito ao alcance da compreensão do conceito de *soft law*, na seara internacional, uma vez que não se trata apenas em operação de simples tradução do inglês para os diversos idiomas inclusive o português. Conforme OLIVEIRA é uma expressão que carrega consigo muitas incertezas quanto ao seu significado, utilidade e efetividade. Tais incertezas decorrem da dúvida entre crer se seu significado é adequado para expressar fatos ou se é inadequado pela impossibilidade de definir-se seu alcance preciso (OLIVEIRA, 2006, p.30).

A expressão *soft law* pode ser traduzida como direito plástico, maleável ou flexível (MAZZUOLI, 2014, p.179) ou ainda atos concertados não convencionais (DINH; DAILLIER; PELLET; 2003, p.396). Apesar de a doutrina apontar dificuldades em traduzir a expressão inglesa *Soft Law*, tem-se a expressão direito flexível como adequada, porém não se deve confundir tal expressão na língua portuguesa ao que se costumou chamar de direito achado na rua (SOARES, 2002. p.136).

A denominação *non-binding agreements* é usualmente utilizada para indicar as normas que integram a *soft law* ao lado das expressões

gentlemen's agreement (CRETELLA NETTO, 2012, p.259), que são códigos de conduta, memorandos, declaração de princípios ou ata final. Se em seu bojo previrem um dever aos Estados de adequarem seus respectivos ordenamentos nacionais são denominados como “códigos de conduta” ou “leis modelos” (SOARES, 2002.p.139).

No âmbito do direito internacional público os tratados internacionais são obrigatórios e resultam do consentimento em assumir obrigações no plano internacional enquanto que os documentos de soft law carecem do efeito de vincular os Estados. Porém este princípio não deve ser interpretado de forma simplista. Um tratado é obrigatório enquanto fonte, porém pode conter normas com teor ambíguo ou decorrente de conceitos indeterminados, subordinando a sua aplicação a alguma atitude de seus destinatários, como no caso eventual interpretação no preenchimento da vagueza semântica. Por outro lado, podem-se ter normas não obrigatórias de conteúdo rigoroso, como o acordo de Londres de 17/06/1975 sobre transferências de artigos nucleares (DINH; DAILLIER; PELLET; 2003, p.398).

O caráter não vinculativo, entretanto não retira a importância da soft law, uma vez que os Estados mesmo diante de uma norma de soft law acabam se obrigando a agir de boa-fé, executando os preceitos contidos nos documentos que os contém. Constata-se que a formação do Direito Internacional do Meio Ambiente a partir de 1972 preferiu que suas normas fossem elaboradas por um procedimento mais simplificado e rápido, em comparação com os outros campos do Direito Internacional Público. As convenções-quadro, por exemplo permitem que seu teor seja atualizado conforme o desenvolvimento da ciência, sem a necessidade da convocação de novas conferências (CRETELLA NETTO, 2012, p.263).

Na atualidade, a influência no cenário internacional não se restringe às normas de caráter vinculante. Não se poderá negar a relevância da soft law para o desenvolvimento do direito internacional público e do direito internacional do meio ambiente. Sua relevância decorre principalmente da prática internacional (MAZZUOLI, 2010, p.93). Exemplo disso é a Ata Final de Helsinque de 1975 para segurança e cooperação da Europa, que embora não sendo um documento obrigatório, acabou por influenciar os países comunistas, na época, em relação aos Direitos Humanos.

Como se pode distinguir a *soft law* de outra norma juridicamente vinculativa? Tudo depende da intenção dos autores do documento específico, como pode ser inferido dos elementos relevantes: os redatores do texto

podem ter a intenção de atribuir-lhe o valor legal com força vinculativa, ou com a intenção de uma *soft law* (CASSESSE, 2005, p.196).

O contraste da expressão *hard law* em oposição a *soft law* decorre tanto de fatores temporais da construção normativa internacional como em relação a finalidade. Por isso *soft law* trata-se de um porvir de uma determinada norma internacional, ou seja, a norma que reflete seu conteúdo reflete um ato de vontade a ser realizado no futuro (SAHW,2010, p.93).O uso de recomendações, diretrizes, códigos de conduta ou padrões indicam que no futuro estas normas poderão ser convertidas em vinculantes.

A *hard law* no aspecto temporal consiste num ato acabado, ao final de uma rodada de negociações, como um ato terminado. No aspecto finalístico a *soft law* apresenta-se como normas jurídicas cujo cumprimento é meramente recomendado, que podem inclusive não cumpri-las, uma vez que inexistente no caso a previsão de sanções. Por outro lado, a *hard law*, as obrigações assumidas pelos Estados são obrigações rígidas para serem cumpridas e se previstas sanções, podem ser invocadas o seu descumprimento (SOARES, 2002, p.137).

Uma das consequências de que decorre a não obrigatoriedade da *soft law* é a negação do seu caráter jurídico pois se cuidaria de acordos morais, sem alcance político, numa assimilação abusiva entre o jurídico e o obrigatório que não pode ser aceita (DINH; DAILLIER; PELLET; 2003, p.400). Para concepção tradicional do direito internacional somente são fontes de direito internacional, aquelas indicadas pela Corte Internacional de Justiça e as previstas no Tratado de Viena sobre Direito dos Tratados, dentre elas, o Tratado e o Costume Internacional. Para esses nega-se o caráter jurídico das normas de *soft law* por considerarem-na como obrigações naturais ou morais (SOARES, 2002, p.139).

NASSER propõe que a discussão tanto pode se dar dentro ou fora do direito. Dentro, porque legítimo o questionamento em considerar como fonte do direito internacional e neste aspecto a compreensão da *soft law* no cenário atual é essencial em razão da complexidade do processo de criação de instrumentos normativos no âmbito internacional, e embora os Estados não pretendam efeitos constringentes, participam de uma gênese paulatina do instrumento jurídico, submetida a incertezas da ciência e inconstâncias do político. Fora, porque embora se pretenda negar o caráter jurídico, não se pode negar o seu papel de regulação e de criação de expectativas normativas, não podendo ser negado que

existem outros mecanismos de regulação da vida em sociedade além das fontes formais de direito internacional (NASSER, 2006, p. 27).

Para SOARES ao mesmo tempo em que se inadmite a qualificação da *soft law* como obrigação moral entende que seu campo situa-se numa fase de gestação em que de fato não lhe é permitido ser considerado com segurança científica como fonte de direito internacional (SOARES, 2002, p.139). Complementa o autor:

É um domínio entre a política internacional, em que prevalece a inventividade dos Estados em que prevalece a inventividade dos Estados e de seus negociadores em que se releva a parca preocupação com legalidades, ou mesmo em que pode ser nula a preocupação formal, e o Direito Internacional, que nem sempre possibilita forçar sua técnica para poder qualificar quaisquer fenômenos como fontes de suas normas. Trata-se de um campo nebuloso no qual incidem as necessidades de lege ferenda, pelo menos do ponto de vista da tipificação dos fenômenos, os quais, por todos os seus elementos, têm aparência de possuírem todos os característicos clássicos de uma fonte do direito internacional (SOARES, 2002, p.140).

Conforme Casesse a *soft law* e os instrumentos pela qual ela se expressa têm três características principais em comum. Primeiro, são indicativos de tendências modernas emergentes na comunidade mundial, onde organizações internacionais ou outros órgãos coletivos têm a tarefa de promover ações em assuntos de interesse geral. Em segundo lugar, eles lidam com assuntos que refletem novas preocupações da comunidade internacional, para as quais anteriormente essa comunidade não era sensível ou não estava suficientemente alerta. Em terceiro lugar, por razões políticas, econômicas ou outras, é difícil, no entanto, que os estados cheguem à plena convergência de padrões e normas sobre esses assuntos, de modo a concordar com compromissos juridicamente vinculantes. Como consequência, as normas, declarações e outros instrumentos em questão não impõem obrigações juridicamente vinculativas. No entanto, essas questões, embora permaneçam legalmente desregulamentadas, tornam-se objeto de diretrizes acordadas, ou políticas comuns expressa em estatutos. Podem, portanto, preparar o terreno para a gradual formulação de regras consuetudinárias ou disposições de tratados. Em outras palavras, gradualmente a *soft law* pode transformar-se em um ato normativo com força vinculativa (CASESSE, 2005, p.196).

Um questionamento pode surgir quando em que condições a norma de *soft law* pode ser considerado como um ato declaratório, ou indicativo de um costume, ou em vez disso, como ajudar a cristalizar tal regra? Tais condições serão preenchidas se existir uma regra habitual em processo de formação: verificar se o *usus* e *opinio* abrangem um determinado assunto (CASESSE, 2005, p.197).

Interessante observar que as características apontadas por Casesse se comprovam na construção do direito á agua como um direito fundamental. O direito á água tornou-se pauta das discussões internacionais não só como uma tendência moderna, mas uma necessidade diante da realidade de escassez associada à falta de acesso principalmente aos mais desfavorecidos; tornando-se uma das maiores preocupações no cenário internacional. A necessidade de algo fosse feito a fim de reverter esse cenário promoveu novas posturas dos Estados soberanos, que mesmo relutantes a assumiram imediatamente compromissos internacionais com efeito vinculante, assumiram compromissos com caráter de *soft law*, que posteriormente resultaram no reconhecimento desse novo direito.

4. AS FORMAS DE MANIFESTAÇÕES DE SOFT LAW

As Fontes tradicionais de direito internacional não levam em consideração a *soft law*, como fonte de direito embora tenha um efeito importante na relação entre atores internacionais e na construção do direito internacional. Estados e outros atores veem algumas vantagens no desenvolvimento de tais normas. Os Estados são menos cautelosos na negociação e na conclusão de normas de *soft law*. A negociação e conclusão das normas com caráter *soft* podem ocorrer de forma mais rápida, num procedimento com obstáculos burocráticos menores em ambos os níveis nacional e internacional (MURPHY, 2009, p.93).

Tanto os objetivos podem ser mais facilmente alcançados, como existir maior flexibilidade na relação com os atores não estatais. Teóricos das relações internacionais explicariam que custos de contratação e os custos de soberania são menores, tornando mais provável o acordo. Apesar de serem juridicamente não vinculativas, tais normas são levadas a sério pelos Estados e demais atores, porque uma vez acordado podem ter o efeito de restringir as opções que de outra forma estariam legalmente disponíveis. Estas normas podem começar um processo de deslegitimar uma regra existente do direito internacional, ao mesmo tempo e servirem de base para invocar uma regra do direito internacional, como os princípios de

boa fé, ou ainda, impedir que ações ou outras normas em sentido contrário sejam editadas (MURPHY, 2009, p.96).

As normas que contemplam *soft law* podem assumir várias feições como: disposições de tratados, declarações, não-tratados ou pactos políticos emitidos por Estados que estabelecem certas aspirações, resoluções de organizações internacionais de natureza recomendatória e códigos de comportamento.

Disposições de Tratado Vagas ou Genéricas. Uma forma de se apresentar a *soft law* pode ser encontrada em disposições de tratados internacionais que se apresentam muito abstratas para serem implementadas automaticamente, exigindo uma cooperação geral entre Estados ou específicas relacionadas a alguns assuntos no futuro (MURPHY, 2009, p.93). Existem normas de vários graus de persuasão, coerência e consenso que são incorporados em acordos entre Estados, mas não criam direitos e deveres executáveis.

Algumas disposições de Tratados simplesmente clamam por uma cooperação geral quando for possível e apropriado. A Convenção Internacional sobre Diversidade Biológica previu em seu art. 5º :

Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso, cooperar com outras Partes Contratantes, diretamente ou, quando apropriado, mediante organizações internacionais competentes, no que respeita a áreas além da jurisdição nacional e em outros assuntos de mútuo interesse, para a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica. (BRASIL, Decreto Legislativo nº2º de 1994, 1994)

É possível verificar no preceito normativo a vagueza semântica das expressões na “medida do possível”, “conforme o caso”, “quando apropriado” “mútuo interesse”. Tais expressões alargam a subjetividade na eventual consideração se houve ou não uma medida concreta de determinado Estado projetando para uma concretização, conforme os interesses que encontram limite na própria soberania do Estado-parte.

Declaração ou Pactos Políticos pelos Estados. Uma segunda forma de *soft law* pode ser encontrada em declarações, não-tratados ou pactos políticos emitidos por Estados para objetivos específicos. No campo do Direito Ambiental existem numerosos pactos – na forma de *soft law* ou programa de ações assumidas pelos Estados com o propósito de promover a gestão ambiental correta dos recursos naturais. Nenhum

destes instrumentos são vistos pelos Estados, que concordaram com seus termos, como instrumento de força vinculativa, ao contrário, nenhum deles está sujeito a um processo de ratificação. Tais normas não vinculativas são importantes de uma maneira geral, pela qual a comunidade internacional busca o consenso quanto aos valores ambientais, mas não elas não são vistas como aptas a criar as normas internacionais ou nacionais (MURPHY, 2009, p.98).

A ata final da Conferência de Helsinque de 1975 sobre Segurança e Cooperação na Europa, é exemplo deste tipo de acordo. Dentre os objetivos encontram-se a diminuição da tensão existente na Europa em decorrência da Guerra Fria. Estabeleceu-se dentre seus objetivos o reconhecimento da Igualdade soberana dos Estados, abstenção de recorrer à ameaça ou ao uso da força, inviolabilidade das fronteiras, integridade territorial dos Estados, adoção de um sistema de solução pacífica de controvérsias, e o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais.

Recomendações em Resoluções de Organização Internacional. Outra forma de expressão de *soft law* pode ser encontrada nas recomendações ou resoluções de organismos internacionais amplamente aceitas, porém sem efeito vinculativo aos Estados. Se a organização for uma organização com competência específica na matéria que desperte o interesse e participação dos Estados Soberanos; e se existir pouco, ou nenhum dissenso quanto à norma internacional, mesmo que sem efeito vinculativo, tais resoluções tem a aptidão de influenciar o desenvolvimento do direito internacional (MURPHY, 2009, p.99).

A Assembleia Geral das Organizações das Nações Unidas tanto emite resoluções com força vinculativa como outras sem tal efeito. Em 1946 a Organização das Nações Unidas emitiu por unanimidade a Resolução 96 que reconheceu o genocídio como um crime no âmbito do direito internacional e pelo qual os autores principais e seus cúmplices deveriam ser punidos, sejam pessoas privadas, funcionários ou agentes de Estados, por razões raciais, religiosas políticas, ou outros motivos. Referida recomendação convidou os Estados a adotarem medidas legislativas para prevenção e repressão a tais crimes, como também recomendou a colaboração internacional dos Estados afim de que medidas preventivas e repressivas fossem rapidamente adotadas quanto ao crime de genocídio. A redação da Resolução a Assembleia Geral não propôs a criação de um tipo penal internacional, mas o reconhecimento, mesmo que sem força vinculativa, que medidas legislativas fossem internamente adotadas como também em nível internacional. Tal resolução com nítido caráter de *soft law* veio

a preparar o caminho para a Convenção Internacional de 1948 sobre genocídio, esta com nítido caráter de *hard law* (MURPHY, 2009, p.99).

Códigos de Comportamento para Estados e Não-Estados. Uma quarta forma de expressão de *soft law* pode ser observada em Códigos de Comportamento para Estados e Não-Estados, os quais são convidados a adotar nas legislações internas, no casos dos Estados, ou como parte da governança das Organizações internacionais (MURPHY, 2009, p.101). Um exemplo deste tipo é o programa lançado em 1962 entre a FAO, Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura e a WHO, Organização Mundial da Saúde, que instituiu o programa para o desenvolvimento de normas de segurança alimentar. Foi criado o código alimentar o qual tinha como objetivo promover a coordenação de todos os padrões alimentares nos trabalhos a serem realizados por (a) governos internacionais e organizações não governamentais; (b) determinar prioridades e iniciativas guiando a preparações do esboço, projeto e padrões através e com a ajuda de apropriada (c) finalizar padrões com a participação e sob a tutela da organização com a aceitação pelos Estados e a publicação no âmbito interno de cada país de um código alimentar juntamente com o plano internacional.

A classificação proposta por MURPHY chama a atenção pelas diversas maneiras pela qual a *soft law* pode se apresentar, podendo assumir qualquer destas situações narradas. A realidade diplomática internacional, pode se manifestar de variadas formas e autoriza-nos a indicar da possibilidade de em um mesmo diploma internacional escrito, apresentar mais de um tipo de norma ou seja ao mesmo tempo conter uma expressão vaga e encerrar em si um compromisso não vinculativo por meio da instituição de um código de comportamento.

5. O PAPEL DA SOFT LAW NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO A ÁGUA

A disponibilidade da água permaneceu constante por muito tempo, porém na atualidade a natureza começa a dar sinais da sua escassez, exemplo disso no Brasil tem-se a crise hídrica no Estado de São Paulo entre 2014 a 2016. Dentre as causas podem ser apontadas a escassez de chuvas, desmatamento e a ocupação irregular dos mananciais.

A água potável é indispensável à existência humana e de todos os animais, e integrante indispensável dos ecossistemas como um todo. Porém o seu reconhecimento como um direito fundamental em nível internacional teve gestação lenta. Os fatores associados são de diversas ordens: políticos, jurídicos, sociais e econômicos. A sua escassez afeta á todos, mas atinge

de forma mais contundente aos mais pobres, que detém menos condições de suprir a sua falta ou encontrar alternativas. A ausência de interesse político em alguns casos é um dos fatores da inacessibilidade. Uma vez reconhecido o direito a água como um Direito Humano medidas concretas devem ser tomadas para assegurar a sua fruição e conseqüentemente, este direito entra em linha de colisão com outros interesses, como o interesse na privatização, em decorrência da mercantilização da água. Entretanto, o reconhecimento do direito a água como um direito humano essencial decorre da necessidade, que ninguém fique indiferente à situação de carência (MACHADO; 2018, p.2).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos assegura em seu artigo 3º o direito à vida, e tal preceito é complementado pelo art. 25 ao prever que todo o cidadão tem direito a um padrão de vida que assegure o bem-estar. A ausência de previsão expressa em tratados internacionais que assegurassem o direito a água potável não foi obstáculo na afirmação desse direito. Tal direito está implicitamente previsto no conceito de bem-estar que também relaciona de forma não taxativa a alimentação, vestuário, e habitação. A integração das normas internacionais em torno do direito a vida e ao bem estar permitiram assegurar a existência de tal direito.

A atuação dos diversos atores internacionais em favor do direito a água se deu por meio de atos, resoluções, recomendações e considerandos, sem efeito vinculante, ou seja, mediante normas de *soft law*. A proliferação no âmbito das discussões internacionais sobre o direito à água potável de normas de carácter *soft* são sua característica principal. Por não se apresentarem como normas que vinculassem obrigatoriamente e imediatamente os Estados soberanos por eventual descumprimento futuro acabavam por deter maior aceitação, que poderia não ser alcançado de outro modo. Aos poucos, se construiu a direito fundamental à água.

A Conferência de Estocolmo 1972, documento de nítido carácter de *soft law* foi o primeiro evento internacional com a finalidade de discutir os problemas ambientais. A conferência foi marcada pela tensão entre os países desenvolvidos que queriam discutir os problemas relativos à degradação do meio ambiente dentre eles o problema da água, enquanto que os países subdesenvolvidos a preocupação era a promoção de atividades industriais para o desenvolvimento (BRZEZINSKI, 2012.p.123). Na declaração de que resultou a Conferência ressalta-se o reconhecimento no princípio 2º da necessidade de preservação da água conjuntamente com o ar, a terra, a flora, a fauna e ecossistemas para as presentes e futuras gerações (ONU,

1972). Na sequência o Relatório Brundtland de 1987 apresentando pela Comissão à Assembleia Geral das Nações Unidas cujo objetivo principal era equacionar o crescimento econômico com a preservação ambiental referiu como uma das medidas para o desenvolvimento sustentável, a garantia de recursos básicos, dentre os quais a água. As metas de crescimento econômico deveriam ser pautadas pelo uso racional da água.

A conferência RIO-92 pretendeu discutir novamente os problemas ambientais globais e desenvolvimento. Na agenda 21 outro importantíssimo documento que dela foi resultado, tem-se o capítulo 18 que tratou da proteção e do abastecimento dos recursos hídricos. Reafirmou-se o caráter de *soft law* da Agenda 21 e o compromisso de se assegurar o acesso do direito humano a água potável e ao saneamento (AMORIM, 2015.p.122).

Em 1990 na Conferência em Nova Délhi em setembro foi constatada a necessidade de os Estados quintuplicarem os investimentos em relação à água para que se chegassem a sua universalização até 2000. Na Conferência Internacional sobre Água e meio Ambiente em Dublin 1992 um dos pontos mais importantes é que pela primeira vez começou-se a falar que água era um recurso finito e a realidade demonstrava a sua escassez. O que parece evidente hoje não era no passado. Dessa conferência resultou o reconhecimento de que a água é um recurso finito e vulnerável e essencial para vida e para o meio ambiente.

Em 1998 ocorreu, entre 19 e 21 de março, em Paris, a Conferência Internacional para água e desenvolvimento sustentável. Nela foi ressaltada a essencialidade da água: para as necessidades humanas, para os ecossistemas e para a prosperidade e estabilidade futuras. Nessa declaração foi aclamado o acesso à água potável e ao saneamento para todos ao mesmo tempo em que se conclamou a todos para a implementação de um sistema de gerenciamento dos recursos hídricos. Em agosto de 2000 em New York foram estabelecidos os objetivos do milênio e como meta restou estabelecido reduzir pela metade a proporção de pessoas sem acesso a água potável.

Na Conferência realizada em Bonn em 2001 para se discutir o aumento da segurança hídrica e o gerenciamento sustentável destes além de externa-se a preocupação que até então 1,5 bilhões ainda não tinham acesso à água potável. Foi conclamado um novo plano de ação a participação de todas as partes interessadas, governos, da comunidade internacional, setor privado e que a base de ação deveria seguir-se atendendo: governança, investimentos, participação da comunidade internacional, transferência de tecnologia e capacitação e quanto ao gênero foi reforçada a participação das

Mulheres. Ao mesmo tempo como novidade se propugnou pelo aumento de investimentos privados nos serviços de distribuição de água potável com receitas a obtenção de receitas desta privatização do serviço procurou-se a universalização da água para os mais pobres. Alertou-se da necessidade de uma nova gestão dos recursos hídricos e do reconhecimento da água como bem de valor também econômico.

O acesso à água potável e seu reconhecimento como um Direito Humano começou a ganhar novos contornos em três documentos internacionais. O primeiro deles relativo ao Comentário Geral nº 15 da Assembleia Geral das Nações Unidas relativamente ao Pacto de Econômicos, Sociais e culturais. Posteriormente a Resolução da Assembleia das Nações Unidas 64/92 de 28/07/2010 e a Resolução A/HRC/15/L.14 do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas em 30/09/2010. A partir destes documentos internacionais o direito a água potável como direito humano começou ganhar contornos mais efetivos.

A Resolução 64/24 de maio de 2011 da Organização Mundial da Saúde convocou os Estados a garantir em seus ordenamentos jurídicos internos, por meio de adoção políticas públicas para alcançar as metas de desenvolvimento relativas a água potável e saneamento, ao mesmo tempo em que promove o fortalecimento de colaboração dos diversos órgãos das Organizações das Nações Unidas em prol da cooperação internacional na promoção do direito a água (AMORIM, 2015, p.121). É crucial que cada Estado da Comunidade Internacional implemente o direito a água potável no âmbito do seu direito interno. Como exemplo cita-se o Uruguai que após plebiscito fez relacionar na Constituição do país o direito humano da água potável (BARLOW, 2012, P.194).

A partir da descrição do iter percorrido na construção do direito fundamental á água é possível visualizar o papel desempenhado pela *soft law*. A construção desse direito no âmbito internacional foi sendo construído paulatinamente por meio de mecanismos de *soft law* na forma de compromissos vagos, sem cunho vinculativo para os Estados-soberanos temendo a obrigatoriedade perante terceiros. Esses movimentos no âmbito internacional no decorrer dos anos de negociação não só provocou uma mudança no cenário internacional, como também mudanças no âmbito interno de muitos países.

No Brasil estas conferências influenciaram na criação da Lei 6.938/91 que Instituiu a política nacional do meio ambiente; na Constituição Federal de 1988 com o reconhecimento do direito ao meio ambiente equilibrado como

um direito Intergeracional e como condição a uma vida digna. No âmbito do direito à água reformulou-se a política nacional de recursos hídricos concretizados pela Lei 9.433/97 com reconhecimento expreso conforme Art.1, II, III como um recurso limitado e que em situações de escassez o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e dessedentação de animais. Previu-se como objetivo da política nacional de recursos hídricos assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos.

Todas estas conferências retratam as várias faces e interfaces relativamente á preocupação do meio ambiente e da água propriamente dita. Até porque não se pode dissociar o problema de acesso á água potável do problema da poluição, da escassez, e da sustentabilidade. As conferências internacionais realizadas no âmbito da discussão do direito á agua reafirmam o papel de relevo das normas de soft law, não só na construção de um direito reconhecido internacionalmente, mas também de mudança no direito interno, como no caso brasileiro. O efeito de não vincular de imediato os Estados soberanos não impediu que compromissos fossem assumidos, quer por se tratar-se de um recurso ambiental limitado orientando a racionalidade do seu uso como requisito para o desenvolvimento sustentável, como necessidade de ampliação do seu acesso por se tratar de um bem essencial à própria vida.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a exposição do tema pode-se afirmar que o papel da *soft law* na construção do direito internacional do meio ambiente é inegável. Sua utilização na construção do direito fundamental a água ao longo de quase cinco décadas desafiou a diplomacia internacional. O próprio acordo de Paris referido no início do presente trabalho dificilmente seria ratificado se não fossem várias outras acordos e convenções que o antecederam e que de forma embrionária introduziram a preocupação com o meio ambiente, confirmando a teoria de que um dos objetivos da soft law é transformar acordos sem o caráter obrigatório em hard law.

A dificuldade de se considerar a soft law como fonte de direito, do ponto de vista do Direito Internacional clássico, pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados ou da Corte Internacional de Justiça, não deve ser um empecilho em considera-la como fonte autônoma de um novo direito internacional, e principalmente do direito internacional do meio ambiente onde observa utilização. Seu surgimento, atrelado à atividade diplomática nas décadas de 1950 e 1960 e na dificuldade de se obter o consentimento

dos Estados Soberanos integrantes do Conselho de Segurança da ONU na aprovação de princípios para instituição de uma nova ordem econômica para os países, na maioria africana, recém-independente, porém ainda atrelados economicamente aos ex-colonizadores fez surgir um novo tipo de norma internacional, que embora não vinculativo seria o embrião de mudanças futuras.

A atividade diplomática em torno das conferências sobre o reconhecimento do direito a água exemplificam concretamente as formas pelas quais a *soft law* pode se apresentar a partir dos anos 50/60 do século passado até os dias atuais; como declarações, recomendações, considerandos ou ainda fomentando um novo comportamento sobre o uso racional da água. O direito a água inicialmente construído através da integração das normas internacionais como elemento do direito a vida e ao bem-estar é construído nas múltiplas conferências internacionais até seu reconhecimento como um direito fundamental pelo Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, reafirmando o caráter dinâmico e transformador da *soft law*.

A conferência RIO-92 tratou da proteção e do abastecimento dos recursos hídricos e o compromisso de se assegurar o acesso do direito humano a água potável e ao saneamento, da qual resultou a agenda 21, representou um típico documento de *soft law* chamando a atenção dos Estados soberanos do problema de acesso água e a necessidade de uma alteração comportamento. O resultado dessas inúmeras conferências e instrumentos resultou na Resolução da Assembleia das Nações Unidas 64/92 de 28/07/2010 e na Resolução A/HRC/15/L.14 do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas em 30/09/2010 concretizaram finalmente no âmbito internacional o reconhecimento do direito fundamental água.

O papel da *soft law* para o direito internacional do meio ambiente proporcionou e proporciona uma verdadeira mudança de consciência como ocorreu com o reconhecimento direito água. Muito já foi feito. Haverá muito ainda por fazer, como, por exemplo, na efetiva implementação do acordo de Paris com objetivo de reduzir o aquecimento global por meio do compromisso internacional para redução na produção de gás com efeito estufa, como em outros acordos que prevejam redução ainda maiores.

Como resultado deste caráter transformador da nova engenharia normativa internacional é verificado na evolução dos ordenamentos jurídicos internos, na medida em que um Estado modifica sua legislação estabelecendo normas mais protetivas. Exemplo disso é o compromisso internacional para que internamente os países adotem medidas para redução da emissão de gases, com efeito, estufa, como também na ampliação de acesso a água, principalmente

aos mais desfavorecidos. Tudo resultado de um esforço ao longo dos anos a ponto, de não importar, que para alguns, as normas de *soft law* não sejam consideradas *hard law*. Dentro dela habita o código genético transformador, esperando o momento certo pra frutificar.

REFERÊNCIAS

AMORIM, João Alberto Alves Direito das Águas. *O Regime Jurídico da Água Doce no Direito Internacional e no Direito Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.p.121.

BARLOW, Maude. Nosso Direito à Água: Um Guia para as Pessoas Colocarem em Prática o Reconhecimento do Direito à Água e ao Saneamento Básico pelas Nações Unidas. *Revista Internacional de Direito Ambiental*. Vol. 01 Jan/Abr 2012 p. 177 a 200.p 194.

BRASIL. *Decreto 7.030 de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em :< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm> Acesso em 14 nov. 2019;

_____ *Lei 94433 de 08 de janeiro de 1997*. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9433.htm> Acesso 14 nov. 2019.

BRZEZINSKI, Maria Lúcia Navarro Lins. *Direito Internacional da Água Doce*. Fontes, Regimes Jurídicos e Efetividade. Curitiba: Juruá, 2012.

CASSESE, Antonio. *International Law*. 2ed. New York: Oxford University Press, 2005;

CAUBET, Christian G. Tratados Internacionais, Interesses Difusos e Democracia-de-Mercado: Funções da Aparência no Direito e na Polícia. in: CAUBET, Christian G. (Coord). *Tratados Internacionais, Direitos Fundamentais, Humanos e Difusos. Os Estados Contra o Bem Viver de suas Populações*. Florianópolis: Insular, 2016.

CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional do Meio Ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, Carlos Fernando da Cunha. Fontes do Direito Internacional do Meio Ambiente: do Rol Originário às Novas Fontes. In: Valerio Mazzuoli (org). *O Novo Direito Internacional do Meio Ambiente*. Curitiba: Juruá, 2011.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. Direito Internacional Público. Trad. Vitor Marques Coelho. 2ª Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.p.396.

DUPUY, René-Jean. *O direito Internacional. Tradução Clotilde Cruz*. Coimbra: Almedina, 2003.

FIGUEIREDO, Janaína. Macron diz que Mercosul deve avaliar impacto da mudança política no Brasil. *Globo Economia*. 29/10/2018-30/10/2018. Disponível em <https://oglobo.globo.com/economia/macron-diz-que-mercosul-deve-avaliar-impacto-da-mudanca-politica-no-brasil-23269068> - acesso 30 outubro 2018.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito de Acesso à Água*. São Paulo: Malheiros, 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 8ª Ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Celso. D. de Albuquerque. *Direito Internacional Público 1º Volume*. 10ª Ed. Atual. Ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

MURPHY, Sean D. Principles of International Law. St. Paul: Thomson West, 2006.

NASSER, Salem Hikmat. Direito Internacional do Meio Ambiente, Direito Transformado, Jus Cogens e Soft Law. In: NASSER, Salem Hikmat (Coord). *Direito Internacional do Meio Ambiente. Ensaios em Homenagem ao Prof: Guido Fernando Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Santos de Oliveira. *Direito Ambiental Internacional. O papel da Soft Law em Sua Efetivação*. Ijuí: Editora Unijuí, 2006.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos 1948*. Disponível em: < https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf > Acesso 14/11/2019

ONU. *Declaração de Estocolmo de 1972*. Disponível em: < www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc >. Acesso em: 14/11/2019.

PULIDO Carlos Bernal. *A Proteção do Direito Fundamental à Água em Perspectiva Internacional e Comparada*. Revista de Direito Setorial e Regulatório. V.1, p1-38, Brasília, outubro de 2015.

SHAW, Malcom N. *Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2010;

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público, Vol 1*. São Paulo: Atlas, 2002.

Recebido em: 10/01/2020

Aprovado em: 02/03/2020

**ANÁLISE LUSO-BRASILEIRA DA
APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PRINCIPAIS
PONTOS DE CONVERGÊNCIA
E DE DIVERGÊNCIA ENTRE OS
ORDENAMENTOS JURÍDICOS**

***LUSO-BRAZILIAN ANALYSIS OF THE APPLICATION
OF ARBITRATION IN THE PUBLIC ADMINISTRATION:
MAIN POINTS OF CONVERGENCE AND DIVERGENCE
BETWEEN LEGAL ORDINATIONS***

Pablo Francesco Rodrigues da Silva
Especialização em Direito Público pela Estácio de Sá FIR. Procurador Federal
(PGF/AGU)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Evolução do tema no Brasil e em Portugal; 2 Principais dogmas obstativos e a ressignificação conceitual dos obstáculos da arbitragem pública; 3 Análise comparativa entre Brasil e Portugal sobre a arbitrabilidade dos conflitos da Administração Pública; 3.1 Da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Advocacia-Geral da União (AGU) – (Lei nº 13.140/15 e Decreto nº 7.392/10); 3.2 Análise da Lei nº 15/2002 – Código de Processos nos Tribunais Administrativos e da arbitrabilidade em matéria fiscal; 3.3 Pontos de convergência e de divergência entre os dois ordenamentos e os caminhos que cada país vêm traçando em relação a arbitragem; Conclusão; Referências

RESUMO: A arbitragem na administração pública é precedida da arbitragem desenvolvida na esfera privada. Embora a interdependência, cada seara tomou e vem tomando contornos diferentes. Além disso, a distinção sofre forte influência do peso que o regime jurídico do direito administrativo tem sobre cada arcabouço jurídico. Nesse ponto, observa-se que ordenamentos como do Brasil, da França e da Espanha possuem muitos pontos semelhantes, sobretudo na limitação estabelecida pelo legislador do uso da arbitragem na esfera pública. Por outro lado, como contraste desses ordenamentos, o direito português evoluiu de uma forma diferente, optando o legislador, em não só admitir o uso da arbitragem envolvendo a Administração Pública, mas avançando no tipo de matéria que pode ser objeto da aplicabilidade da arbitragem.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Administração Pública. Indisponibilidade do interesse público. Regime jurídico de direito público. Patrimonialidade e Negocialibilidade.

ABSTRACT: Arbitration in public administration is preceded by arbitration developed in the private sphere. Despite the interdependence, each harvest has taken and has taken different outlines. In addition, the distinction is strongly influenced by the weight that the legal regime of administrative law has on each legal framework. At this point, it is observed that regulations such as those in Brazil, France and Spain have many similar points, especially in the limitation established by the legislator in the use of arbitration in the public sphere. On the other hand, as a contrast to these regulations, Portuguese law evolved in a different way, the legislator opting, in not only admitting

the use of arbitration involving the Public Administration, but advancing in the type of matter that may be the object of the applicability of arbitration.

KEYWORDS: Arbitration. Public administration. Unavailability of public interest. Legal system governed by public law. Patrimony and negotiability.

INTRODUÇÃO

Pretende-se, com o presente artigo, fazer uma análise comparativa luso-brasileira sobre o uso da arbitragem pelo poder público. Com essa análise, não é objetivo apontar qual o melhor ou pior modelo vigente, mas sim mostrar as diferenças existentes, o contexto em que estão inseridas e mostrar qual o caminho que cada país vem adotando em relação ao tema da aplicação da arbitragem pela administração pública.

Para tanto, será feita uma breve análise sobre o contexto histórico luso-brasileiro da arbitragem pública e o seu desenvolvimento ao longo do tempo até os dias atuais. Em seguida, procederemos a uma abordagem sobre os principais dogmas obstativos e a ressignificação conceitual dos obstáculos da arbitrabilidade no poder público.

No desenvolvimento central do texto, será feito cotejo entre a legislação vigente que trata do tema, mostrando o contorno que cada uma traz e seu alcance, abordando, no Brasil, a existência da Câmara de Conciliação e Arbitragem Federal (CCAF) e a Lei nº 13.140/2015 e, em Portugal, o tratamento da matéria pelo Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) – Lei nº 15/2002 - e a arbitrabilidade da matéria fiscal.

Nesse sentido, metodologia a ser empregada para a construção do texto envolve a análise da legislação de ambos os países, da doutrina brasileira e portuguesa e da jurisprudência em pontos específicos.

Como resultado desse paralelo, será possível apontar os pontos de convergência e de divergência, bem como os rumos que cada país vem traçando em relação aplicação da arbitragem pela administração pública, com a apresentação conclusiva do que foi analisado no estudo.

1 EVOLUÇÃO DO TEMA NO BRASIL E EM PORTUGAL

No Brasil, a situação fática mais emblemática e propagada como precursora da arbitragem pelo poder público se deu com o caso Lage

(SCHMIDT, 2018, p. 25)¹. Para dirimir a controvérsia ensejada em 1942, o Governo Federal editou o Decreto-Lei nº 9.521/1946, delegando ao juízo arbitral a fixação do quantum indenizatório a ser pago a família Lage que teve expropriada as empresas de navegação, estaleiros e portos, sendo incorporados ao patrimônio nacional pelo Decreto-Lei nº 4.648/1942 (SCHMIDT, 2018, p. 25). Coube ao Supremo Tribunal Federal² a palavra final sobre o uso da arbitragem no caso.

Após esse *leading case* brasileiro, conquanto com manifestações pontuais por parte dos tribunais nas décadas subsequentes, a legislação brasileira experimentou pouco avanço sobre a arbitrabilidade na administração pública, não sendo editado nenhum diploma legal expressivo que viesse a refletir o posicionamento vanguardista da Suprema Corte brasileira, percorrendo a arbitragem no Brasil uma linha tortuosa no tempo (ARAGÃO, 2017, p. 21).

Como reflexo das intercorrências, o legislador brasileiro tentou afastar a aplicação da arbitragem na esfera pública por dois momentos: o primeiro ocorreu com a edição do Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos, Decreto-Lei nº 2.300/1986 (SCHMIDT, 2018, p. 26); o segundo quando da tramitação da Proposta de Emenda Constitucional da reforma do judiciário – EC nº 45/2004, momento no qual parlamentares da Câmara dos Deputados tentaram inserir dispositivo na PEC para proibir o uso da arbitragem pelas entidades de direito público (SCHMIDT, 2018, p. 23)³.

Na mesma linha caminhava o Tribunal de Contas da União ao responder consulta em 1993 pelo então Ministro de Minas e Energia sobre a arbitrabilidade dos contratos administrativos previstos na Lei

1. No entanto, como aponta o professor Gustavo da Rocha Schimdt, a arbitragem possui bases no período imperial brasileiro, com a edição do Decreto nº 3.900/1867, “tendo sempre prevalecido o entendimento de que seria aplicável nas relações contratuais, de natureza privada, em que fosse parte a Fazenda Pública.” (SCHMIDT, 2018, p. 25)

2. STF. AI 52181/GB. Relator(a): Min. BILAC PINTO. Julgamento: 14/11/1973. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJ 15.02.1974.

3. O professor Alexandre Aragão relata que se chegou ao ponto de se propor uma emenda constitucional proibindo qualquer participação da administração pública na arbitragem: “Para que se possa dimensionar o quanto, chegou-se a propor emenda à Constituição (PEC nº 29) para impedir que pessoas de direito público pudessem se submeter à arbitragem. O Tribunal de Contas da União, por seu turno, exarou um sem número de decisões declarando a injuridicidade dos procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública (e.g., decisão 286/93, decisão 394/95, acórdão 584/03, acórdão 1271/05 e acórdão 1099/06).” (Nota de rodapé 2) (ARAGÃO, 2017, p. 21)

Geral de Licitação editada à época, Lei Federal nº 8.666/1993 (ARAGÃO, 2017, p. 26).⁴

Em 1996, o legislador brasileiro editou diploma delineando um arcabouço geral sobre a arbitragem. Trata-se da Lei Federal nº 9.307/1996, alcunhada de Lei Geral da Arbitragem. Embora a edição do texto, os seus dispositivos restaram completamente omissos em relação a possibilidade da aplicação da arbitragem na esfera pública. Não havia comando legal claro. Ficou à cargo da doutrina e, sobretudo, da jurisprudência convencerem à comunidade jurídica da aplicação da Lei Federal nº 9.307/1996 em relação ao poder público com espede na regra do artigo 1^o.

Em que pese a nebulosidade do tema na década de 90, há de salientar que esse mesmo período coincide com uma fase de profunda transformação pelo qual estava passado o Estado brasileiro, com a redemocratização e abertura da economia. Uma nova conjuntura política estava se formando, com o abandono do Estado centralizador para o Estado gerenciador e fiscalizador, com a concessão de serviços públicos e a formação de parceria público-privadas (DI PIETRO, 2002, p. 16).

Para fazer frente a essa transformação e oferecer celeridade aos investidores, diplomas esparsos, de acordo com a área de investimento, começaram a ser editados para possibilitar que os contratos administrativos pudessem ser submetidos à arbitragem para dirimir determinadas cláusulas negociais. Isso aconteceu com as leis de criação de determinadas agências reguladoras⁶, com a lei de concessão de serviços públicos e da parcerias público-privadas.

Esse período também foi marcado por novas políticas públicas e o despertar da população para a cobrança da prestação de novos serviços, fazendo com que o Estado, em todas as suas esferas, fosse constantemente

4 Sobre a consulta, o Tribunal de Contas da União exarou o seguinte entendimento: “o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta, entre outros).” TCU. Acórdão n.º 286/1993. Relator Homero Santos. Órgão julgador: Plenário. Data da Sessão: 15.07.1993.

5 Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

6 Como, por exemplo, com a lei de criação da Agência Nacional de Petróleo, Lei Federal nº 9.478/1997.

demandando em juízo, tornando o poder público o principal litigando na esfera judicial⁷.

Diferentemente da esfera privada, na qual o uso da arbitragem se tornava cada vez mais crescente, na seara pública a arbitragem continuava a receber o tratamento esparso. Todavia, no ano de 2015 deu-se uma guinada de 180° sobre a matéria, publicando o legislador brasileiro dois diplomas para fixar um novo marco sobre a arbitrabilidade na esfera pública: Lei Federal nº 13.129/2015 e Lei Federal nº 13.140/2015. A primeira promoveu alterações substanciais na Lei Geral de Arbitragem, prevendo, no parágrafo primeiro do artigo 1.º, a possibilidade da utilização da arbitragem pela administração pública. A segunda trouxe como preocupação a regulamentação da autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Por fim, como último ponto histórico desse recorte evolutivo brasileiro, recentemente o governo federal editou a Lei nº 13.867/2019⁸ e o Decreto nº 10.025/2019.

Em Portugal, a evolução do tema traçou caminhos diferentes da história brasileira. SÁ (*apud* CARVALHO, 2019, p. 48) assevera que a arbitragem no direito português teve como ponto inicial o liberalismo constitucional português, mas sem renegar as contribuições do romano Justiniano, do direito francês e do próprio direito canônico. Na verdade, é possível encontrar um panorama da arbitragem portuguesa das Ordenações Afonsinas até às Ordenações Filipinas, o período liberal e o período dos três códigos de processo civil português (CARVALHO, 2019, p. 49).

Dando um salto legislativo, em 1984, o governo português editou o Decreto-Lei nº 129, segundo o qual criava o Tribunais Administrativos e Fiscais, prevendo no nº 2 do artigo 2º a arbitragem no domínio do contencioso dos contratos administrativos e da responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de atos de gestão pública, incluindo o contencioso

7 Em último levantamento, a Advocacia-Geral da União respondia por quase 20 milhões de processos ativos. Apenas a título de exemplo, a autarquia previdenciária, Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, é responsável por mais de 48% do acervo da justiça federal. Segundo notícia divulgada recentemente pelo Conselho Nacional de Justiça, órgão de fiscalização do Poder Judiciário brasileiro, o INSS responde por mais de 8 milhões de processos na justiça federal. Segundo informações do CNJ, esse acervo representa 10% de todos os processos que hoje tramitam na justiça. Notícia acessada em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/89406-pacto-visa-desjudicializar-previdencia-social>.

8 Altera o Decreto-Lei nº 3.365/1941, para possibilitar a opção pela mediação ou pela via arbitral para a definição dos valores de indenização nas desapropriações por utilidade pública, nas condições que especifica.

das ações de regresso⁹. Dois anos depois, a Lei de Arbitragem Voluntária foi editada, Lei n.º 31/1986, vaticinando em seu n.º 4, do artigo 1.º que pessoas de direito público poderiam celebrar convenção de arbitragem, se para tanto fossem autorizadas por lei especial ou se elas tivessem por objeto litígios respeitante às relações de direito privado¹⁰⁻¹¹.

Desde então, outros diplomas legais regulamentaram, de uma forma ou de outra, a arbitragem em Portugal, como, por exemplo, o art. 188.º do Antigo Código de Procedimento Administrativo – CPA de 1991 –, e o Decreto-Lei n.º 55/99, atinente as empreitadas de obras públicas. Na mesma linha, com conotação obrigatória ao seu uso, o Código de Expropriações de 1999 – Lei n.º 168 – assevera que o valor a ser apurado, caso não exista acordo, será feito mediante o uso da arbitragem, prática que existe desde 1948, com a Lei n.º 2.030/48 (CARVALHO, 2019, p. 68-69).

No que pertine a disciplina específica, o Código de Processo dos Tribunais Administrativos (CTPA) – Lei n.º 15/2002 – possui capítulo específico sobre a arbitragem na administração pública portuguesa, com atualização recente em 2015 (CARVALHO, 2019, p. 69). Salienta-se que o disciplinamento específico não se esgota no CTPA, uma vez que Portugal conseguiu entrar na vanguarda da arbitralidade e criar um procedimento arbitral em matéria fiscal com o Decreto-Lei n.º 10/2011¹², ao ponto da professora Ana Perestrelo de Oliveira (OLIVEIRA, 2015, p. 49) afirmar

9 Artigo 2.º: São admitidos tribunais arbitrais no domínio do contencioso dos contratos administrativos e da responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de actos de gestão pública, incluindo o contencioso das acções de regresso.

10 O Estado e outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, se para tanto forem autorizados por lei especial ou se elas tiverem por objecto litígios respeitantes a relações de direito privado.

11 Nas palavras de Gabriela de Carvalho “Nesse sentido, várias foram, de fato, as leis especiais sobrepondo-se à lei geral, até que, no ano de 1984, quando da entrada em vigor de um novo Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, prevendo a instituição de tribunais arbitrais para determinadas questões do foro jusadministrativo. Como era de esperar, os primeiros gestos de abertura à arbitralidade ocorreram no habitat mais natural, isto é, no contencioso administrativo por atribuição, contratos administrativos, por um lado, e responsabilidade civil por atos de gestão pública, por outro. O critério geral de admissão da arbitralidade era, assim, a relação jurídica administrativa paritária, em que a administração não surge investida de poderes de autoridade, entrecruzado com o critério da disponibilidade da administração sobre a situação jurídica em causa. Da arbitragem ficavam, concomitantemente, excluídas as questões suscitadas no âmbito do direito administrativo de autoridade – atos e regulamentos administrativos. Este estado de coisas foi, todavia, alterado com a entrada em vigor do novo Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), a 1 de janeiro de 2004.” (CARVALHO, 2019, p. 67).

12 Quanto ao CTPA, há de salientar que a Lei n.º 15/2002 promoveu uma ampliação no seu campo de utilização, trazendo para a mesma mesa na resolução dos conflitos o particular e a administração. (CARVALHO, 2019, p. 69).

que após dois séculos de progressiva expansão da arbitragem, a sua aplicabilidade já é não objeto de tanta resistência.

Há de salientar que, após revisão constitucional promovida na Constituição da República Portuguesa, o artigo 209º, nº 1, alínea “b” passou a prever a existência de tribunais administrativos e fiscais¹³. Os Tribunais de Arbitragem, os quais englobam tanto a arbitragem administrativa como a arbitragem tributária, estão inseridos dentro de uma estrutura maior chamada de Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD, com a vedação de se utilizar da equidade para dirimir o conflito (CARVALHO, 2019, p. 76)¹⁴.

Do que exposto acima, observa-se que a evolução da aplicação da arbitragem na administração pública no Brasil e em Portugal seguiram caminhos diferentes, sendo possível afirmar que o país luso se antecipou no uso da arbitragem para resolver os conflitos envolvendo as pessoas de direito público.

2 PRINCIPAIS DOGMAS OBSTATIVOS E A RESSIGNIFICAÇÃO CONCEITUAL DOS OBSTÁCULOS DA ARBITRAGEM PÚBLICA

Evidentemente que ambos os processos evolutivos enfrentaram ou enfrentam desafios para consolidar o uso da arbitragem envolvendo o poder público.

No ordenamento brasileiro, os principais entraves são bem sintetizados por Marco Antônio Rodrigues (RODRIGUES, 2016, p. 392-393), segundo o qual aponta: a) princípio da legalidade; b) a indisponibilidade do interesse público; e o c) princípio da publicidade. Deve-se lembrar, ainda, que a própria Lei Geral de Arbitragem, Lei Federal nº 9.307/1996, editada muito mais com o intuito de regular a arbitragem privada, foi objeto de impugnação discutindo a sua constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal¹⁵, sob diversos argumentos, entre os quais, ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição e o devido processo legal. Isso sem falar da ampla doutrina conservadora que enxergava (ou

13 1. Além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de tribunais: b) O Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais;

14 O Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD, possui plataforma própria com todas as informações que podem ser consultadas no seguinte endereço eletrônico: <https://www.caad.org.pt/>.

15 A Lei Geral de Arbitragem foi objeto de impugnação no STF no processo de homologação de Sentença Estrangeira nº 5.206, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence. É importante relatar que no julgamento da ação, quatro Ministros se manifestaram pela inconstitucionalidade da LGA.

enxerga) empecilhos intransponíveis na aplicação da arbitragem pelo poder público¹⁶⁻¹⁷.

Em Portugal, a discussão também não foi diferente¹⁸, com maior resistência em relação a matéria fiscal. A distinção é que Portugal travou muito mais cedo o debate¹⁹.

Tal qual o Brasil, a aplicação da arbitragem pelo poder público chegou a ser levada ao conhecimento do Tribunal Constitucional português, tendo a Corte em 2003 reafirmado que os tribunais arbitrais “[...] estão previstos como uma categoria autônoma de tribunais, submetidos a um estatuto funcional similar ao dos tribunais judiciais” (CARVALHO, 2019, p. 61).

Depois da aceitação da aplicação da arbitragem na esfera administrativa com a manifestação do Tribunal Constitucional português, a próxima trincheira de resistência foi a matéria fiscal. Alexandra Marques (MARQUES, 2018, p. 369-371) sintetiza muito bem os óbices: a) soberania fiscal; e b) princípio da legalidade fiscal. Ana Perestrelo de Oliveira (2015, p. 92) doutrina, de forma semelhante ao que foi apontado por Alexandra Marques, os seguintes entraves sobre a inaplicabilidade da arbitragem em matéria fiscal portuguesa: a) a tradicional visão da fiscalidade como atributo de soberania; b) o princípio da legalidade fiscal enquanto qualificado princípio da legalidade da administração; e, principalmente, c) compatibilização da obrigação tributária com o critério geral de arbitrabilidade então vigente.

Atualmente, seja no Brasil ou em Portugal, boa parte dos dogmas acima restou ressignificada. Para Filipe Bastos Brito (BRITO, 2018, p. 81), a aplicação da arbitragem na seara pública decorre de uma imposição da mudança dos tempos, já que o ritmo da mudança de paradigmas

16 Nesse sentido, há autores do peso como Celso Antonio Bandeira de Melo (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 95).

17 Os empecilhos brasileiros sobre o uso da arbitragem pelo poder público se assemelham significativamente com o ordenamento francês. Os empecilhos presentes no ordenamento francês são da seguinte ordem: a) respeito aos órgãos jurisdicionais, b) proteção da ordem pública; c) incapacidade jurídica da Administração Pública recorrer a arbitragem; e d) princípio da separação das autoridades administrativas e jurisdicionais. (FERREIRA, 2018, p. 146)

18 Como aponta a professora Ana Perestrelo de Oliveira, o critério da disponibilidade do interesse público sempre norteou a aplicação da arbitragem na esfera pública. (OLIVEIRA, 2015, p. 56-60)

19 A partir da edição do Código de Processos nos Tribunais Administrativos – CPTA, título IX, art. 180.º, Portugal passou a contar com um conjunto amplo de regras para a aplicação da arbitragem. (OLIVEIRA, 2015, p. 56)

e complexidades das relações é cada vez mais maior e não adaptável a mentalidade de uma estrutura hierarquizada por parte do poder judiciário²⁰.

Em Portugal, chegou-se à conclusão de que os óbices são muito mais de cunho teórico do que propriamente práticos (OLIVEIRA, 2015, p. 96-97). Desde a edição do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), o legislador português superou a discussão em torno da indisponibilidade para prever expressamente quais matérias seriam arbitráveis pelas pessoas jurídicas de direito público, discriminando, por exemplo, a análise de atos administrativos de natureza discricionária, responsabilidade civil extracontratual e questões atinentes às relações jurídicas de emprego público²¹.

No ordenamento brasileiro, a ressignificação da arbitrabilidade pelo poder público passa pelo redesenho de dois critérios: a patrimonialidade e a indisponibilidade. O primeiro existe quando:

Direitos sem imediata expressão econômica devem ser considerados patrimoniais sempre que a sua transgressão ensejar medidas reativas com conteúdo econômico; b) Os direitos constantes de um contrato, e isso vale mesmo para os celebrados pelo Poder Público, ostentam presumidamente natureza patrimonial; e c) Os desdobramentos de direitos indisponíveis ou extrapatrimoniais não são contaminados pelos caracteres deles; caso apresentem natureza econômica e admitam disposição contratual serão arbitráveis. (ACCIOLY, 2019, p. 64)

Já a disponibilidade deve ser pensada quando a administração estiver submetida ao regime do “Estado-ordenamento” (GRAU, 1990, p. 173), sendo o mesmo regime aplicado ao particular, por uma questão de linearidade. Há quem entenda, como conclusão dessa ressignificação, que o uso da

20 Como aponta SILVA (apud MARQUES, 2018, p. 362), “Se a década de 60 e 70 do século XX, foram o período de ouro do direito de acesso à Justiça, enquanto direito de acesso aos Tribunais, mais esse direito vem sofrendo uma nova conformação, “deixando de ser o direito de acesso ao direito através dos tribunais para passar a ser um direito de acesso ao direito sem passar pelos Tribunais”, assistindo-se a uma acentuada evitação do recurso a esquemas fôrmis de resolução de conflitos”.

21 1 - Sem prejuízo do disposto em lei especial, pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de: a) Questões respeitantes a contratos, incluindo a apreciação de actos administrativos relativos à respectiva execução; b) Questões de responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efectivação do direito de regresso; c) Questões relativas a actos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva. d) Litígios emergentes de relações jurídicas de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional. 2 - Excepcionam-se do disposto no número anterior os casos em que existam contra-interessados, salvo se estes aceitarem o compromisso arbitral.

arbitragem passe necessariamente pela dicotomia entre atos de império e atos de gestão, sendo a arbitragem pública aplicada a este último campo por envolver atos de mera administração, despida de prerrogativas especiais (SUNDFELD, 2008, p. 121).

Todavia, para certa parcela da doutrina, os entraves decorrem muito mais de problemas secundários, como pouco estímulo, insegurança jurídica e deficiência de políticas públicas do que propriamente de barreiras intransponíveis (SCHMIDT, 2018, p. 44)²².

3 ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE BRASIL E PORTUGAL SOBRE A ARBITRABILIDADE DOS CONFLITOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 DA CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (AGU) – (LEI Nº 13.140/15 E DECRETO Nº 7.392/10)

Nesse contexto de transformação, impende ressaltar que o governo federal, por intermédio da Advocacia-Geral da União, criou, nos idos de 2007, a Câmara de Conciliação e Arbitragem Federal – CCAF/AGU. A Câmara teve a sua área de atuação bem delimitada pelo Decreto nº 7.392/2010²³ e

22 Gustavo Schmidt sintetiza esses entraves em três grandes temas: i) insegurança jurídica, fruto da ausência de um marco regulatório claro e da ausência de parâmetros normativos mínimos para a atuação dos agentes públicos; ii) inexistência (ou deficiência) de políticas públicas de programas de governo voltadas para fomentar, de forma eficaz, o uso das ADRs para a resolução de conflitos com a Administração Pública; e iii) resistência, no âmbito dos entes administrativos, às mudanças culturais e de hábitos na condução de suas relações com a esfera privada. (SCHMIDT, 2018, p. 44). Na verdade, citando Heather Anderson e Chris Carson, Gustavo da Rocha Schmidt apresenta impemilhos semelhantes que existem nos Estados Unidos: “Em percuente exame da matéria, sob a ótica da realidade institucional e cultural norte-americana, Chris Carlson e Heather Anderson apontam seis obstáculos frequentes para a adoção de programa de fomento ao uso das ADRs (Alternative Dispute Resolution) no setor público estadunidense: i) insegurança jurídica; ii) ausência de incentivos; iii) ausência de liderança e de apoio para a implementação da mudança; iv) falta de recursos financeiros; v) falta de treinamentos; e vi) resistência nas organizações públicas a mudanças.” (CARSON apud SCHMIDT, 2018, p. 43)

23 O Decreto delinea as seguintes competência da Câmara: a) avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União; b) requisitar aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal informações para subsidiar sua atuação; c) dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios; d) buscar a solução de conflitos judicializados, nos casos remetidos pelos Ministros dos Tribunais Superiores e demais membros do Judiciário, ou por proposta dos órgãos de direção superior que atuam no contencioso judicial; e) promover, quando couber, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nos casos submetidos a procedimento conciliatório; f) propor, quando couber, ao Consultor-Geral da União o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação; e g) orientar e supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito das Consultorias Jurídicas nos Estados.

reconhecida a sua importância e consolidada a sua competência em 2015, com a publicação da Lei Federal nº 13.140/2015²⁴.

A principal observação sobre a Câmara de Conciliação e Arbitragem Federal (CCAF/AGU) é que, embora receba a alcunha de arbitragem, a Câmara não realiza arbitrabilidade. Isso porque, a Câmara é órgão com natureza muito mais conciliatória e mediadora, não convocando julgadores (árbitros externos) para dirimir o conflito, além de pertencer a própria estrutura administrativa do ente que submeteu o problema (DYTZ, 2018, p. 196-197). Nesse sentido, eis as palavras do ex-diretor da CCAF/AGU, Pitágoras Dytz (2018, p. 197), no sentido de que não há “como a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal exercer atividades típicas de um juízo arbitral, pois é regimentalmente um dos órgãos de um dos interessados em ambos os grupos de conflitos [...]”²⁵.

Na verdade, quando diante de conflitos entre os órgãos federais, a Câmara de Conciliação e Arbitragem Federal – CCAF/AGU – realiza procedimento especial para resolver aparente conflito de normas, uniformizando a União Federal o entendimento a ser aplicado na discussão (CARVALHO, 2019, p. 145).

3.2 ANÁLISE DA LEI Nº 15/2002 DE PORTUGAL – CÓDIGO DE PROCESSOS NOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS (CPTA) E DA ARBITRABILIDADE EM MATÉRIA FISCAL

Como aponta Ana Perestrelo de Oliveira (OLIVEIRA, 2015, p. 56), a partir da edição do Código de Processos nos Tribunais Administrativos – CPTA, título IX, art. 180, a administração pública portuguesa passou a

24 Já a Lei nº 13.140/2015 traz as seguintes competências da Câmara: a) dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; b) avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; e c) promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

25 No mesmo sentido, entende a Doutora Gabriela Carvalho, para quem “Há uma diferença, todavia, entre a arbitragem instituída em Portugal e o procedimento adotado pela CCAF/AGU. Na arbitragem administrativa portuguesa, há uma substituição do árbitro ao Estado-juiz, que angulariza a relação entre as partes, que se contrapõem e submetem a questão jurídica existente entre elas, os pontos controvertidos, à decisão do árbitro. Assim, há ao menos esses três atores distintos: árbitro, parte um e parte dois. No procedimento levado a cabo na CCAF/AGU, o cenário é bastante diverso do descrito no Centro de Arbitragem Administrativa. Na CCAF/AGU, não há propriamente arbitragem, mas sim um procedimento especial de definição do entendimento da União Federal em face de alguma questão. Por isso, entende-se que não há na CCAF propriamente arbitragem com relação a direitos públicos disponíveis, mas verdadeiramente conflito aparente de normas, que é solucionado através do procedimento estabelecido pela AGU.” (CARVALHO, 2019, p. 145).

contar com um conjunto amplo de regras para a aplicação da arbitragem. O CPTA português teve a capacidade de promover uma mudança de paradigma, trazendo para o núcleo duro da administração matérias que não estão totalmente associadas as questões negociais de contratos e serviços públicos. Pelo Código, a arbitragem administrativa pode ser aplicada para as seguintes matérias: a) contratos; b) responsabilidade civil da administração; c) funcionalismo público; d) sistemas públicos de proteção social; e e) urbanismo.

O que chama mais atenção sobre a maturidade da aplicação da arbitragem em questões públicas é que o CPTA possibilita a análise de questões relativas a atos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva. Em outros termos, existe uma relação entre a aplicação da arbitragem para os atos administrativos que são suscetíveis de revogação (art. 180.º n.º 1, alínea c do CPTA). A lógica é: se tais atos podem ser retirados do ordenamento de acordo com a conveniência do administrador público, significa que o administrador público está diante de um direito que pode dispor de acordo com a sua oportunidade e conveniência. E por ser um direito disponível, essa disponibilidade poderia ser submetida ao crivo de um tribunal arbitral, já que esse tribunal não analisaria propriamente a validade do ato administrativo (OLIVEIRA, 2015, p. 62).

Já a arbitragem tributária foi instituída sob autorização legislativa do art. 124.º da Lei 3-B/2010, pelo Decreto-Lei nº 10/2011, alterado pelos artigos 228.º e 229.º da Lei nº 66-B/2012. A maior vantagem sobre a arbitragem tributária concerne ao prazo de julgamento, fixado em 6 meses (CARVALHO, 2019, p. 90). “Todo o regime foi feito para o tributo ‘imposto’ especificamente e não para taxas, contribuições, entretanto a decisão 312/2015 do Tribunal Arbitral decidiu também sobre as contribuições financeiras” (CARVALHO, 2019, p. 92).

Nesse sentido, na área fiscal há as seguintes matérias submetidas à arbitragem: a) a declaração de ilegalidade de atos de liquidação de tributos, de autoliquidação, de retenção na fonte e de pagamento por conta; b) a declaração de ilegalidade de atos de determinação da matéria tributável, de atos de determinação da matéria coletável e de atos de fixação de valores patrimoniais; c) a apreciação de qualquer questão, de fato ou de direito, relativa ao projeto de decisão de liquidação, sempre que a lei não assegure a faculdade de deduzir a pretensão referida na alínea anterior.

Para consolidar a atuação nas matérias administrativa e fiscal no uso da arbitragem, o governo português criou instituição independente,

fora da estrutura administrativa. Trata-se do Centro de Arbitragem Administrativa – CCAD, instrumentalizado pelo Despacho n.º 5097/2009, do Secretário de Estado da Justiça. A tramitação dos processos arbitrais em matéria administrativa e tributária obedece, no CAAD, ao princípio da desmaterialização, com recurso a uma plataforma informática, que permite o acesso ao processo pelos árbitros e pelas partes a partir de qualquer ponto do país e sem necessidade de deslocação às instalações do CAAD, em Lisboa. Além disso, a Portaria n.º 112-A/2011 discrimina, por exemplo, que apenas litígios acima de € 10.000.000,00 (dez milhões de euros) podem ser submetidos ao Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD²⁶.

3.3 PONTOS DE CONVERGÊNCIA E DE DIVERGÊNCIA ENTRE OS DOIS ORDENAMENTOS E OS CAMINHOS QUE CADA PAÍS VÊM TRAÇANDO EM RELAÇÃO A ARBITRAGEM

A grande linha de convergência que existe entre Brasil e Portugal sobre o uso da arbitragem pela administração pública é o sentimento de que as formas mais céleres e baratas de resolução de conflitos precisam ser estimuladas para resolver a crise do judiciário.

Ambos os países fomentaram o uso da arbitragem, sobretudo, nas relações negociais em que o poder público possui paridade com o particular, na assinatura de contratos administrativos e na concessão de serviços. Além disso, os dois ordenamentos - Portugal mais cedo é verdade - procuraram promover mudanças legislativas para despertar a cultura do uso da arbitragem e desconstruir os dogmas cristalizados em décadas de escolas clássicas da doutrina publicista. Outro ponto de convergência, em menor grau, é a criação de centros (instituições) para conciliar ou arbitrar conflitos envolvendo os entes públicos e entidades administrativas com os particulares.

Conquanto o alinhamento acima, é possível identificar muito mais divergências²⁷.

26 Informação retirada do site do CAAD. [Em linha]. [Consult. 05 set. 2019]. Disponível em <https://www.caad.org.pt/caad/apresentacao>.

27 Nas palavras de Gabriela de Carvalho: “Há uma diferença, todavia, entre a arbitragem instituída em Portugal e o procedimento adotado pela CCAF/AGU. Na arbitragem administrativa portuguesa, há uma substituição do árbitro ao Estado-juiz, que angulariza a relação entre as partes, que se contrapõem e submetem a questão jurídica existente entre elas, os pontos controvertidos, à decisão do árbitro. Assim, há ao menos esses três atores distintos: árbitro, parte um e parte dois. No procedimento levado a cabo na CCAF/AGU, o cenário é bastante diverso do descrito no Centro de Arbitragem Administrativa. Na CCAF/AGU, não há propriamente arbitragem, mas sim um procedimento especial de definição do entendimento da União Federal em face de alguma questão.” (CARVALHO, 2019, p. 148)

Portugal, diferentemente do Brasil, vem optando por elencar as matérias que podem ser submetidas à arbitragem pública. Na seara administrativa, questões como responsabilidade civil, funcionalismo público, urbanismo, atos administrativos de natureza discricionária; e, na seara fiscal - a declaração de ilegalidade de atos de liquidação de tributos, de autoliquidação, de retenção na fonte e de pagamento por conta, declaração de ilegalidade de atos de determinação da matéria tributável, de atos de determinação da matéria coletável e de atos de fixação de valores patrimoniais, apreciação de qualquer questão, de fato ou de direito, relativa ao projeto de decisão de liquidação, sempre que a lei não assegure a faculdade de deduzir a pretensão - já estão delimitadas pelo ordenamento português como arbitráveis.

Diferentemente do país luso, o ordenamento brasileiro fez a opção de traçar um conceito amplo do uso dos meios alternativos de resolução de conflito, não destrinchando as matérias que serão submetidas à arbitragem. Na verdade, em algumas situações, como na matéria fiscal, a nova Lei de Mediação, em seu artigo 38, excluiu não só a aplicação da arbitragem como qualquer interveniência das Câmaras criadas pelos entes públicos.

O Decreto nº 7.392/2010, que regulamenta a Câmara de Conciliação e Arbitragem Federal – CCAF/AGU, em seu bojo não traz a arbitragem como modelo de resolução alternativa a ser aplicada, voltando-se muito mais para a conciliação e mediação. No Brasil, na verdade, o uso da arbitragem pelo poder público ainda está sob a sombra da disponibilidade do direito.

A Lei Federal brasileira nº 13.129/2015, editada para modificar a LGA28, só tipificou aquilo que a doutrina já vinha afirmando em anos anteriores: a arbitragem pelo poder público exige direitos patrimoniais disponíveis, mas ao exemplo de Portugal, não delineou quais as matérias podem ser arbitráveis.

João Pedro Accioly (2019, p. 3) consegue definir muito bem a problemática pela qual passa a arbitragem brasileira: “patológica e insistente indefinição quanto ao que se pode ou não arbitrar”, já que todos os diplomas legais até hoje editados trazem apenas a possibilidade da aplicação da arbitragem na esfera pública, porém, não diz qual a sua extensão e em qual campo pode ou não ser utilizada.

Com efeito, é possível traçar uma linha divisória muito clara entre o caminho que Portugal e Brasil estão trilhando. No tocante a questões negociais, patrimoniais, de regulação e, sobretudo, de serviços públicos que foram concedidos a parceiros privados, o ordenamento brasileiro se assemelha significativamente ao país luso. Nesse sentido, apenas em 2019 o governo federal editou dois atos prevendo o uso da arbitragem: um em relação a responsabilidade a título de indenização nas ações de desapropriação²⁹; e outro relacionado a aplicação da arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário³⁰.

O que chama atenção novamente é que o legislador brasileiro é muito cauteloso sobre a permissão do uso da arbitragem pelo poder público. No Decreto nº 10.025/2019, rememora logo no seu artigo 1.º a máxima de que a arbitragem só é aplicável nas causas em que existe direito patrimoniais disponíveis. Isso só deixa transparecer que o legislador brasileiro optou por uma forma preferencial alternativa de conflito, e não é a arbitragem.

Diferentemente de Portugal, o Brasil adotou a mediação e a conciliação como formas preferenciais. Toda a legislação construída, mormente as inovações de 2015, seguiu essa linha. O núcleo duro do direito administrativo, como atos administrativos, matéria de servidor, responsabilidade civil – pontos ligados ao próprio regime jurídico de direito público – é submetido à conciliação ou mediação, mas não à arbitragem, inexistindo tratamento legislativo sobre a matéria.

Nesse diapasão, observemos que a Lei nº 13.140/2015 recebeu a alcunha de Lei Geral de Mediação em relação ao poder público, citando

29 LEI Nº 13.867/2019: Art. 10-B. Feita a opção pela mediação ou pela via arbitral, o particular indicará um dos órgãos ou instituições especializados em mediação ou arbitragem previamente cadastrados pelo órgão responsável pela desapropriação.

§ 1º A mediação seguirá as normas da Lei nº 13.140/2015, e, subsidiariamente, os regulamentos do órgão ou instituição responsável.

30 DECRETO Nº 10.025, DE 20 DE SETEMBRO DE 2019: Art. 1º Este Decreto dispõe sobre a arbitragem, no âmbito do setor portuário e de transportes rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, para dirimir litígios que envolvam a União ou as entidades da administração pública federal e concessionários, subconcessionários, permissionários, arrendatários, autorizatários ou operadores portuários. CAPÍTULO II DO OBJETO DA ARBITRAGEM Art. 2º Poderão ser submetidas à arbitragem as controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis. Parágrafo único. Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, entre outras: I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e III - o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo.

uma única vez a arbitragem em seu texto, no artigo 23³¹. Até o uso da arbitragem envolvendo particular é de duvidosa aplicabilidade, já que o inciso II do art. 32 assevera que a Câmara de Conciliação e Arbitragem Federal poderá dirimir conflito com particular por meio da composição, mas não cita expressamente a arbitragem.

À evidência, é perceptível os rumos que cada país vem tomando: Portugal, na vanguarda da arbitrabilidade de conflitos públicos³², divide a aplicação da arbitragem em dois segmentos: nas relações de cunho negocial, sobretudo de contratos e serviços concedidos, e na escolha de determinadas matérias, que mesmo fazendo parte do regime jurídico de direito público, são passíveis do uso da arbitragem, como atos administrativo, servidores e regime fiscal. Aliás, é importante salientar que está em curso em Portugal projeto de revisão do CPTA, no sentido de promover substancial alteração em relação aos atos que podem ser submetidos à arbitragem. A proposta permite que questões relativas a própria validade dos atos e não apenas em relação a atos que possam ser revogados – diga-se, atos que possuem margem de discricionariedade – sejam submetidas à arbitralidade. Essa proposta sendo levada a efeito, estaremos diante de uma mudança significativa em matéria de arbitragem na esfera público-administrativa. Na opinião de Ana Perestrelo de Oliveira (2015, p. 78), essa mudança significa, de veras, um “definitivo abandonar do critério da disponibilidade do direito no Direito Administrativo”, algo já testado na seara tributária portuguesa, campo de maior resistência.

Já o Brasil segue a linha de ordenamentos conservadores, como da França e da Espanha (ACCIOLY, 2019, p. 32-48), estimulando a arbitragem nos setores negociais e no qual exista regulação, mas no que concerne as matérias do regime jurídico, dá prevalência a conciliação e mediação, tornando a arbitragem de difícil aplicação ou quase que inexistente.

Corroborando este último ponto, recentemente a Advocacia-Geral da União criou canal online de mediação e conciliação, identificado como

31 Art. 23. Se, em previsão contratual de cláusula de mediação, as partes se comprometerem a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição.

32 Aqui, há de se fazer uma observação importante aduzida por Gabriela Carvalho. Para a autora, o grau de liberdade e intensidade com que se usa a arbitragem entre o poder público e o particular demonstra, na verdade, a faceta da relação do Estado com o próprio particular. Quanto mais centralizador o Estado e presente na vida da sociedade, mas a arbitragem não será estimulada. (CARVALHO, 2019, p. 70-71.)

Centrais de Negociação da Procuradoria-Geral da União (CN/PGU)³³. Na plataforma eletrônica, é possível colher a informação de que as Centrais de Negociação são centros permanentes de negociação para prevenir ou encerrar litígios (judiciais ou extrajudiciais) contra a União, permitindo ao cidadão ou ao seu advogado iniciar negociação com a União mediante apresentação de proposta de acordo visando a prevenção ou o encerramento do conflito.

O serviço pode ser utilizado por qualquer pessoa que possua crédito em face da União. No entanto, o serviço não inclui matérias de natureza tributária, previdenciária ou referentes às demais autarquias ou a empresas públicas federais e sociedades de economia mista.

Poder-se-ia, de certa forma, fazer a comparação de que a CCAF/AGU e CN/PGU cumpre o mesmo papel do CCAD/Portugal, só que com esfera de atuação voltada não para a arbitragem, mas sim para a composição de conflitos mediante a conciliação ou mediação.

CONCLUSÃO

Não foi o propósito deste artigo apontar qual o melhor ou pior ordenamento jurídico no uso da arbitragem pelo poder público. A arbitragem pelo poder público nasceu de forma diferente no Brasil e em Portugal, e cada qual, de acordo com os momentos políticos e conjunturas sociais e econômicas, acabaram por evoluir de forma distinta. E a partir desse contexto, as legislações luso-brasileiras receberam tratamento diferente em relação ao tema.

O importante é perceber que a partir do que foi e vem sendo construído, cada país vem trilhando o seu próprio caminho, embora com pontos de convergência. A grande linha divisória que vem separando o Brasil de Portugal sobre o uso da arbitragem no poder público é qual o meio alternativo de resolução de conflito vem sendo escolhido como preferencial.

Portugal abraçou a arbitragem para atuar em diversas frentes, inclusive com matérias historicamente inseridas no regime jurídico mais sensível, sem natureza negocial. Já o ordenamento brasileiro, como meio alternativo para dirimir conflitos do poder público, vem adotando um

33 Informação retirada do site da Advocacia-Geral da União - AGU. [Em linha]. [Consult. 27 set. 2019]. Disponível em <https://www.gov.br/pt-br/servicos/solicitar-negociacao-online-para-prevenir-ou-encerrar-litigios-judiciais-e-extrajudiciais-contra-a-uniao?campaign=orgao>.

campo de atuação bipartide: em questões negociais, envolvendo setores regulados e de análise de cláusulas contratuais, a arbitragem vem sendo estimulada; entretanto, em assuntos do regime jurídico administrativo e outras matérias do regime publicista, o Brasil, quando possível, prefere adotar a mediação e/ou conciliação como formas preferenciais.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, João Pedro. *Arbitragem em Conflitos com a Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Arbitragem no Direito Administrativo. *Revista da AGU*. Brasília: EAGU. ISSN -L 1981-2035. V 16, n.º 03, p. 33, jul-set. 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BASTOS, Filipe Brito. Arbitragem em Direito Administrativo e o direito fundamental de acesso ao Direito nos tribunais portugueses. In FARINHO, Domingos Soares; GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo (Coord). *Arbitragem e Direito Público*. Lisboa: AAFDL EDITORA, 2018. p. 75-99.

BUSATTO, Karoline. Considerações sobre a Lei de Arbitragem e a Administração Pública. In PINHO, Humberto Dalla Bernadina; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro (Org). *Mediação e Arbitragem na Administração Pública*. Curitiba: CRV, 2018. p. 165-190.

CARVALHO, Gabriela de. *Arbitragem Administrativa Portuguesa e Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2002.

DYTZ, Pitágoras. A edição da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, e os desafios à eficácia da política da autocomposição. In PINHO, Humberto Dalla Bernadina; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro (Org). *Mediação e Arbitragem na Administração Pública*. Curitiba: CRV, 2018. p. 191-210.

FERREIRA, Kaline. Arbitragem e os litígios envolvendo entes públicos no Brasil e na França. In PINHO, Humberto Dalla Bernadina; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro (Org). *Mediação e Arbitragem na Administração Pública*. Curitiba: CRV, 2018. p. 145-164.

GRAU, Eros Roberto. A ordem Econômica na Constituição de 1988: *Interpretação e Crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MARQUES, Alexandra Gonçalves. Arbitragem em Matéria Tributária: enquadramento e traços essenciais do regime do Decreto-Lei nº 10/2011, de 20 de Janeiro. In FARINHO, Domingos Soares; GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo (Coord). *Arbitragem e Direito Público*. Lisboa: AAFDL EDITORA, 2018. p. 355-394.

NASCIMBENI, Asdrubal Franco; RAMIRES, Rosana Laura de Castro Farias. *Administração Pública na era da consensualidade: a visão prática dos Tribunais de Contas*. 2018.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2015.

OLIVEIRA, Luis Pedroso de Lima Cabral de. Arbitragem em direito público: tentativa de aproximação histórica ao caso português. In FARINHO, Domingos Soares; GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo (Coord). *Arbitragem e Direito Público*. Lisboa: AAFDL EDITORA, 2018. p. 17-74.

PATRÃO, Afonso. A mediação administrativa: delimitação (conceito e âmbito). In FONSECA, Isabel Celeste M. (Coord). *A Mediação Administrativa: contributos sobre as(im)possibilidades*. Coimbra: Almedina, 2019.

PEDRO, Ricardo. *Estudos sobre Arbitragem (em especial, de Direito Público)*. Lisboa: AAFDL EDITORA, 2019.

RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública do Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2016.

SARAIVA, Leonardo. *Arbitragem na Administração Pública: particularidades, governança, compliance, accountability e o desafio do envolvimento dos Tribunais de Contas no processo de sua institucionalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *Arbitragem na Administração Pública*. Curitiba: Juruá, 2018.

SUNDFELD, Caros Ari; CÂMARA, Jacinto Arruda. O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*. n. 248

Recebido em: 16/07/2019

Aprovado em: 08/01/2020

**O DIREITO FUNDAMENTAL AO
TRABALHO E O DESAGRAVO PÚBLICO
COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DO
ADVOGADO NO EXERCÍCIO DE SUA
PROFISSÃO**

***THE FUNDAMENTAL RIGHT TO WORK AND THE PUBLIC
REDRESS AS AN INSTRUMENT OF THE ATTORNEY'S
GUARANTEE IN THE EXERCISE OF ITS PROFESSION***

Rafael Marchiori Silva Demétrio Jorge

Mestrado em Geografia pela Universidade Federal de Uberlândia, UFU.

Especialização em Direito Processual pela Universidade do Estado de Minas Gerais, UEMG. Especialização em Direito Público pela Universidade Anhanguera-UNIDERP, LFG. Docente na Universidade do Estado de Minas Gerais, campus Ituiutaba, UEMG nas disciplinas Direito Processual Civil I, Direito Processual Civil II e Estágio de Prática Forense Constitucional. Assessor de juiz Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, TJMG.

Isabella Cunha Moukarzel Domingues

Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera - Uniderp.

Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Minas Gerais - UEMG, unidade Ituiutaba. Advogada.

Alessandro Gomes Enoque

Pós-Doutor em Sciences Humaines pela École des Sciences de la Gestion (ESQ) da Université du Québec à Montréal (UQAM). Doutor em Ciências Humanas (Sociologia e Ciência Política) pela Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais (FAFICH/UFMG). Mestre em Administração de Empresas (Área de Concentração: Organizações e Recursos Humanos) pela Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal de Minas Gerais (FACE/UFMG). Professor Associado II da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais (PPGCS) da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Geografia do Pontal (PPGEP/PONTAL) da Universidade Federal de Uberlândia (UFU)

SUMÁRIO: Introdução; 1. Os direitos fundamentais sociais; 2. Do direito fundamental social ao trabalho; 3. A profissão do advogado; 4. O desagravo público como instrumento de tutela do advogado no exercício de sua profissão; Considerações finais; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo correlacionar o direito fundamental social ao trabalho com a função social exercida pelo advogado e o desagravo público, enquanto prerrogativa profissional prevista no Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, buscando-se verificar os objetivos a que se propõe o referido instituto, destacando a sua relevância para garantia da dignidade profissional do advogado. Nesse sentido, tratou-se dos direitos fundamentais, enquanto garantias constitucionalmente asseguradas a todos os indivíduos, notadamente no tocante aos direitos sociais, sobretudo ao direito ao trabalho, para, posteriormente, adentrar na função exercida pelo advogado e no direito fundamental ao exercício de seu trabalho com a observância dos direitos assegurados na Constituição da República ao trabalhador para preservação sua dignidade e conquista de qualidade de vida. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica em obras e legislações pátrias, sendo realizada uma análise em busca de fundamentar e evidenciar a necessidade de se tutelar os direitos em comento, assegurando ao advogado o respaldo imprescindível ao exercício de suas funções.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Direitos sociais. Direito ao trabalho. Advogado. Desagravo público.

ABSTRACT: The purpose of this article is to correlate the fundamental social right to work with the social function exercised by the lawyer and public compensation, as a professional prerogative established in the Statute of Advocacy and the Brazilian Lawyer Association, in order to verify the objectives to which the proposes the said institute, highlighting its relevance to guarantee the professional dignity of the lawyer. In this sense, fundamental rights were treated as guarantees that were constitutionally guaranteed to all individuals, especially with regard to social rights, especially the right to work, and later to enter into the role of the lawyer and the fundamental right to exercise his or her right. work with the observance of the rights guaranteed in the Constitution of the Republic to the worker to preserve their dignity and achievement of quality of life. In order to do so, a bibliographical research was carried out in works and country laws, and an analysis was carried out in order to substantiate and demonstrate the need to protect the rights in question, assuring the lawyer the essential support for the exercise of their functions.

KEYWORDS: Fundamental Rights. Social rights. Right to work. Lawyer. Public redress.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, é de relevo pontuar que o art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil elenca um vasto rol, meramente exemplificativo, de direitos e garantias fundamentais, os quais ostentam máxima proteção, sendo consagrados como cláusulas pétreas e insuscetíveis de violação.

Atrelados aos direitos fundamentais, encontram-se os direitos sociais, indicados no art. 6º da Carta Maior, dentre os quais enquadra-se o direito ao trabalho.

Embora estejam constitucionalmente consagrados, percebe-se que muitas dessas garantias e direitos não são observados com o rigor exigido, estando entre estes o direito ao trabalho, notadamente quanto ao seu efetivo exercício.

Objetiva-se, *in casu*, demonstrar a evolução dos direitos fundamentais, adentrando-se no ponto específico do direito fundamental social ao trabalho, notadamente no exercício da profissão de advogado, observando-se o instituto do desagravo público como um meio de tutelar o referido

profissional quando, estando em atividade, é vitimado com uma determinada ofensa.

No Estado de Minas Gerais, com a obtenção de informações junto à assessoria jurídica de prerrogativas da OAB, registra-se, desde o ano de 2015 até a presente data, a realização de 36 (trinta e seis) desagrvos públicos, incluindo a capital mineira, Belo Horizonte, e as cidades do interior. Consta, também, que, em 35 (trinta e cinco) processos, houve o deferimento do pleito, aguardando a realização do desagravo. Ainda, estão pendentes de julgamento 40 (quarenta) processos.

Em razão desse número crescente de processos no Estado, imprescindível uma abordagem a respeito do tema, sobretudo porque de desconhecimento por grande parte das pessoas e não ter muitos instrumentos que tratam da matéria.

Desta feita, serão demonstradas breves considerações a respeito dos direitos e garantias fundamentais, abrangendo a base histórica, conceito, dimensões, além de outras questões relevantes acerca da temática. Foi defendida a imediata aplicação dos direitos entendidos como fundamentais ao indivíduo, sobressaindo a explicitação sobre os direitos sociais, especialmente o trabalho e o exercício efetivo da advocacia, abrangendo um meio de defesa aos advogados quando da caracterização de eventual ofensa em seu desfavor, qual seja, o desagravo público.

Enfim, justifica-se este artigo com vistas a demonstrar a imperiosidade da proteção dos direitos em comento, qual a possibilidade de suas limitações e, também, sua reparação na hipótese de o profissional da advocacia ser ofendido no exercício de sua função.

1 – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A origem dos direitos fundamentais é aspecto bastante controvertido. Alguns autores remontam a fatos históricos em épocas diversas, como o Código Hamurabi, em 1690 a.C., apontado por Alexandre de Moraes como a primeira codificação a prever direitos fundamentais, bem como o Cristianismo, conforme aponta Kildare Gonçalves Carvalho.

Malgrado eventuais divergências no tocante ao marco inicial dos direitos fundamentais, tem-se que tratam-se os referidos direitos de conquistas graduais e históricas, concretizadas no decorrer dos séculos, através de lutas e reivindicações do homem na busca por limitação do

poder estatal, conquista de novos direitos, erradicação das desigualdades e injustiças, buscando-se a garantia dos bens jurídicos essenciais à pessoa humana.

De acordo com BOBBIO (2004, p. 09),

(...) os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Assim, corrobora-se que os direitos fundamentais são conquistados gradativamente e conforme a necessidade de cada realidade vivenciada, que enseja a busca pela garantia de novos direitos.

Nesse contexto, há que se ressaltar a correlação entre os direitos fundamentais e o constitucionalismo, haja vista que neste, para se evitar arbitrariedade estatal, entre outros aspectos, devem ser garantidos direitos fundamentais dos indivíduos.

Consoante explica CANOTILHO (2000, p. 51): “(...) Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos e dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”.

Com o surgimento do Estado e os fatores dele oriundos, dentre os quais questões políticas e econômicas, tem-se a necessidade de se garantir direitos básicos aos indivíduos, limitar o poder do Estado para se evitar abusos no uso do poder e organizar politicamente a comunidade em que se vive.

Acerca da existência da Constituição, afirma LASSALLE (2000, p. 27, grifos do autor):

(...) todos os países possuem ou possuíram sempre e em todos os momentos da sua história uma Constituição real e verdadeira. A diferença, nos tempos modernos – e isto não deve ficar esquecido, pois tem muitíssima importância -, não são as constituições reais e efetivas, mas sim as constituições escritas nas folhas de papel.

O referido autor consagra em sua obra o sentido sociológico de Constituição, segundo o qual todo Estado sempre possuiu Constituição,

ainda que não escrita, uma vez que seria esta considerada efetivamente a norma maior quando constituída da soma dos fatores reais de poder existentes na comunidade, a força que regula a sociedade, leis e princípios vigentes.

Diante do exposto, afirma-se que é possível verificar aspectos do constitucionalismo desde as primeiras civilizações com a presença de organização política, dentre outros fatores, tendo o constitucionalismo perpassado por diversos movimentos, conforme cada momento histórico e necessidades referentes a cada época.

Embora haja discussão acerca do efetivo marco do constitucionalismo, NOVELINO (2017, p. 52, grifos do autor) esclarece:

O constitucionalismo moderno designa a fase compreendida entre as revoluções liberais do final do século XVIII e a promulgação das constituições pós-bélicas, a partir da segunda metade do século XX. Este período, apontado por muitos como o verdadeiro marco inicial do constitucionalismo, foi marcado pelo surgimento de dois modelos de constituição: as liberais e as sociais.

Em meio às revoluções liberais, surgiram as primeiras constituições escritas, consagrando os direitos civis e políticos, considerados como os direitos fundamentais de 1ª dimensão, atrelados ao valor “liberdade”. Os referidos direitos buscavam assegurar aos indivíduos maior liberdade e também a limitação e controle do poder político, sendo o Estado submetido ao império da lei.

Tratando dos direitos fundamentais de primeira dimensão, afirma MOARES (2006, p. 26, grifos do autor) “(...) são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da *Magna Charta*”.

Neste momento, tem-se o Estado Liberal, caracterizado pela liberdade negativa do Estado, a concretização de um Estado mínimo, o qual intervinha em questões atinentes à segurança pública e para defesa da ordem.

Ocorre que o Estado liberal, voltado ao individualismo e abstencionismo estatal, não foi capaz de gerar igualdade material, principalmente após a 1ª Guerra Mundial, verificando-se, em verdade, o aumento das desigualdades e a falta do mínimo para a existência com vida

de algumas nações e comunidades, surgindo a busca da população por garantia de direitos aptos a melhorar a qualidade de vida, entre os quais os direitos relacionados ao trabalho e à educação, além das liberdades já asseguradas.

De acordo com NOVELINO (2017, p. 56, grifos do autor):

A crise econômica contribui decisivamente para a crise do regime liberal, pois este pressupõe, para uma competição justa e equilibrada, certa igualdade de acesso às oportunidades e bens essenciais. A impotência do liberalismo diante das demandas sociais que abalaram o século XIX foi determinante para a ampliação do papel do direito que, além de garantir a paz, a segurança e a justiça, passa também a promover o bem comum. O Estado abandona sua postura abstencionista para assumir um papel decisivo nas fases de produção e distribuição de bens, passando a intervir nas relações sociais, econômicas e laborais. Questões existenciais, antes restritas ao âmbito individual, passam a ser assumidas pelo Estado que se transforma em um prestador de serviços. A busca da superação do antagonismo existente entre a igualdade política e a desigualdade social faz surgir a noção de Estado social.

Neste momento, frente à necessidade vivenciada, surgem os direitos denominados de 2ª dimensão, ligados ao valor “igualdade”, que envolvem os direitos sociais, econômicos e culturais, objetivando o bem-estar geral, bem como a redução das desigualdades existentes. O Estado passa, portanto, a ser intervencionista, vez que para a garantia desses direitos é necessária sua atuação em diversos setores.

Em se tratando de direitos sociais, TAVARES (2012, p. 837) bem define:

Os direitos sociais, como direitos de segunda dimensão, convém lembrar, são aqueles que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado na implementação da igualdade social dos hipossuficientes. São, por esse exato motivo, conhecidos também como direitos a prestação, ou direitos prestacionais.

Dentre as constituições instituídas com a noção de Estado social, as primeiras, que figuram-se como grandes marcos, foram a Constituição mexicana, de 1917, que primeiro consagrou direitos trabalhistas entre os direitos fundamentais, com um extenso rol de direitos aos trabalhadores, dentre os quais a limitação da jornada de trabalho, salário-mínimo, idade

mínima de admissão, proteção à maternidade e ao salário (CM/1917, art. 123), bem como a Constituição de Weimar, de 1919 (NOVELINO, 2017).

De acordo com NOVELINO (2017, p. 283): “Os direitos sociais a despeito de serem encontrados em alguns textos dos séculos XVII e XIX, passaram a ser amplamente garantidos a partir das primeiras décadas do século XX”.

Após o fim da 2ª Guerra Mundial (1945), o constitucionalismo entra em um novo movimento, passando a ser denominado como constitucionalismo contemporâneo, também intitulado por parte da doutrina como neoconstitucionalismo.

Consoante esclarece BARCELLOS (2002), após as atrocidades vivenciadas, cometidas pela maioria totalitária no poder (nazistas e fascistas), fez-se necessário estabelecer em todas as Constituições um conteúdo que assegurasse aos indivíduos uma garantia mínima, observando os direitos fundamentais como condição para o regime democrático, respeitando as minorias, independentemente da maioria no poder.

Em se tratando das experiências nazistas e da barbárie praticada durante a 2ª Guerra Mundial, NOVELINO (2017, p. 58, grifos do autor) esclarece:

Se por um lado essas experiências históricas produziram uma mancha vergonhosa e indelével na caminhada evolutiva da humanidade, por outro, foram responsáveis pela reação que culminou com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como o núcleo central do constitucionalismo contemporâneo, dos direitos fundamentais e do Estado constitucional democrático.

Nesse momento, fala-se da 3ª dimensão dos direitos fundamentais, relacionados ao valor “fraternidade”, com vistas à proteção do homem, dentre os quais tem-se o direito à paz, ao meio ambiente equilibrado, ao progresso, além de outros direitos difusos.

O Estado do bem-estar social ou welfare state, surgido após a 2ª Guerra Mundial, ressalta o caráter assistencialista que o Estado passa a adotar, buscando assegurar à população seus direitos básicos para qualidade de vida e dignidade, dentre os quais destacam-se a saúde, a habitação, a seguridade social, etc. Tal modelo de Estado passa a exercer grande influência nas Constituições seguintes, observando-se os fins que são almejados, notadamente o bem-estar da população.

O advento da Constituição de 1988 inaugurou no Brasil um novo prisma do Direito Constitucional, denominado por diversos autores como neoconstitucionalismo. Verifica-se a adoção de Estado Democrático de Direito, o qual se submete a regras jurídicas, buscando assegurar a participação política do povo, bem como os direitos e as garantias fundamentais de todos os indivíduos.

Acerca do neoconstitucionalismo, LENZA (2013, p. 72) esclarece:

Busca-se, dentro dessa nova realidade, não mais apenas atrelar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, buscar a eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, especialmente diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, ressalta-se que a efetividade da Constituição passa a ser fator de extrema relevância, não apenas a garantia formal de direitos, mas principalmente a sua concretização, por meio da qual se busca observar e cumprir com os fundamentos da República Federativa do Brasil, consagrados em seu artigo 1º, dentre os quais têm relevo a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (incisos III e IV do dispositivo).

Assim, tem-se a relevância dos direitos fundamentais, especialmente no tocante aos direitos sociais inscritos na Constituição Federal, que consagram a todos os indivíduos alguns direitos considerados como básicos do cidadão para usufruir de uma vida digna, almejando-se concretizar a igualdade social, melhoria de condição de vida da população hipossuficiente, além de outros tantos significativos valores, indispensáveis à boa qualidade de vida.

2 – DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL AO TRABALHO

No artigo 6º da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 90, de 2015, são consagrados os direitos sociais selecionados como essenciais para garantia expressa na Carta Magna.

De acordo com o texto do referido dispositivo se infere: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (g.n.).

No presente artigo, restringe-se ao direito social relacionado ao trabalho, enquanto direito fundamental apto a garantir ao indivíduo trabalhador dignidade e condições mínimas a serem asseguradas para o exercício de seu labor.

Nesse sentido, bem esclarece NOVELINO (2017, p. 487): “No âmbito das relações de trabalho, os direitos fundamentais decorrem dos valores liberdade e igualdade e são voltados à proteção da integridade física, psicológica e moral do trabalhador, a fim de lhes assegurar uma existência digna”.

O direito assegurado ao trabalho, enquanto direito fundamental social, se enquadra, portanto, como meio a assegurar ao indivíduo trabalhador a sua proteção para que exerça seu ofício sem qualquer violação à sua dignidade, permitindo-lhe usufruir de uma vida digna e com qualidade.

Acerca dos direitos sociais, bem define MORAES (2006, p. 177, grifos do autor):

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

Nesse contexto, verifica-se que o rol de direitos sociais elencados no art. 6º da Constituição Federal, dentre os quais está previsto o direito ao trabalho, tratam-se de direitos de observância obrigatória e verdadeiros fundamentos do Estado.

No que tange ao caráter fundamental dos direitos sociais, esclarece CANOTILHO, MENDES, SARLET, STRECK (2018, p. 1048):

Muito embora haja autores, no Brasil, que negam aos direitos sociais (no todo ou em parte) a condição de autênticos direitos fundamentais, tais concepções, pelo menos de acordo com o pensamento majoritário, estão divorciadas do direito constitucional positivo, pois basicamente fundadas em critérios de materialidade fundamental, muitas vezes atrelados a determinadas concepções filosóficas e políticas, ou mesmo vinculados a teorias da justiça de cunho liberal, sem a necessária sintonia com o sistema constitucional vigente, especialmente sem levar em conta a expressa

inclusão dos direitos sociais (incluindo os direitos dos trabalhadores) no texto constitucional como uma das espécies dos direitos e garantias fundamentais do Título II, isto sem falar no já referido compromisso do constituinte com a justiça social.

Assim, malgrado haja divergência na doutrina, prevalece o entendimento de que todos os direitos consagrados no Título II da Constituição são direitos fundamentais e estariam, portanto, amparados pelo previsto no art. 5º, § 1º, da Carta Magna, o qual assinala que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Nesse contexto, impende ressaltar, portanto, que o rol de direitos sociais constante da Constituição Federal é meramente exemplificativo, não possuindo a pretensão de contemplar todos os direitos fundamentais sociais a serem assegurados.

Ainda, com relação à aplicabilidade dos referidos direitos, afirma MORAES (2006, p. 178):

A definição dos direitos sociais no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais acarreta duas consequências imediatas: subordinação à regra da autoaplicabilidade prevista, no art. §1º, do art. 5º e suscetibilidade do ajuizamento do mandado de injunção, sempre que houver a omissão do poder público na regulamentação de alguma norma que preveja um direito social e, conseqüentemente, inviabilize seu exercício.

Sendo assim, observa-se que os direitos sociais elencados no artigo 6º da Constituição (transcrito alhures) devem ser observados e garantidos pelo poder público, vez que considerados como verdadeiros direitos fundamentais, gozando da autoaplicabilidade a eles inerente.

No mesmo contexto, ressalta-se o direito ao trabalho, cuja garantia é imprescindível para que os indivíduos sejam resguardados no exercício de suas atividades profissionais, devendo ser observados todos seus direitos, que são condições para assegurar sua dignidade, frente à sua autoaplicabilidade.

3 – A PROFISSÃO DO ADVOGADO

Prefacialmente, compete consignar que a advocacia deriva de longa data. Afinal, referida atribuição, como defesa de pessoas, bens, direitos e interesses, surgiu na Suméria, sul da Mesopotâmia, onde atualmente se

localiza o Iraque o Kwait, no terceiro milênio antes de Cristo. Muitos, contudo, atribuem o surgimento da advocacia na Grécia antiga, em especial em Atenas, por ocasião da defesa dos interesses das partes por grandes oradores.

Ocorre que traços evolutivos da advocacia são encontrados no mundo romano, desdobrando-se em dois tipos de profissionais distintos, quais sejam, os advogados, enquanto patronos e representantes das partes, e os jurisconsultos, que seriam acreditados em virtude da considerável qualidade científica e moral de suas opiniões jurídicas.

Segundo LÔBO (2016, p. 20),

Pode-se afirmar, a partir de fontes variadas, que a advocacia converte-se em profissão organizada quando o Imperador Justino, antecessor de Justiniano, constituiu no Século VI a primeira Ordem de Advogados no Império Romano do Oriente, obrigando o registro a quantos fossem advogar no foro. Requisitos rigorosos foram impostos: aprovação em exame de Jurisprudência, ter boa reputação, não ter mancha de infâmia, comprometer-se a defender quem o Pretor em caso de necessidade designasse, advogar sem falsidade, não pactuar quoa litis, não abandonar a defesa, uma vez aceita.

Vários autores, no entanto, apontam o Século XIII, com a Ordenança francesa do Rei São Luiz, que indicava requisitos para o exercício da profissão, como o marco inicial da regulamentação legal da advocacia.

Ainda, no Século XIII, a advocacia se identifica com a nobreza de caráter e comportamento ético de Santo Ivo. É o patrono dos juristas, festejado a 19 de maio.

Em Portugal, alguns forais no Século XIII já faziam referência aos advogados, mas é com as Ordenações Filipinas [...] que se tenta a primeira organização da advocacia, com reflexos no Brasil. As Ordenações determinaram o tempo de oito anos, para o curso jurídico; exame para atuar na Casa da Suplicação; impossibilidade de advogar contra a lei; responsabilidade civil do advogado; penas disciplinares aplicadas pelo juiz, inclusive degredo para o Brasil; e várias normas ético-profissionais.

No Brasil, muitos costumam indicar como o primeiro advogado o “bacharel de Cananéia”, Duarte Peres. No país, a profissão foi inicialmente

reconhecida na criação de cursos jurídicos, no ano de 1827, nas cidades de Olinda e São Paulo.

Dentre as etapas evolutivas da advocacia brasileira estão a fundação do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros (1843) e a criação da Ordem dos Advogados do Brasil (1930), consagrando-se o Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/94).

No período entre o surgimento dos primeiros cursos jurídicos nacionais e a criação da Ordem dos Advogados do Brasil, qualquer cidadão poderia exercer a atividade da advocacia. Isto porque não havia legislação e instituições nacionais que regulamentassem e, também, fiscalizassem a profissão. Além disso, na época, cada Estado-membro poderia legislar, de maneira livre, acerca dos requisitos para atuação em Juízo.

Desse modo, sabe-se que vários Estados não faziam exigências, podendo qualquer cidadão atuar na atividade em questão. Outros entes federativos exigiam apenas o registro do diploma junto ao respectivo Tribunal de Justiça.

Foi a partir do ano de 1930, com a criação da OAB, e posterior uniformização do Direito processual, que o exercício da advocacia passou a ser efetivado somente pelos registrados na Ordem.

Atualmente, o Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei n. 8.906/94) regulamenta a atividade, indicando as exigências para inscrição como advogado. Tais requisitos encontram-se arrolados no artigo 8º do referido diploma normativo, *in verbis*:

Lei 8.906/94, Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário:

I - capacidade civil;

II - diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada;

III - título de eleitor e quitação do serviço militar, se brasileiro;

IV - aprovação em Exame de Ordem;

V - não exercer atividade incompatível com a advocacia;

VI - idoneidade moral;

VII - prestar compromisso perante o conselho.

Consigna-se que o Exame da Ordem é regulamentado pelo Conselho Federal da OAB, por meio de provimento.

Ainda, quando tratar-se de indivíduo, brasileiro ou estrangeiro, que não tenha graduado em Direito no Brasil, exige-se a prova do título de graduação, obtido na instituição estrangeira, devidamente revalidado, além de ser indispensável atender aos demais requisitos retromencionados.

Além disso, o registro na Ordem, ao contrário de outros países, dentre os quais os Estados Unidos, possui validade nacional. Existem apenas exigências, de cunho suplementar, caso o interessado exerça a atividade em outros Estados, que não o de origem da inscrição.

O advogado, em sentido amplo, figura-se como aquele defensor do Direito, ostentando uma função de extrema relevância na sociedade, porquanto zela pelo devido cumprimento da lei, por uma sociedade justa e democrática.

Consoante consagrado na Constituição Federal de 1988, a advocacia se trata de função essencial à justiça, assegurando em seu art. 133 o que segue: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Conforme leciona FALCÃO (1984, pp. 154-157),

Podemos dividir as atividades dos advogados em duas grandes categorias: serviços técnico-legais e atividades político-jurídicas. Os serviços técnicos-legais dizem respeito diretamente a aplicação do Direito positivo estatal em vigor. [...]

Podem pois ser subdivididos em: representação em juízo e serviços extrajudiciais. A representação em juízo, quer dizer, a capacidade de atuar em juízo, de praticar todos os atos em seu nome ou em nome do cliente junto ao Poder Judiciário, é monopólio do advogado. Existem porém algumas exceções. [...] qualquer pessoa pode impetrar habeas-corpus em seu favor e de terceiros. Além da atividade de pleitear em juízo, só outra atividade é exclusiva dos advogados: o arquivamento nas repartições oficiais dos contratos de sociedades comerciais e civis. [...]

As atividades político-jurídicas distinguem-se dos serviços técnico-legais, porque ao contrário destes, não estão voltadas para uma aplicação técnica do direito positivo estatal em vigor. Para uma aplicação substantivamente acrítica. Ao contrário, normalmente exige tomada de posição valorativa em relação ao direito estatal, procurando modificá-lo. O respaldo legal para essa atividade encontra-se no próprio Estatuto da OAB quando lhe confere atribuições de caráter eminentemente público, tais como defender a ordem jurídica e a Constituição Federal, pugnar pela boa aplicação das leis e pela rápida administração da justiça, contribuir para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas. O respaldo sócio-cultural desta atividade encontra-se no compromisso histórico dos advogados com a ideologia liberal, mesmo que esta ideologia no Brasil tenha se caracterizado pela permanente distância entre os ideais igualitários que defende e a prática hierárquica que legaliza. O respaldo jurídico teórico encontra-se numa concepção de direito que, independentemente de ser denominada jusnaturalista ou vinculada aos direitos humanos, não limita o direito ao direito apenas estatal. A justiça à justiça apenas estatal. Concepção que combate, em nome do direito, a legalidade oficial divorciada da legitimidade social.

[...] estas atividades político-jurídicas são atividades coletivas abrangendo grupos de advogados, realizadas sobretudo através dos órgãos de classe. Em geral, não são remuneradas. Ou são remuneradas a título simbólico. Embora possam, também, ser exercidas individualmente, e serem remuneradas a preço de mercado, como no caso da assessoria na pesquisa e na redação de novas leis, decretos, regulamentos, ou de lobby sobretudo a nível do Poder Executivo. As atividades coletivas assumem as mais variadas formas. Que vão desde a tomada de posição política através de pareceres, manifestos, declarações com fundamentação jurídica até a atuação através da imprensa, dos debates públicos, das manifestações coletivas, etc. Estas atividades político-jurídicas, pela autoridade moral-ideológica com que se revestem, contribuem para que os advogados possam mais livre e independentemente realizar as atividades jurídico-profissionais.

O Estatuto da Advocacia institui como atividades privativas de advogado a postulação a órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais, além das atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

Entendem-se como atos privativos de advogado aqueles que somente podem ser exercidos pelo profissional regularmente inscrito na OAB, sob pena de incorrer em exercício ilegal da profissão.

Quanto à questão da postulação perante órgão do Poder Judiciário, esta refere-se ao ato de pedir ou exigir a prestação jurisdicional do Estado, impondo qualificação técnica àquele que o exerce, promovendo-o, pois, privativamente ao advogado, em seu próprio nome ou em nome daquele em favor do qual postule.

É de relevo pontuar que, embora muitos acreditem no contrário ou desconheçam a informação, inexistente hierarquia ou subordinação entre os advogados, membros do Ministério Público e magistrados em geral. A única exigência, não só prevista em lei, mas como inerente ao ser humano, centra-se no dever de haver tratamento com consideração e respeito entre todos.

Além disso, é indispensável que ao profissional da advocacia seja conferido tratamento compatível com a dignidade de sua atribuição e condições adequadas a seu desempenho.

Impende mencionar que o direito ao advogado e à assistência jurídica de modo integral é garantia de todo e qualquer indivíduo. E, segundo LÓBO (1994, P. 23), fere-se a cidadania “se não há igualdade de meios técnicos quando uma parte é defendida por profissional e outra não, fazendo com que os mais fracos sejam entregues à própria sorte, à sua inexperiência e ao desconhecimento dos procedimentos e do aparelho judiciário”.

Conforme indicado em linhas anteriores, a atividade privativa de advocacia não se limita à específica administração da justiça, vez que há atribuições de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

A figura do advogado está abarcada pelo princípio da indispensabilidade, o qual não foi inserido na Constituição da República como favor aos advogados ou para reservá-los ao mercado profissional. A razão do aludido princípio centra-se como de notória ordem pública e relevante interesse social, como instrumento de garantia de efetivação da cidadania. Registra-se, no entanto, que cuida-se de garantia da parte, e não do profissional.

O advogado ostenta imunidade profissional por manifestações e atos. O Estatuto consagra a imunidade penal daquele por suas manifestações, palavras e atos que possam ser considerados ofensivos por qualquer pessoa ou autoridade. Tal imunidade não se refere às partes, mas aos magistrados e outras autoridades públicas.

Ainda, a imunidade não se limita às ofensas irrogadas em juízo, abrangendo também aquelas realizadas em qualquer órgão da Administração Pública, bem como as direcionadas a autoridades extrajudiciais.

Entrementes, a imunidade profissional não ostenta o condão de excluir a punibilidade ético-disciplinar do advogado, porquanto compete a este profissional prezar pela consideração e respeito recíprocos aos integrantes da Magistratura e membros do Ministério Público. Neste ponto, a OAB tem competência para aplicar a necessária punição disciplinar em razão do excesso do advogado.

Enfim, foram apontadas neste capítulo algumas considerações acerca da advocacia, desde sua origem até os principais pontos afetos ao exercício da função de advogado, figura esta essencial à administração da justiça.

4. O DESAGRAVO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DO ADVOGADO NO EXERCÍCIO DE SUA PROFISSÃO

Conforme mencionado anteriormente, denota-se que, com o advento da Constituição de 1988, inaugurou-se no Brasil um novo prisma do direito constitucional, atentando-se ao Estado Democrático de Direito, submetendo-se a regras jurídicas, objetivando assegurar a participação política do povo, bem como os direitos e as garantias fundamentais de todos os indivíduos.

A Carta Maior garante, de forma expressa, a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país o exercício de todos os direitos e garantias fundamentais previstas.

Nota-se que a universalidade é a característica essencial dos direitos fundamentais. E, com o surgimento dos direitos sociais, tal qualidade passou a ser traço dominante dos direitos fundamentais.

O caput do art. 7º, da CF1 destaca a igualdade estabelecida pelo constituinte entre trabalhadores urbanos e rurais, objetivando a melhoria de sua condição social. Ressalta-se que o termo “trabalhador” não se limita à figura do empregado em uma relação de emprego, mas abrange todo aquele que, com o exercício do seu trabalho, participa da economia.

1 CF/88, Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social [...]

Partindo dessa premissa que o presente artigo tem por foco indicar a profissão do advogado, o qual inclusive pode também fazer parte de uma relação de trabalho (empregado x empregador), e o instituto do desagravo público como instrumento a ser utilizado pelo advogado, no exercício de sua função, quando da ocorrência de eventual ofensa à sua dignidade.

O advogado, como visto, exerce função imprescindível à administração da Justiça, pelo que, com o exercício de seu múnus, exige-se toda e qualquer garantia indispensável à execução de seu trabalho, observando-se sempre o respeito à sua dignidade.

Nas diversas relações de trabalho, é possível constatar, vez ou outra, a ocorrência de assédio, ofensas e constrangimentos, por diversos meios, ferindo, assim, a dignidade profissional do ofendido e as suas expectativas com relação ao desempenho de seu trabalho.

Até mesmo nas relações existentes no trabalho exercido pelos diversos atuantes no Poder Judiciário, por exemplo, no tocante à atuação dos advogados, magistrados e membros do Ministério Público, ainda que inexistente hierarquia e subordinação entre tais agentes, conforme previsão legal constante no art. 6º, da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil), é possível haver ofensas e situações constrangedoras no exercício da profissão.

A Ordem dos Advogados do Brasil, como entidade de classe representativa dos advogados, consagra algumas prerrogativas para amparar o profissional frente a determinadas situações que embarcem o seu desempenho profissional.

É assegurado, nos regulamentos institucionais da OAB, o desagravo público, uma das prerrogativas funcionais asseguradas a todos os advogados inscritos para tutelar sua dignidade profissional, garantindo àqueles o direito de ser publicamente desagravado quando ofendidos no exercício da profissão ou em razão dela, conforme prevê o art. 7º, XVII, da Lei n. 8.906/94 (EAOAB).

De acordo com LÓBO (1994, p. 57), “À ofensa recebida pelo advogado, por motivo relacionado ao exercício profissional, legal e eticamente regular, além das implicações penais, civis e disciplinares cabíveis, rebate-se com o desagravo público.”

Este procedimento peculiar e de cunho formal tem por finalidade tornar pública a solidariedade prestada pela classe ao colega ofendido, mediante ato da Ordem dos Advogados do Brasil, e o repúdio coletivo ao autor da ofensa.

O ato praticado, causador de ofensa ao advogado, pode fazer surgir, concomitantemente, diversas responsabilidades ao ofensor, a depender do ato, o que é analisado caso a caso.

Consoante esclarece DINIZ (2006, p. 133), de que “(...) o desagravo não tem caráter de penalidade, mas de direito do advogado, que se vem ao mundo através de moção de apoio do ente representativo”.

Para que não haja o uso do referido instituto sem fundamento, as causas para pedido e promoção do desagravo público devem ser intrinsecamente relacionadas ao exercício da profissão ou à violação das prerrogativas gerais que o advogado dispõe para sua atuação como profissional.

Nesse sentido, é o que dispõe o artigo 18, § 3º, do Regulamento Geral, ao estabelecer que: “O relator pode propor o arquivamento do pedido se a ofensa for pessoal, se não estiver relacionada com o exercício profissional ou com as prerrogativas gerais do advogado ou se configurar crítica de caráter doutrinário, político ou religioso”.

Assim, verifica-se que houve, no Regulamento Geral, a preocupação com a finalidade do desagravo público, o qual deve ser aprovado apenas quando se fizer necessário em defesa da advocacia e do advogado ofendido, buscando garantir a força simbólica e a credibilidade do desagravo público, sem correr o risco de banalizar o instituto com ofensas exclusivamente pessoais ou críticas doutrinárias, políticas ou religiosas (LÔBO, 2016).

Acerca do tema, RAMOS (2003, p. 174/175) esclarece:

O desagravo público é instrumento de garantia da dignidade profissional. Justifica-o, assim, não só a ofensa irrigada contra o profissional, atingindo-o em sua dignidade pessoal, mas apresenta-se também como meio de defesa da reputação da própria classe em sua totalidade.

Por esta razão, considerando que, além da dignidade do ofendido, o desagravo público busca tutelar, ainda, toda a classe de advogados, o pedido de desagravo público pode ser feito pelo próprio advogado ofendido, por qualquer pessoa, bem como pode ser promovido de ofício pelo Conselho competente (Art. 18, caput, do Regulamento Geral). Além disso, o desagravo público, enquanto instrumento de defesa dos direitos e prerrogativas da

advocacia, e não apenas do advogado ofendido, não depende de concordância deste para que seja promovido (art. 18, § 9º, do Regulamento Geral).

O procedimento a ser adotado para se analisar os pleitos de desagravo público segue descrito nos artigos 18 e 19 do Regulamento Geral e, também, nos Regimentos Internos das Seccionais.

Quando o desagravo não for promovido de ofício, o seu pedido é submetido à Diretoria do Conselho competente que poderá conceder de imediato o desagravo, caso verificadas a urgência e notoriedade, com aprovação do órgão competente do Conselho (art. 18, § 1º, do Regulamento Geral).

Acerca dos requisitos de urgência e notoriedade para se conceder o desagravo de imediato, LÓBO (2016, p. 98) esclarece:

Esses dois requisitos não são alternativos, mas cumulativos. A urgência decorre do prejuízo evidente do ofendido, que poderá ser agravado pela demora, com danos à sua reputação profissional. A notoriedade do fato há de ser comprovada, como se dá com documentos autênticos ou manifestações oficiais publicadas, que praticamente tornam inócua qualquer defesa do ofensor. De qualquer forma, a notoriedade do fato pode ser enganosa, recomendando a prudência que se apurem as causas ou motivos.

Por se tratar de medida excepcional, a concessão do desagravo de imediato, sem ouvir a parte ofensora, deve ser realizada após análise minuciosa dos seus requisitos, para que seja realizado apenas quando a ofensa for evidente e necessitar de medida urgente para impedir que se agravem os danos decorrentes do ato praticado pelo ofensor.

Considerando o previsto no art. 18, § 1º, do Regulamento Geral, tem-se que, nos casos em que houver urgência e notoriedade, não será assegurado o direito à ampla defesa à pessoa que teria praticado a ofensa supostamente ocorrida. Portanto, para se decidir acerca do desagravo, há a necessidade de se apreciar com isenção os fatos narrados, respeitando sempre o contraditório, para que o próprio desagravo pleiteado não se transforme em ofensa (LÓBO, 2016).

Em contrapartida, nos casos em que não houver urgência e notoriedade, o pedido de desagravo é remetido pela Diretoria ao órgão competente para instrução e decisão, sendo que o relator poderá solicitar

informações da pessoa ou autoridade ofensora, no prazo de 15 (quinze) dias, caso convencido da existência de prova ou indício de ofensa relacionada ao exercício da profissão ou de cargo da OAB. Tal faculdade, contudo, não é condição para a concessão do desagravo (Art. 18, § 2º, do Regulamento Geral).

Não sendo caso de arquivamento do pedido, conforme motivos já expostos acima, recebidas, ou não, as informações solicitadas, caso convencido o relator acerca da procedência da ofensa, este emite parecer, que é submetido ao órgão competente do Conselho. A decisão sobre a procedência ou não do desagravo solicitado não pode ultrapassar o prazo de 60 (sessenta) dias (art. 18, §§ 4º e 5º, do Regulamento Geral).

Consoante se verifica do § 6º do art. 18 do Regulamento Geral, na hipótese de “acolhimento do parecer, é designada a sessão de desagravo, amplamente divulgada, **devendo ocorrer, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, preferencialmente, no local onde a ofensa foi sofrida ou onde se encontre a autoridade ofensora.**”

Verifica-se, portanto, que o Estatuto da Advocacia e da OAB e o Regulamento Geral buscaram tutelar a dignidade profissional dos advogados, assegurando a estes e a toda classe o direito de ser publicamente desagravado, por meio de nota de desagravo lida na sessão de desagravo pelo Presidente Seccional, encaminhada, também, à imprensa, ao ofensor e às autoridades que são por ele responsáveis (art. 18, § 7º, do Regulamento Geral da OAB, conforme alterações realizadas pela Resolução 1/2018, do Conselho Federal da OAB).

Há que salientar que, promovida a sessão de desagravo, o ofensor poderá responder no âmbito civil ou criminal pela agressão, não se isentando com a promoção do desagravo. Contudo, devem-se analisar os procedimentos com muita cautela, não concedendo desagravo para ofensas mínimas, de pequena relevância, para que não se desfigure o referido instituto (DINIZ, 2006, p. 136).

A respeito da divulgação conferida ao ato de desagravo, esclarece DINIZ (2006, p. 135):

E, também vale lembrar, qualquer tentativa de reprimir a ampla divulgação dada ao ato de desagravo (por exemplo, quando se pretende impedir que seja feita divulgação interna e externa da moção de repúdio) será considerada censura, e portanto, ofensa à liberdade de expressão,

constitucionalmente garantida (CF, art. 5º, IX), além de configurar ofensa ao princípio constitucional que garante ao ofendido o direito de resposta, proporcional ao agravo (CF, art. 5º, V).

Dessa forma, é possível verificar a relevância do desagravo público e sua divulgação, com amplo alcance, para recompor a dignidade do profissional ofendido e de toda a classe de advogados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com toda a problemática lançada, tratando-se do direito fundamental social ao trabalho, relacionando-o especificamente ao desempenho da profissão do advogado, constata-se que a norma constante do bojo da CF/88 encerra um mandado de otimização, considerando a conferência aos direitos fundamentais de uma espécie de normatividade reforçada.

Sendo assim, as normas protetoras dos direitos tido como fundamentais não dependem de concretização vinculada ao bel prazer do legislador infraconstitucional, competindo aos órgãos públicos o zelo por sua tutela.

Na seara das relações trabalhistas, os direitos fundamentais resultam dos valores da liberdade e da igualdade, estando plenamente voltados à proteção da integridade física, moral e psicológica do trabalhador, devendo ser-lhe propiciada a existência e o exercício de sua profissão de forma digna.

Especificamente em relação ao advogado, vislumbra-se que este defende o Direito, possuindo uma atribuição de grande relevância no meio social, vez que cuida do devido cumprimento do texto normativo, lutando por uma sociedade livre, justa e democrática. Assim, sendo a advocacia função essencial à justiça, o profissional da área ostenta a característica da indispensabilidade, não podendo ser violado por seus atos e manifestações quando atua na profissão.

E, como instrumento de tutela do advogado em decorrência de ofensas à sua dignidade, a lei prevê um procedimento peculiar, o desagravo público, que ostenta características de natureza formal, objetivando tornar pública e notória a solidariedade que a classe presta ao profissional ofendido. Trata-se de ato executado pela Ordem dos Advogados do Brasil, buscando um repúdio coletivo à ofensa dirigida ao advogado.

Finalmente, depreende-se que, havendo desrespeito ao advogado, sendo este flagrantemente ofendido em sua dignidade, outro caminho não resta senão a observância dos ditames legais, atentando-se aos procedimentos cabíveis para a proteção do profissional em atividade, especificamente com a utilização do instituto protetor do desagravo público, o qual tem por finalidade precípua a proteção do advogado vítima de ofensa.

REFERÊNCIAS

- BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. por Carlos Nelson Coutinho. Apresentação Celso Lafer. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004.
- BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 jul. 1994. p.10.093. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm> Acesso em 18 mai. 2019.
- BRASIL, Regulamento Geral da OAB. Disponível em: <https://www.oabmg.org.br/areas/institucional/doc/Regulamento_geral_.pdf> Acesso em 18 mai. 2019.
- BRASIL. Constituição (1988). Brasília: Senado Federal, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição, 4. ed., Coimbra: Almedina, 2000.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur/Almedina, 2018.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo. 12. ed., rev. e atual. - Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- DINIZ, Carlos Roberto Faleiros. A subsecção da OAB e a advocacia. 2ª ed. Ribeirão Preto, SP: Nacional de Direito Livraria e Editora, 2006.

FALCÃO, Joaquim. Os advogados: ensino jurídico e mercado de trabalho. Recife: Fundação Joaquim Nabuco – Editora Massangana, 1984.

LASSALLE, Ferdinand. A essência da Constituição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 17ª ed. Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo. Comentários ao novo Estatuto da Advocacia e da OAB. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1994.

LÔBO, Paulo. Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB. 9. ed. de acordo com o CPC/2015, o Código de Ética e Disciplina da OAB de 2015 e as Leis n. 13.245/2016 e 13.247/2016 – São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19. ed. – São Paulo: Atlas, 2006.

NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

RAMOS, Gisela Gondin. Estatuto da advocacia: comentários e jurisprudência selecionada. 4. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Recebido em: 03/10/2019

Aprovado em: 13/07/2020

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O ATIVISMO JUDICIAL: A TRANSFERÊNCIA DO PODER EXECUTIVO AO PODER JUDICIÁRIO

*THE DEMOCRATIC STATE OF LAW AND JUDICIAL
ACTIVISM: THE TRANSFER OF EXECUTIVE POWER TO
JUDICIAL POWER*

Regiane Nistler

Mestre em Direito, Democracia e Sustentabilidade pela Faculdade Meridional (IMED/RS). Especialização em Direito de Família pela Faculdade Única, FUNIP. Especialização em Registros Públicos pela Faculdade Única, FUNIP. Especialização em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí, UNIDAVI. Conciliadora junto ao Juizado Especial Cível da Comarca de Campos Novos/SC. Oficiala Interventora junto ao Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Campos Novos/SC. Advogada.

Thaise Nara Graziottin Costa

Doutora em Direito, área Direito Público e Evolução social, pela Universidade Estácio de Sá do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná- UFPR. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade de Caxias do Sul. Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Atua como advogada e mediadora judicial

SUMÁRIO: Introdução; 1Evolução do Estado; 2Jurisdição na Democracia; 3Ativismo Judicial e vitalidade da democracia; 4Conclusão; Referências.

RESUMO: A pesquisa em tela tem como objetivo geral analisar o ativismo judicial enquanto fenômeno que pode afrontar as competências de alguns entes políticos em um Estado Democrático de Direito, especialmente no cenário brasileiro. O problema de pesquisa estabelecido é o seguinte: A atuação judicial considerada ativista é compatível com os princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito? Isso porque supõe-se enquanto hipótese que o ativismo judicial contraria a proposta do Estado Democrático de Direito e gera enfraquecimento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da própria Democracia. Os objetivos específicos ficam demonstrados nas seções do trabalho com o estudo da evolução do Estado, a Jurisdição na Democracia e finalmente o ativismo judicial e a preocupação com a vitalidade da Democracia. O método utilizado é o indutivo e a técnica de pesquisa é a bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. Democracia. Equilíbrio entre os poderes. Poder Executivo. Poder Judiciário.

ABSTRACT: The research on screen has the general objective of analyzing judicial activism as a phenomenon that can confront the competences of some political entities in a Democratic State of Law, especially in the Brazilian scenario. The research problem established is the following: Is the judicial action considered activist compatible with the principles that guide the Democratic Rule of Law? This is because it is assumed as a hypothesis that judicial activism contradicts the Democratic Rule of Law proposal and weakens the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil and Democracy itself. The specific objectives are demonstrated in the sections of the work with the study of the evolution of the State, the Jurisdiction in Democracy and finally the judicial activism and the concern with the vitality of Democracy. The method used is inductive and the research technique is bibliographic.

KEYWORDS: Judicial Activism. Democracy. Balance between powers. Executive power. Judicial power.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo geral analisar o ativismo judicial enquanto fenômeno que pode afrontar as competências dos entes políticos em um Estado Democrático de Direito, especialmente no cenário brasileiro.

Os objetivos específicos compreendem: (a) estudar a figura do Estado, especialmente a sua concepção na Modernidade, com a análise do formato absolutista até social e a proposta do Estado Democrático de Direito; (b) diferenciar judicialização de políticas públicas de ativismo judicial, buscando especialmente definir este último; (c) investigar as causas do ativismo judicial no Brasil; e (c) abordar os limites de atuação do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito.

Para tanto, apresenta-se o seguinte problema de pesquisa: A atuação judicial ativista é compatível como os princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito?

No intuito de responder a esta pergunta fica estabelecida a seguinte hipótese: supõe-se que o ativismo judicial contraria a proposta do Estado Democrático de Direito e gera enfraquecimento da Constituição Federal de 1988 e da própria Democracia.

Diante disso, o estudo dividido em duas seções, sendo a primeira composta por análises de determinadas conjecturas teóricas básicas sobre o Estado, como características, concepções, principalmente a jurisdição, e os modelos estatais.

A segunda seção, por sua vez, estuda o ativismo judicial partindo de seus aspectos históricos, conceito e situações nas quais é verificado o seu exercício, sem prejuízo da abordagem da judicialização da política, intimamente ligada ao tema.

Aliás, verifica-se que o Estado assistencialista, fortalecido na Constituição Federal de 1988, certamente uma das mais democráticas do mundo, apresenta falhas na implementação de grande parte dos direitos que prometeu. O indivíduo, diante disso, avoca o Poder Judiciário e faz com que todas as demandas não efetivadas pelos Poderes Legislativo e Executivo, principalmente este último, com a inexistência ou ineficiência de políticas públicas, desaguem em pleitos de tutelas jurisdicionais, aumentando consideravelmente sua atuação e protagonismo.

1. EVOLUÇÃO DO ESTADO

Segundo Santi, entende por Estado em sua forma mais vasta e concisa, é toda determinação jurídica territorial a qual é soberana, logo, originária. O termo “ordenação jurídica”, pode ser utilizado quando for necessário destacar de forma mais clara determinados aspectos do conceito, podendo ser alterado por outros, de caráter equivalente, como “comunidade”, “ente” ou também “instituição”. (SANTI, 1977, p. 59-60)

Sendo assim, o Estado se refere a um ente organizado de forma social, política e juridicamente, que se localiza em um território delimitado, onde na maioria das situações, sua maior lei é a Constituição escrita. É dirigido por um governo supremo reconhecido no plano nacional e internacional, onde é o responsável pela estruturação e pelo comando social, visto que carrega o monopólio legítimo do uso da repressão e da força.

A situação instrumental do Estado deve ser decorrente de causa dupla: (1) ele se origina do povo; e (2) deve contemplar as solicitações que, conjuntural e permanentemente, a Sociedade carece que sejam supridas. A ausência do conhecimento ou a falta de efetividade demonstrada à execução dessa dupla causa é o motivo para um “*leviatã*”, por vezes, se dedicar a assolar os indivíduos socioeconomicamente mais vulneráveis em favor de indivíduos privilegiados. Se a situação instrumental do Estado nasce do fato dele ser originado da Sociedade, ela se efetivará somente ao servir as necessidades sociais e será justificada através de uma composição jurídica, conveniente e dinâmica em sua origem, e que contém lógica em sua utilidade para a nação. (PASOLD, 1984, p. 46)

Um referencial histórico que faz jus a atenção quando a pesquisa é o Estado é a Paz de *Westphalia*, ou seja, os Tratados da Paz de *Westphalia*, que grifam a definição de estado-nação, principalmente pelo caráter do elemento humano, da soberania, da territorialidade e da própria jurisdição. (DALLARI, 2015, p. 59)

Os Tratados de *Westphalia* possuíram a índole de registro da existência de uma nova forma de Estado, com o aspecto básico de unidade territorial beneficiada de um supremo poder. Já diante do Estado moderno, onde traços essenciais, ocorridos de maneira desprezível, tornaram-se mais evidentes com o progresso dos anos, vivenciaram sua descrição e proteção transformadas em propósitos do próprio Estado, evidentemente citada pelos teóricos. (DALLARI, 2015, p. 59-60)

Sobre o caráter do Estado, principalmente do espaço do território, Heller relata que não há mais dúvidas de que o Estado tem sua própria lei e não se forma de maneira única da comunidade do espaço geográfico; porém, a comunidade de espaço é peça-chave para a unidade estatal. Uma região geográfica fechada concede e impulsiona em alto grau a formação de uma entidade sócio-política de igual forma fechada; a vizinhança intervirá unindo para dentro e diferenciado para fora. (HELLER, 1968, p. 178)

No que se refere ao homem como base de identificação do Estado, é necessário informar as lições de Miranda, para quem o Estado é, principalmente, num agrupamento de pessoas, de homens, que usufruem do direito da liberdade. Instituem-no o grupo de homens e mulheres que o seu Direito reveste da qualidade de cidadãos os quais seguem em união à obediência às mesmas regras, isto é, às leis estatais. (MIRANDA, 2011, p. 71)

Sendo assim, com as considerações realizadas acerca dos elementos do Estado, importante avaliar, levando em consideração o objeto da referida pesquisa, ainda que de forma breve, as formas estatais, que clarificam os outros elementos essenciais do Estado: a jurisdição e a soberania.

Em virtude da soberania que cada indivíduo permite, diante do modelo de Estado Absolutista, por exemplo, que se utiliza de todo o poder de força, pelo termo que infunde é capaz de conciliar todos os anseios, com o objetivo de consolidar a paz em seu próprio país, e proporcionar a ajuda recíproca diante de inimigos estrangeiros. (HOBBS, 2000, p. 16)

Assim, o designado Estado liberal, o qual carrega como marca distintiva a separação de poderes e prefere o direito privado em prejuízo do direito público, e especialmente por se tratar de um regime popular, onde a vontade do povo ordenava a lei, absorveu o indivíduo e o próprio povo. Pois ambos, diante dos novos problemas e os novos anseios que surgiam, incapazes de resolver aqueles e de suprir a estas, assim como entender uns e outras, clamavam e cobravam do Estado a resolução e a cura para todas as dificuldades e males. (AZAMBUJA, 2008, p. 71)

Diante disso, o Estado procurou se engrandecer precisamente para considerar as solicitações dos que mais bruscamente tencionavam defender os direitos do indivíduo contra a autoridade do Estado. (AZAMBUJA, 2008, p. 71)

Para cada embate, um novo código ou uma nova lei; para uma nova necessidade, um novo serviço público; cada ato inovador e progressista define

uma normatização. Assim como os embates, as necessidades, as inovações e a progressão aumentam de forma ininterrupta, as normatizações, os serviços e as leis se intensificam. (AZAMBUJA, 2008, p. 71)

Diante do exposto, pode-se discorrer sobre o advento do Estado social que nas considerações de Bonavides, no momento em que o Estado, forçado pela articulação das massas, pelas reivindicações que a inquietação da população traz ao poder político, confere no Estado constitucional, os direitos à educação, ao trabalho, à previdência, e influência na economia como distribuidor, determina salário, maneja a moeda, estipula os preços, abate o desemprego, resguarda os enfermos, permite ao trabalhador e ao burocrata a sua própria casa, regula as profissões, compra a produção, sustenta as exportações, permite crédito, instaura comissões de abastecimento, compreende os anseios de caráter individual, combate crises econômicas, estabelece em sociedade todas as classes na dependência de seu poder econômico, social e político, em resumo, explana sua influência aos domínios em sua quase totalidade, os quais antes pertenciam, na maioria, à iniciativa individual. Nesse dado momento, o Estado pode, de forma justa, receber a denominação de Estado social. (BONAVIDES, 2013, p. 60)

Por esse modelo de Estado o entendimento tradicional dos direitos-liberdades, aclamados contra o poder, vem se sobressair à convicção de direitos-créditos formalizados aos indivíduos, e que se representam por um poder de exigibilidade em relação ao Estado, enquanto as liberdades tradicionais impõem ações limitadas para o Estado, os novos direitos presumem, para a sua efetivação, a intervenção estatal; e seu cunho indefinidamente ilimitável motiva o aumento extensível do Estado na vida da sociedade. (ARNAUD, 1999, p. 332)

Sendo assim, o Estado de bem-estar social originou-se com o fim de garantir “[...] tipos mínimos de renda, saúde, alimentação, educação, habitação, estabelecidos a todo indivíduo como sendo direito político, e não como caridade.” (BOBBIO, 1996, p. 416)

Como observado, o direito frente as alterações estatais, não fica ileso, ao inverso, ele altera e procura se adaptar diante das novas demandas. Previamente ao monopólio Estatal, o direito se caracterizava como uma eclosão das leis de Deus, prestigiada e divulgada apenas através dos sacerdotes. O Estado não o fornecia ante a forma de normas abstratas governadora do comportamento humano. Diante desse ciclo de organização político e social, as tarefas realizadas pelos prelados, não se pode comparar com o encargo claramente jurisdicional. A real e

própria jurisdição se instaurou quando o Estado se posicionou de forma independente, desassociando-se de concepções rigorosamente religiosas e passou a desempenhar um poder mais proeminente de comando social. (SILVA, 1997, p. 60)

Entretanto, hodiernamente, a atividade de “dizer o direito” encontra barreiras na insuficiência da jurisdição moderna, não capaz de responder às demandas atuais decorrentes de uma sociedade que se desenvolve tecnologicamente de forma desenfreada, permitindo maior exploração econômica, distinguida pela capacidade de produzir riscos sociais e pela falta de capacidade de permitir respostas a partir dos parâmetros tradicionais. (SPENGLER, 2012, p. 14)

2. JURISDIÇÃO NA DEMOCRACIA

Mediante ao exposto, pode-se dizer ser bastante claro que o Estado Social Democrático de Direito, assim como a nova maneira de pensar o constitucionalismo nas décadas anteriores, principalmente a contar do século XX mudou de forma significativa a atuação do Poder Judiciário. No decorrer de um grande lapso temporal, havia, no quadro das funções jurisdicionais, imensa resistência à aplicação da Constituição, o que fez da atuação do ato de decidir uma atividade mecanizada, de pretenciosa reprodução legislativa. (TASSINARI, 2012)

Diante disso, o Brasil foi transformado a partir da Constituição Federal de 1988, que evidenciou o papel do Poder Judiciário, ao destacar o compromisso do Direito com a efetivação do que estava previsto na Carta Magna. Assim, é evidente que um dos sinais de mudança da concepção do Estado Social para o Estado Democrático de Direito é observado pela transferência da tensão do Poder Executivo para o Poder Judiciário, o que será clarificado na seção seguinte. (TASSINARI, 2012)

Contudo, observa-se que atualmente parece haver uma preocupação com a aplicação da Constituição Federal, assim como ocorre com a entrega de uma prestação jurisdicional resolutiva para a sociedade, a contar de decisões rápidas e bem embasadas, já que o Código de Processo Civil, colocado em vigor em 2015, regras em um ambiente claramente constitucional, não somente por sua obrigação em cumprir a Carta Magna, mas também por ter incorporado normas da Constituição Federal de 1988, com evidência ao contraditório, a razoável duração do processo, o embasamento das decisões, a publicação dos atos e a essencialidade do contentamento do julgamento. (OLIVEIRA, 2016)

O Código de Processo Civil de 2015 embasa o formalismo democrático em direção a uma cidadania participativa focando na obtenção de uma resposta apropriada em termos de conformismo com os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais. A caracterização de dizer o direito no campo do Estado Constitucional requer a diminuição de subjetivismos, a correção de falhas, a diminuição de arbítrios e finalmente, ordena direcionar comportamentos de acordo com os princípios e valores constitucionais. O seu art. 1º indica direção, quando declara: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado de acordo com os valores e as normas fundamentais estipulados na Constituição [...], valendo-se as disposições deste Código.” (ESTEVEES; KRELL, 2016, p. 01-22)

O maior orientador do Código de Processo Civil é a formação de um sistema processual categoricamente democrático fundamentado na coparticipação e cooperação dos indivíduos através da consolidação onde estes são proprietários de direitos sociais e fundamentais, que reconhecem responsabilidades e possibilidades de diálogo ativo. Segundo Costa, “ao analisar os meios de resolução de conflitos, acredita-se que o centro do poder determina quem é auto ou heterocompositivo”, assim compartilhando a jurisdição com outros agentes da justiça tais como mediadores e conciliadores, na denominada Jurisdição compartilhada, depende o caso. (COSTA, 2018, p. 27)

Diversos são os artefatos que solidificam o formalismo democrático, cita-se os art. do CPC a seguir: (a) art. 10 – ampliação do debate contraditório; (b) arts. 926-927 – decisões servem de substrato para um sistema que tira proveito dos precedentes como técnica decisória; (d) art. 357, § 2º e 3º – saneador negociado e compartilhado – trata-se de realizar uma instrução melhor elaborada. (THEÓDORO, 2015, p. 20)

Outrossim é a norma prevista em seu artigo 489, §1º, que determina serem as decisões devidamente fundamentadas pelos magistrados, sob pena de serem consideradas sem fundamentação, o que não se pode admitir, tanto pelos requisitos constitucionais e legais do próprio ato de decidir e redigir essa decisão, como pela afronta ao Estado Democrático de Direito.

O respectivo artigo, em seu primeiro parágrafo e incisos, considerado um dos melhores dispositivos do CPC/2015, tem uma redação objetiva e imperativa, à medida que aduz não se considerar fundamentadas as decisões judiciais que não relatarem detalhada e claramente seus fundamentos.

É inegável que os respectivos dispositivos, entre outros, inauguram uma grande possível mudança. Não se está aqui a sustentar a defesa de um Poder Judiciário submisso ou “boca da lei”, como se a interpretação tivesse de cessar, pelo contrário. O que se destaca é que nenhum poder, seja ele Legislativo, Executivo ou Judiciário deve passar ileso aos ditames constitucionais.

3.ATIVISMOJUDICIALEVITALIDADEDADEMOCRACIA

A grande atuação do Poder Judiciário na sociedade, especialmente em conjunto com o advento do Estado Democrático de Direito, como mencionado, expôs uma atividade sem limites e duas expressões destaques tornaram-se fortemente relacionadas à atividade jurisdicional, sendo estas: o ativismo judicial e a judicialização da política, sendo assim, um dos obstáculos primários que se faz necessário é a superação e a discriminação entre os mesmos. (TASSINARI, 2012)

Extrai-se das lições de Barroso (2012, p. 24):

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

Nos Estados Unidos, a judicialização da política tem se mostrado desde o icônico caso *Marbury versus Madison*, onde a atividade do Poder Judiciário, ao praticar o comando da constitucionalidade das leis, começou a demonstrar uma atuação evidenciada na vida social e política do referido país. (NUNES JUNIOR, 2008, p. 755)

Entretanto, ao datar do século XX que a Corte Suprema apresentou atividade com maior destaque em favor da efetivação dos direitos de caráter individual e acolhimento de temas nesse rumo, principalmente na fase de revisão judicial (foi o século XX, na história da Corte dos Estados Unidos, apontado como a Era *Lochner* e a lendária Corte Warren). Na realidade, a faculdade dos juízes e tribunais de intervirem no andamento das suas instituições é imensa e, ao que tudo indica, se eleva com o passar do tempo. (NUNES JUNIOR, 2008, p. 755)

Por judicialização da política pode-se entender como este sendo um fenômeno circunstancial, logo que transcorre de um panorama de fortalecimento da jurisdição no pós-Segunda Guerra Mundial, e, conjuntamente, contingencial, de modo que o Judiciário é solicitado a intervir na displicência observada nos Poderes do Estado, Executivo e Legislativo, principalmente no Executivo, demonstrando-se, como um resultado de uma conjuntura de caráter político-social. (TASSINARI, 2012)

O constitucionalismo europeu, em especial no segundo pós-guerra, também ostentava a característica abrangente da atuação dos Tribunais Constitucionais, advindo de institutos como efetividade horizontal e vertical dos direitos fundamentais, constitucionalização do direito, extensão como também “apoio” desses direitos, pois os Tribunais Constitucionais, mesmo existindo antes desse cenário, recebem uma nova versão em seguida dos regimes de caráter totalitário, com a grande “aposta” para a execução dos direitos fundamentais dentro dos textos constitucionais dos dispositivos de comando de constitucionalidade, acrescentado dos temas de caráter constitucional e ampliação dos direitos fundamentais, entre outros. (GERVASONI, 2013, p. 75)

Permite-se, desta forma, distinguir o efeito da judicialização da política provinda das seguintes fontes: a) do dirigismo constitucional; b) do advento dos Tribunais Constitucionais na Europa; c) do crescimento da ocorrência do contestável; d) do aumento da obtenção da justiça; e) das incertezas da democracia. Diante do exposto, é possível observar que a demasiada judicialização que derroca as democracias modernas pode ser examinada por duas tendências: a política e a social. Isto é, ela surge de igual maneira de um panorama social de requisição de direitos, como também, um acerto político de desleixo na execução desses direitos fora da jurisdição, demandas que se sobrepõe respectivamente. (TASSINARI, 2012)

A título de adendo importante trazer a importância da atualização frequente das convicções e do exercício da democracia, principalmente através dos debates de natureza pública e da participação e revisão das leis. O liberalismo político de Rawls nesse aspecto tem muito a contribuir, uma vez que aborda convicções importantes à educação dos jovens brasileiros em vista da “apreensão da democracia como um valor moral e seu exercício cotidiano.” (ZAMBAM; ALMEIDA, 2017, p. 1500)

Adiante, a judicialização da política transporta algumas questões de grande reprodução política ou de caráter social que são determinadas por instituições do Poder Judiciário, e não mais por instituições políticas

convencionais: o Poder Executivo e o Congresso Nacional. Por assim, a judicialização abrange um deslocamento de poder para tribunais e juízes, com alterações importantes na argumentação, na linguagem, e no modelo de envolvimento ativo da própria sociedade. (BARROSO, 2012)

Sobre as diversidades entre judicialização da política e ativismo, principiando o estudo sobre este último e a título de conceito para este ensaio, importa evidenciar que o tribunal ou juiz pratica ativismo quando opta por decidir com base em argumentos morais, de política, ou seja, no momento em que o direito se encerra logo substituído pelos princípios pessoais de cada magistrado, ou então, de um grupo de magistrados. Por conseguinte, na política, a judicialização é acontecimento que nasce por intermédio da relação entre os poderes de Estado, na tensão dos Poderes Legislativo e Executivo rumo a justiça constitucional. (STRECK, 2011, p. 123)

Enquanto isso o ativismo judicial, no qual se encontra o cerne do presente estudo e da seção em apreço, se apresenta a partir de outra roupagem, qual seja: como ato de vontade do Poder Judiciário. (TASSINARI, 2012)

Acerca da expressão ativismo judicial destacam Arguelhes, Oliveira e Ribeiro (2012, p. 36):

“Ativismo judicial” e suas variações surgem no Brasil inicialmente como importação do debate público norte-americano, onde a expressão é ubíqua entre jornalistas, juízes e professores de direito. Como registra Kmiec, de 1990 a 2004, “ativismo judicial” ou “ativista judicial” apareceram em mais de 5.500 artigos em periódicos acadêmicos da área de Direito. Magistrados nos EUA se sentem cada vez mais à vontade para chamar outros juízes e suas decisões de ativistas: de pouco mais de uma dúzia de ocorrências nos anos 50 e 60, na última década do século XX os termos “ativista” e “ativismo” foram usados 262 vezes em decisões judiciais. No mesmo sentido, entre 1994 e 2004, essas expressões foram utilizadas em 163 reportagens do Washington Post e 135 do New York Times.

A expressão ativismo judicial tem sido usada no Brasil de uma forma “tabula rasa”, afirma Streck. Pois nos Estados Unidos o debate sobre o governo dos juízes no que se refere ao ativismo judicial perfaz mais de dois séculos. Sendo assim, não se pode omitir, que o ativismo norte americano foi realizado às inversas, em seu momento inicial. Essa

minuciosidade – que mostra o ativismo nem sempre positivo-, é observado em um comportamento da Corte estadunidense, ao que se refere ao *new deal* que, obstinado às atividades do liberalismo econômico, não permitia, de forma inconstitucional, as medidas intervencionistas acordadas pelo governo Roosevelt. As posturas de ordem intervencionista em favor dos direitos humanos fundamentais ocorrem em um quadro o qual sujeita-se muito mais da atividade individual de uma maioria do que de consequências de uma convicção propriamente ativista. O caso da Corte Warren, por exemplo, foi o resultado do parecer pessoal de alguns juízes e não de um envolvimento constitucional sobre esse problema. (STRECK, 2014, p. 61).

Em anexo, de acordo com Dworkin (2002, p. 220-234), a Corte Warren, através de sua evidente posição ativista, traz como base a preservação de garantias e direitos fundamentais, o que clarifica que a jurisdição constitucional “não traz perigo ao regime democrático, ao contrário, o encoraja, o que não se verifica na Corte Hughes, enquanto na era da transição”, afirmam Morais e Trindade. (TRINDADE, 2011, p. 29-64)

Entretanto, no Brasil, o termo ganha “ares dramáticos”, afirma Streck. Pois, segundo o autor, o ativismo judicial surge como um princípio no esboço do Código Brasileiro de Processo (art. 2º, i). Apesar do referido projeto de lei não ter sido averiguado pelo Congresso Nacional, o uso do termo ativismo judicial como um “princípio norteador” do processo coletivo brasileiro aponta o “estado de profundo impasse teórico que predomina na doutrina.” (STRECK, 2014, p. 61)

Pode-se dizer que o ativismo judicial se constitui de um proficiente mecanismo de solidificação do que é a cidadania, da democracia, da dignidade da pessoa humana e da justiça. De outra maneira, ocorrem receios que a intervenção judicial em situações politicamente contestáveis demonstram o “risco de juristocracia” ou então, um “governo de toga”, que vem a ser um privilegiado poder de juristas executado através de uma ação provavelmente técnica de compreensão de dispositivos jurídicos por intermédio de definições da dogmática inerente da Constituição. (TAFFAREL; DABULL, 2012, p. 37)

O ativismo judicial se eleva no momento no qual o juiz opta por não decidir em conformidade dos limites elencados na Constituição Federal, agindo de forma discricionária; essa questão dessa forma encontra com o problema hermenêutico de interpretação da Carta Magna de 1988. São evidentes as condutas divergentes às decisões pelo Poder Judiciário

onde ocorre a zona de meia-luz na lei, mas pode-se observar a partir do alto número de ações diretas que são trazidas perante o Supremo Tribunal Federal, e, especialmente, pelas diversas decisões afirmativas de inconstitucionalidades de leis editadas pela União Federal e Estados, afirmando assim que existe a deficiência na qualidade legislativa e, conjuntamente, parte da fundamental harmonia entre os Poderes e envolve os direitos e especialmente as garantias bases dos cidadãos. (LIMA, 2016)

Em suma o ativismo judicial, se faz possível o entendimento constitucional o qual se desprende de qualquer narrativa peculiar ao formalismo jurídico, ao entendimento automático das normas jurídicas moderadas em função do normativista positivismo jurídico. Diante do exposto, se modifica a função do judiciário, a qual era estabelecida em demonstrar um resultado que já era esperado por sua evidente e contínua ocorrência da norma em relação ao caso concreto onde por sua vez, agora, à frente de situações complexas e na falta de uma norma própria ao caso, necessita envolver-se de forma ativa na operação da formação do direito, logo que, a solução para o atrito não se apresenta de maneira evidente na norma, o juiz terá por obrigatoriedade, desenvolver, de forma argumentativa, o desenlace para o determinado caso sujeitado à resolução judiciária. (PIRES, 2014, p. 12)

Previamente a continuidade da discussão do tema, se faz necessário informar, mesmo que por complemento, que a sentença positivismo é citada nesse trabalho como a convicção do direito que ocorre quando o “direito positivo” e o “direito natural” não se conceituam mais como direito na mesma definição, mas o direito positivo começa a ser tratado como direito em seu próprio sentido. Em decorrência da execução do positivismo jurídico o direito natural torna-se praticamente extinto da categoria do direito: o direito positivo é direito e o direito natural não é direito. A contar desse termo incluir o adjetivo “positivo” à expressão “direito” torna-se redundância. (BOBBIO, 1996, p. 26)

Na mesma seara, o ativismo judicial é sustentado unicamente pelo sistema jurídico, instituindo referência a um problema especificamente do Direito, por conta que se constitui de uma conduta de cunho judicial criado por uma ação de vontade, que em diversas oportunidades, está trajado por um critério político como base. Essa inspeção pode ser encontrada na obra de Antoine Garapon, que alude ser o ativismo um certame de obediência a vontades, e de Christopher Wolfé, para quem a verdade ativista do judiciário dos Estados Unidos, na citação dele, é averiguado por decisões judiciais as quais não se baseiam em julgamentos, mas vontades. (TASSINARI, 2012)

Em resumo, pode-se confirmar com segurança que o ativismo judicial é um problema que fora concebido pelo Direito, mas que certamente tem consequência reflexa em todas as outras esferas, onde a comunidade jurídica necessita, aprofundar-se no intuito de questionar por seu sentido, para expor uma resposta, levando em consideração o constitucionalismo democrático. Diante desse questionamento, que precisa procurar o caminho de como pode ser registrada e entendida a manifestação judiciária, pode-se perceber comportamentos que demonstram a indexação da escolha judicial a uma atitude de vontade do julgador.

Por síntese, é possível sustentar a ideia do ativismo judicial ser uma contrariedade da teoria do direito. De forma mais clara, da teoria de interpretação, dado que sua inspeção e descrição derivam da maneira de se observar o problema que vem a ser a interpretação no Direito. Importante salientar: a interpretação trata-se de um exercício advindo do explanador ou ela provém de um propósito de compreensão com o intuito onde agem incessantes cessações de pré-juízos que institui a enalço do melhor (ou certo) significado à interpretação? (TASSINARI, 2012, p. 36).

Na intenção de responder ao questionamento, e mencionando Tassinari, que faz uso da doutrina de Roberto Gagarella (2010, p. 55), jurista argentino, a derradeira opção, qual seja, “*de que [o ativismo judicial] é o resultado de um projeto compreensivo no interior do qual se operam constantes suspensões de pré-juízos que constitui a perseguição do melhor (ou correto) sentido para a interpretação?*”, aparenta ter resposta favorável a ser aceita pelos autores, conforme o problema sobre a atuação do Poder Judiciário está ao redor do episódio de que as Cortes portam a derradeira palavra, e não da definição de uma sujeição política de julgadores, apesar de ser necessário acatar esse debate também relevante. (TASSINARI, 2012)

A concepção de que o Poder Público pode ostentar qualquer legitimidade necessita pressupor uma segregação das suas atribuições elementares como espécies de freios e contrapesos. A razão é, ou deveria ser, com facilidade de compreensão: “em um Estado Democrático, aquele ente estatal que tem a função de julgar casos sob a lei, não deve criá-las.” (STRECK, BARBA, 2016)

Contudo, é inegável a sua função de interpretar e estabelecer os limites dessa atividade é o grande desafio. O autor Cappelletti (1993, p. 33) define com clareza a função do juiz contemporâneo:

Desnecessário acentuar que todas essas revoltas

conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e “balanceamento”; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise linguística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma “neutra”. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente.

Ocorre que no Brasil, especialmente no ano de 2016, enfatiza Streck, o exercício do ativismo judicial consegue superar suas próprias “façanhas” diariamente. Nessa oportunidade, o ativismo perpassou qualquer limite que ainda existia daquilo que Montesquieu havia deixado como legado. No voto-vista do Habeas Corpus 124.306/RS, de autoria do ministro Roberto Barroso, é possível notar a dimensão do ativismo no Brasil. E o detalhe é que não se trata de adentrar no mérito do julgado. Não é isso que se quer debater. O que é preciso, adverte Streck, é discutir a propensão de o direito “sobreviver à moral e à política.” (STRECK; BARBA, 2016)

É evidente que aos magistrados foi reconhecido o dever e o direito de interpretar a legislação, mas é uma atividade que não pode descuidar da lógica jurídica delimitada pelo Parlamento. Ao longo dos anos e com o nascimento do controle de constitucionalidade, o Poder Judiciário, em vários países, recebeu autorização constitucional para atuar como “legislador negativo”, com a possibilidade de invalidar leis e atos dos outros Poderes que apresentassem contradição a Carta Magna. (FERNANDES; NELSON, 2014)

Nessa linha, são os ensinamentos de Streck (2009, p. 52):

[...] É possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, ocorre um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional. Pode-se dizer, nesse sentido, que no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. Dito de outro modo, se com o advento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado o foco de poder/tensão, passou para o Poder Executivo, no Estado Democrático de Direito há uma modificação desse perfil. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.

Na realidade, a discussão continua no sentido que o Poder Judiciário é a instituição que estampa o poder interpretativo de dizer o que a Constituição do país quer dizer. Isto é, existe uma vulnerabilidade da democracia quando se nota esse fato, que de forma evidente debilita a própria atuação dos indivíduos e das demais instituições. Por fim, resta evidenciar que “se há problemas nas relações entre os Poderes, estes não podem ser resolvidos à margem do pressuposto democrático.” (TASSINARI, 2012)

Portanto, não se pode admitir que o intérprete crie ou altere o texto da norma jurídica por ocasião da interpretação. O fato deste complementar a atuação do Legislativo com a interpretação natural e esperada do julgador, não dá ao mesmo o livre arbítrio de editar regra, enquanto sua função é exclusivamente de julgar.

A atuação do intérprete, frise-se, sempre estará limitada ao texto da norma e o deslinde do feito, que corresponde a um problema a ser solucionado, sob pena de severa afronta ao que se espera das instituições e atores do Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

O conjunto da pesquisa, especialmente a segunda seção, evidenciou cabalmente que o ativismo judicial representa afronta às competências dos Poderes e conseqüentemente à Democracia.

Isso porque o Poder Judiciário não tem a função de legislar e não cabe a ele negligenciar dispositivos legais ou exercer tamanha autoridade representada em decisões fundamentadas no entendimento pessoal.

A regra ainda tem sido decidir conforme a consciência, o que não se pode admitir sob pena de perda da própria integridade do Direito, defendida e mencionada nesta pesquisa a partir dos estudos de Ronald Dworkin, inclusive.

Além disso, uma lição que se extrai é que os dispositivos do Código de Processo Civil de 2015 aqui mencionados podem sim significar uma ruptura entre uma fase marcada por posturas ativistas e uma nova era, com roupagem constitucional que ratifica e fortalece o Estado Democrático de Direito.

O que se quer deixar claro aqui é a relevância da interpretação, aliás, dela não pode o magistrado se furtar. Mas é preciso alinhar os limites desta discricionariedade, que não pode servir para afirmar convicções pessoais, à medida que são ignoradas fontes clássicas do Direito, como a própria lei. É uma afronta ao Estado Democrático de Direito e à própria concepção do Direito na sua integridade, como posto.

REFERÊNCIAS

- ARGUELHES, Diego Werneck; OLIVEIRA, Fabiana Luci; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira*. Revista Eletrônica Direito, Estado e Sociedade n.40 p. 34 a 64 jan/jun 2012.
- ARNAUD, André-Jean. *Dicionário enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*. Tradução de Patrice Charles. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Globo, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 07 de setembro de 2019.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1996.

- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- COSTA, Thaise Nara Graziottin. *Mediação de conflitos e jurisdição compartilhada: caminho para uma justiça democrática, participativa e emancipatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- CICCO, Cláudio de; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. *Teoria Geral do Estado e ciência política*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: SARAIVA, 2015.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ESTEVES, Alan da Silva; KRELL, Andreas. *A função de julgar no novo código de processo civil: as interações entre o formalismo jurídico e o formalismo democrático*. In: XXV Encontro Nacional do Conpedi – Brasília – DF.
- FERNANDES, Rafael Laffitte; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. *O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial: (re)analisando o dogma do “legislador negativo”*. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 19807791.
- GARGARELLA, Roberto. *In search of a democratic justice: what courts should not do*. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SAKAAR, Elin (Editors). *Democratization and the judiciary: the accountability functions of courts in new democracies*. London/ Portland: Frank Cass, 2004.
- GERVASONI, Tássia Aparecida. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Multideia, 2013.
- HART, Herbert. *O conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- HELLER. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: Staatslehre.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000. Título original: *Leviathan, or Matter, Form and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*.

LIMA, Wedner Costodio; LIMA, Wilian Costodio. *Judicialização da política e ativismo judicial: o limite da interpretação da constituição e a relação entre direito e política na jurisdição constitucional*. Anais do XII Seminário Nacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea da Unisc, 2016.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A Judicialização da Política no contexto da Constituição de 1988. In: ARAÚJO, José Cordeiro de; PEREIRA JÚNIOR, José de Sena; PEREIRA, Lúcio Soares; RODRIGUES, Ricardo José Pereira (Orgs.). *Ensaios sobre impactos da Constituição Federal de 1988 na sociedade brasileira: consultoria legislativa*. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2008.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *A celeridade do Novo CPC*. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-celeridade-no-novo-cpc/>> Acesso em: 01 ago 2019.

PASOLD, Cesar Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*. Santa Catarina: Ladesc, 1984.

PIRES, Nara S.S. *O ativismo judicial como forma de assegurar os direitos fundamentais face à crise da separação dos poderes*. Conpedi 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos>. Acesso em 07 de setembro de 2017.

SANTI, Romano. *Princípios de direito constitucional geral*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1977.

SPENGLER, Fabiana Marion; BITENCOURT, Caroline M.; TURATTI, Luciana. *Políticas públicas no tratamento dos conflitos*. Espanha: EAE, 2012.

SILVA, Jaqueline Mielke. A Democracia como Possibilidade de Produção de Sentido: o Papel do Poder Judiciário na Tutela de Direitos Fundamentais no Estado Social e Democrático de Direito. In: TRINDADE, Karam André; ESPÍNDOLA; Angela de Araújo da Silveira; BOFF, Salette Oro.

(Org.). *Direito, Democracia e Sustentabilidade*: Anuário do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional. Passo Fundo: Imed, 2014.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

STRECK, Lênio Luiz; BARBA, Rafael Giorgio Dalla. *Aborto*: a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-11/aborto-recepcao-equivocada-ponderacao-alexynana-stf>> Acesso em: 17 out. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. *Crítica Hermenêutica do Direito*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8º ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAFFAREL, Claridê Chitolina; DABULL, Matheus Silva. A efetivação dos direitos fundamentais sociais mediante o ativismo judicial. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da (Org.) *Direito & Políticas Públicas VII*. Curitiba: Multideia, 2012.

TASSINARI, Clarissa. *A atuação do Judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo*. Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 31-46, jul./dez. 2012.

THEDORO JÚNIOR, Humberto. *Novo CPC*: fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro, 2015.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. *Ativismo judicial*: a experiências norte-americana, alemã e brasileira. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n.47, p.29-64, 2011.

ZAMBAM, Neuro José; ALMEIDA, Ricardo de Oliveira de. *O Liberalismo Político de John Rawls*: a missão de educar a juventude para a democracia no século XXI. Revista Quaestio Iuris, vol. 10, nº 03, Rio de Janeiro, 2017, pp. 1500-1516.

Recebido em: 19/02/2020

Aprovado em: 24/06/2020

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E SUA RELEVÂNCIA NA ERA DO ATIVISMO JUDICIAL

*LEGALITY AND ITS RELEVANCE IN JUDICIALACTIVISM
TIMES*

Renata Beckert Isfer

*Pós-Graduação em Direito Tributário pelo Centro Universitário Curitiba,
UNICURITIBA. Procuradora Federal. Secretária de Petróleo, Gás Natural e
Biocombustíveis do Ministério de Minas e Energia*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Histórico e Conceito do Princípio da Legalidade; 3. O Princípio da Legalidade como garantia do Princípio Democrático; 4. O Princípio da Legalidade como garantia do Princípio da Separação dos Poderes; 5. Princípio da Legalidade como garantidor do Princípio da Igualdade; 6. Conclusão; 7. Referências

RESUMO: O presente artigo busca resgatar a importância do princípio da legalidade, o qual nos últimos tempos tem sido preterido nos trabalhos acadêmicos e nas decisões judiciais, em nome da defesa dos direitos humanos e da luta contra a corrupção. Inicia-se com o seu histórico, conceito e contornos no sistema jurídico brasileiro, para então demonstrar como a sua observância é indispensável para a garantia de outros princípios constitucionais, os quais, em última análise, são os garantidores do respeito aos direitos humanos e de toda a Constituição. Nesse sentido, a legalidade é indispensável para a preservação do princípio democrático, eis que as leis são elaboradas por representantes do povo, com grandes debates de ideias e publicidade, ao contrário das decisões judiciais e da maioria das decisões administrativas. É também uma das ferramentas do sistema de pesos e contrapesos da tripartição de Poderes, tão necessária para evitar abusos e arbítrios pelo governo. Por fim, é garantidor do princípio da igualdade, pois se aplica a todos de forma geral e abstrata. Dessa forma, ao realizar o Controle de Constitucionalidade, o Poder Judiciário deve buscar respeitar, ao máximo, o princípio da legalidade, atuando apenas quando há violação inequívoca a preceitos e direitos constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Legalidade. Judiciário. Origem. Conceito. Democracia. Separação de Poderes. Igualdade. Ativismo Judicial.

ABSTRACT: This article intends to remind the great importance of legality, a principle that has recently been belittled in academic works and judicial rulings, under the pretext of defending human rights and fighting corruption. It starts with the origin of legality, its concept and characteristics in the Brazilian legal system, and then demonstrates that it guarantees all other rights to the people, including human rights and the Constitution itself when observed by the Judiciary. Legality is necessary to assure that democracy will stand, as representatives of the people create the law, through a process that includes debates and publicity, opposed to the creation of rulings and executive orders. It is also a tool for the system of checks and balances, which is necessary to avoid abuses by the government, and to guarantee equality, since laws apply to everyone, indistinctly. Therefore, the Judiciary must always respect the laws of the country, exercising the power to declare them unconstitutional only when it is clearly affronting constitutional rights.

KEY WORDS: Legality. Judicial System. Origin. Concept. Democracy. Separation of Powers. Equality. Judicial Activism.

INTRODUÇÃO

O princípio da legalidade é um dos principais cânones do direito constitucional brasileiro. Trata-se de um comando que se ramifica por diversas áreas especializadas do direito, mas que é especialmente enfatizado diante das relações travadas pela Administração Pública. A esse respeito, a preocupação do constituinte foi reiterada insistentemente em diversos dispositivos que estabelecem a subordinação da Administração ao império da legalidade.¹

À primeira vista, pode parecer exagerada a repetitividade com que se tratou do assunto no texto constitucional. Todavia, a versão mais difundida entre os cientistas políticos clássicos consigna que a história do Estado moderno é repleta de arbítrios cometidos pelo titular do Poder Executivo, muitas vezes tentando sobrepujar-se à lei (MONTESQUIEU, 1996, p. 24; ENTERRÍA, 1981, p. XV e ATALIBA, 1998, p. 16). Por sua vez, o Poder Judiciário, em seus primórdios, não possuía a independência necessária para atuar em defesa dos princípios e garantias constitucionais, de modo que frequentemente validava arbítrios praticados pelo Poder Executivo.² Esse desequilíbrio entre os poderes foi gradualmente abrandando ao longo de muitos anos, com a atribuição e efetivação de garantias aos juízes.³

Atualmente, vivencia-se o ápice da importância e proeminência do Poder Judiciário na generalidade dos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos, mesmo nos países que praticam a civil law. Juízes e tribunais frequentemente preenchem lacunas no ordenamento jurídico (KELSEN, 1998, p. 212) e refutam a aplicação de normas jurídicas, de modo a garantir, geralmente em casos concretos, a observância de comandos previstos nas Constituições. Essa tendência é chamada mundialmente de ativismo judicial (BARROSO, 2012)⁴.

1 A exemplo do art. 5º, II e XXXIV, o art. 37, o art. 49 e o art. 84, IV, da Constituição Federal de 1988.

2 Trata-se de uma visão difundida entre os cientistas políticos clássicos, como Montesquieu (1996, p. 172) e Alexander Hamilton (HAMILTON, MADISON; JAY, 2009, p. 235-237). Esse entendimento, porém, é contestado por importantes autores (GONOD, 2007, p. 70; LAFERRIERE, 1887, p. 126-127; GOLDONI, 2013, p. 33-34).

3 Exemplo disso está na formulação da regra da vitaliciedade dos juízes no sistema norte-americano, conforme Hamilton (HAMILTON, MADISON; JAY, 2009, p. 239-240).

4 Muitos autores chamam de ativismo judicial apenas as situações em que o Poder Judiciário vai além de sua competência de aplicar a Constituição (RAMOS, 2010, p. 107). Para fins do presente artigo, a terminologia “ativismo judicial” não é tão relevante quanto a compreensão da importância do princípio da legalidade e como ele deve ser considerado na presente era de proeminência do Poder Judiciário.

O problema surge quando o judicial review é exercido de forma incontida, quando alguns juízes derogam normas jurídicas emanadas dos outros poderes para satisfazer convicções políticas que porventura tenham sobre determinados temas. (SHAPIRO, 1998, p. 156). Não se questiona a prática do controle de constitucionalidade ou mesmo a legítima prolação de sentenças e acórdãos que assegurem a efetivação de direitos subjetivos previstos na Constituição, mas a manipulação de conceitos amplos constantes da Carta Magna para fazer valer posições ideológicas, especialmente em sede liminar.⁵

Com esse cenário, pode-se vislumbrar a formação de um novo quadro de desequilíbrio de poderes, dessa vez em favor do Poder Judiciário, o que, ao final, pode colocar em xeque toda a construção de freios e contrapesos e vulnerar os mesmos direitos pretensamente defendidos por meio de uma postura ativista.

No embate entre princípios (ALEXY, 2011, p. 90-91), o da legalidade se tomou o “patinho feio” dos princípios fundamentais, muitas vezes considerado um mero “princípio burguês” (MARINONI, 2010, p. 25), resultado de uma briga de classes do século XIX, que já estaria ultrapassada e poderia ser substituída por decisões do Poder Judiciário. Sob este raciocínio, a prevalência dos juízes seria justificada pelo fato da magistratura ser a grande garantidora dos direitos fundamentais (BICKEL, 1986, p. 16-18; BARROSO, 2012, p. 14), muito embora grande parte dessas decisões tratem de direitos disponíveis⁶.

O fato é que desequilíbrios entre os Poderes da República têm o condão de ocasionar abusos em face do povo. Os próprios cientistas políticos clássicos alertavam para os perigos na debilidade do controle (HAMILTON, MADISON; JAY, 2009, p. 107-109; MONTESQUIEU, 1996, p. 168) e, embora a ideia platônica de que o homem é um lobo para seus semelhantes (PLATÃO, 2016, p. 53) não seja aplicável a todos indistintamente, o poder muitas vezes magnetiza o ser humano. Com efeito, por mais que os juízes de hoje possam decidir com as melhores das intenções a pretexto de sublimar direitos tidos como fundamentais,

5 A superação do “mito da neutralidade” do jurista e um conclave a que todos, inclusive juízes, definam claramente seu compromisso ideológico é defendido, por exemplo, por Clémerson Merlin Clève (1995, p. 46).

6 Um exemplo muito claro disso foi a liminar proferida pela Min. Cármen Lúcia na ADI 4917, que suspendeu dispositivos da Lei n.º 12.734/2012 que preveem novas regras de distribuição de royalties do Petróleo. A liminar foi proferida em 18 de março de 2013 e continua em vigor até hoje, sem ter sido o processo julgado.

nada garante que seus sucessores farão bom uso de um poder de ditar a vontade normativa final. Lembre-se, ademais, que não existe controle das decisões do Supremo Tribunal Federal no Brasil, que tem a última palavra na dicção das normas jurídicas (CAPELLETTI, 1999, p. 20-21) e é soberano em todas as suas decisões.

1 HISTÓRICO E CONCEITO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A primeira afirmação do princípio da legalidade é costumeiramente atribuída à Carta Magna (TÁCITO, 1996, p. 1; NUCCI, 2018), editada pelos barões ingleses no reinado de João Sem-Terra. No referido documento, havia duas cláusulas que remetiam à necessidade de prévia aprovação pelo Parlamento para o estabelecimento de restrições à liberdade e propriedade dos súditos do reino inglês. A primeira delas fazia referência à imposição de tributo⁷ (*no taxation without representation*) e a outra à punição por crimes.⁸

É importante registrar que mesmo antes da edição da Carta Magna, houve ocasiões específicas em que se exigiu o princípio de que nenhuma taxa poderia ser imposta sem a concordância daqueles que seriam afetados por ela, tanto na Inglaterra, como em outros países europeus⁹.

Na idade contemporânea, o reconhecimento constitucional do princípio da legalidade se deu com a Declaração de Direitos de 1789 e a *Bill of Rights*, que tiveram como propulsor a Revolução Francesa e a Independência Americana. Esses diplomas constitucionais inspiraram outros países, entre eles o Brasil, a introduzir em seus respectivos textos constitucionais esse cânone basilar.

7 12 – Não lançaremos taxas ou tributos sem o consentimento do conselho geral do reino (*commue concilium regni*), a não ser para resgate da nossa pessoa, para armar cavaleiro nosso filho mais velho e para celebrar, mas uma única vez, o casamento da nossa filha mais velha; e esses tributos não excederão limites razoáveis. De igual maneira se procederá quanto aos impostos da cidade de Londres.

8 39 – Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país.

9 Isso se deu, por exemplo, com a imposição de um tributo de 10% (dez por cento) sobre a renda do clero e dos leigos, destinado ao pagamento das despesas de uma cruzada contra Saladino, em 1188. A decisão foi tomada pela deliberação de duas assembleias formadas pelos reis da França e da Inglaterra, arcebispos, bispos, condes, duques e barões de ambos os países. Foi realizada, ainda, uma terceira assembleia, composta por um grupo de cidadãos de posse e burgueses escolhidos de cada cidade a ser tributada. Essas assembleias tinham por objetivo a obtenção do consentimento para a cobrança do referido tributo. (UCKMAR, 1999, pp. 21-24).

A Constituição da Federal de 1988, mantendo a tradição consolidada por suas predecessoras republicanas, buscou evitar que o Executivo e o Judiciário possuam poderes para interferir na liberdade ou na propriedade das pessoas sem o seu consentimento prévio, ainda que por meio de seus representantes eleitos. A edição de normas primárias – sejam elas de direito civil, penal ou mesmo administrativo – cabe, geralmente, ao Poder Legislativo, enquanto os atos administrativos e as decisões judiciais devem se limitar à aplicação da lei, salvo em caso de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, verifica-se que o princípio da legalidade foi o instrumento encontrado pela sociedade para a garantia dos direitos fundamentais. Por meio dessa construção teórica, reservou-se ao povo, representado pelo Congresso Nacional, o poder de criar regras que interfiram em sua liberdade e propriedade. Por conseguinte, exceções à premissa de que as regras inovadoras do sistema jurídico somente podem ser criadas pelo Legislativo, como é o caso das leis delegadas e das medidas provisórias, devem estar sempre assentadas em hipóteses descritas na própria Constituição Federal, que estabelece os requisitos que devem ser preenchidos para que seja possível a edição daqueles atos normativos.

Em determinados ramos do Direito, o princípio da legalidade ganha contornos ainda mais rígidos, justamente nas áreas em que o Poder Executivo e o Poder Judiciário possuem maiores chances de interferir em direitos e garantias individuais. Trata-se do Direito Administrativo, que regula as relações entre o Poder Público e os administrados, do Direito Tributário, que disciplina a arrecadação de impostos, taxas e contribuições pelo Estado, e do Direito Penal, que define as infrações penais e comina penas pelo seu descumprimento.

O comando geral do princípio da legalidade é aquele trazido pelo art. 5º, II, da Constituição Federal, que afirma que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”. Assim, existe a liberdade de atuação de cada indivíduo como cláusula geral, que somente pode ser excepcionada pela edição de lei.

Para a Administração Pública, a doutrina clássica defende que princípio da legalidade incide de maneira diversa, pois, além da não proibição por lei de determinada conduta, a sua atuação depende da existência de um permissivo legal que determine ou faculte a atuação do Estado. Assim, vigora a regra de que tudo o que não está expressa e antecipadamente permitido, está, de fato, proibido.¹⁰

10 Essa ideia é bastante enraizada na doutrina de administrativista tradicionais (MEIRELLES, 2002, p.86; MIRANDA, 1970, pp. 314-316).

No âmbito do Direito Tributário, o princípio da legalidade revela-se com ainda maior importância e abrangência, tendo sido rotulado por Pontes de Miranda como “legalitariedade” tributária (MIRANDA, 1970, p. 1). A aplicação do princípio da legalidade nesse campo significa que somente a lei em sentido estrito pode criar ou majorar tributo, estabelecer os seus elementos essenciais, descrever a sua hipótese de incidência, seus sujeitos passivo e ativo, sua base de cálculo e sua alíquota.

No Direito Penal, como não poderia ser diferente, também vigora o Princípio da Estrita Legalidade ou da Reserva Absoluta de Lei em Sentido Formal, já que a sua desobediência pode ensejar a privação de uma das mais caras, senão a mais importante, das garantias fundamentais: a liberdade. Nesse campo, o princípio, conforme prescrições no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e art. 1º do Código Penal, orienta que não há crime sem lei prévia que o defina (*nullum crimen, nulla poena sine previa*), nem há pena sem haja cominação legal. Significa dizer que os tipos penais incriminadores devem ser criados pela lei em sentido estrito para que, somente então, possam ser aplicados em casos concretos (NUCCI, 2018; CUNHA, 2013, p. 79-80).

2. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO GARANTIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

O princípio da legalidade não tem um fim em si mesmo¹¹, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana ou o princípio da isonomia. Isso não o torna menos importante porque é ele que dá suporte para a existência de um Estado Social e Democrático de Direito, sem o qual não seria possível garantir a observância dos demais princípios e garantias constitucionais. Desse modo, cabe verificar como ele protege o respeito ao princípio democrático.

A ideia de democracia, com o é de comum saber, surgiu na Grécia Antiga e traz a noção de que o governo deve ser exercido por todos, pelo povo. A ela se contrapõe a ideia de monarquia, em que o poder é exercido por uma única pessoa, e de oligarquia, em que o poder é exercido por uma minoria dominante, como já apregoava Aristóteles, na sua clássica obra “A Política” (1985, p. 203-205).

11 Não posso deixar de mencionar que há autores que questionam a natureza de princípio da legalidade, que teria natureza de regra (ÁVILA, 2011).

Existiu muito debate na antiguidade sobre qual dessas seria a melhor forma de exercício do poder e nem sempre se chegou à mesma conclusão (ARISTÓTELES, 1985, p. 48-50). Hoje não é possível vislumbrar que uma única pessoa ou uma pequena elite pensante conheça todas as dificuldades vividas pela população, em especial de um país de proporções continentais como o Brasil¹², e que poderiam exercer o poder melhor que o povo. Por essa razão, o próprio Constituinte fez a sua escolha e logo no art. 1º, a Constituição Federal estabeleceu que “todo o poder emana do povo”¹³ e que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito.

Como o poder é exercido pelo povo, cumpre a ele aquiescer com a criação de regras que impactem na sua vida. Duas são visões de como se daria o consentimento popular: a democracia direta e a democracia representativa.

Embora a democracia direta seja uma ideia sedutora (SANTOS, 2007), ela é inviável para a tomada de decisões na velocidade exigida pelo mundo de hoje. Em nosso ordenamento jurídico, ela é exercida apenas excepcionalmente, nas situações em que se realizam plebiscitos e referendos, conforme art. 14 da Constituição Federal, regulamentado pela Lei n. 9.709/1998. Como muitas são as matérias e discussões, optou-se, no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, pela regra da democracia representativa, na qual são eleitos mandatários do povo para exercerem as opções políticas no Congresso Nacional, Assembleias Legislativas, nas Câmaras de Vereadores e no Poder Executivo.

No processo de elaboração legislativa, no modelo teórico da representação, as decisões políticas emanam, em última instância, do povo, que elegeu aqueles representantes. Nesse ponto, não existe qualquer dúvida de que o controle de constitucionalidade existe em nosso sistema jurídico constitucional, eis que a Constituição Federal é expressa em seu art. 103. Todavia, ainda hoje se discute se esse instituto fere ou não o princípio da democracia, especialmente em países de Direito anglo-saxão.

Originariamente, por ocasião dos debates acerca da ratificação da Constituição Americana de 1787, Alexander Hamilton defendeu que se a

12 Esse entendimento, embora pareça óbvio nos dias de hoje, representou uma evolução no pensamento político. O próprio Montesquieu fazia defesa da incapacidade do povo de discutir os negócios públicos e de que seria “pessoas dignificadas pelo nascimento, riquezas ou pelas honrarias” as mais capazes para tanto (1996, p. 169-172).

13 Discute-se qual seria o conceito de “povo” (MÜLLER, 2010).

Constituição Americana traz limites para a atuação do legislativo, apenas o controle de constitucionalidade poderia garantir o respeito a essas normas, e que se uma lei inconstitucional for considerada válida, estar-se-ia admitindo que o representante é superior ao povo (HAMILTON, MADISON; JAY, 2009, p. 236-240). Em tempos recentes, Ronald Dworkin acresceu que, no controle de constitucionalidade, o princípio da democracia está deslocado, pois se a Constituição definiu limites ao poder majoritário, as decisões não podem simplesmente refletir a posição da maioria da população (1989-1990, p. 324-346).

Em linha contrária, Robert Dahl afirma que não existe forma de desconstruir a teoria democrática a ponto de caracterizar como democrático um sistema em que políticas públicas defendidas por minorias prevaleçam sobre a maioria (1957, p. 283-286). Por sua vez, Jeremy Waldron argumenta que o *judicial review* é inapropriado para conferir a decisão final em sociedades livres e democráticas. Em seu raciocínio, se a supremacia legislativa corresponde ao governo do povo, é politicamente ilegítimo privilegiar a decisão de um pequeno número de juízes não eleitos em detrimento da vontade dos cidadãos comuns (2006, p. 1359).

O fato de que a Constituição estabelece limites para o poder de legislar, por si só, não afasta o caráter democrático das leis criadas pelo Poder Legislativo. Nesse ponto, mesmo os defensores do direito alternativo reconhecem que o processo constituinte se desenvolve sem interrupção (CLÉVE, 1995, p. 40). Assim, quanto mais uma Constituição corresponde ao que manifesta a disposição individual do tempo presente, mais força normativa ela tem (HESSE, 1983, p. 72). A questão é: a quem compete essa “atualização” da Constituição, no sentido de interpretá-la de forma mais atual e em alinhamento com a vontade do povo?

Tem-se que esse papel deve ser preponderantemente do Poder Legislativo, pois é muito claro que qualquer decisão judicial que declare a inconstitucionalidade de uma lei mitiga a noção de democracia. O controle de constitucionalidade constitui, portanto, uma exceção ao princípio democrático, autorizado pela Constituição Federal. Como tal, compete ao seu titular exercê-lo com parcimônia e, dentro do possível, respeitando ao máximo as escolhas feitas pelos representantes eleitos pelo povo para legislar.

Mesmo no caso do Poder Executivo, que é exercido por autoridade eleita pelo povo, verifica-se que as normas por ele criadas não trazem a mesma adesão à vontade popular com relação àquelas emitidas pelo Poder

Legislativo. Como já se teve oportunidade de escrever, as casas legislativas reúnem “representantes de diversas ideologias, grupos políticos, minorias e classes sociais, pelo que muitas correntes e facções se mesclam, devendo interagir, barganhar, ceder, compor e transigir para a produção final de uma lei” (ISFER, 2015, p. 83)¹⁴. Com efeito, o resultado dos trabalhos parlamentares é a produção de normas jurídicas mais consentâneas com a média do pensamento predominante entre a maioria do povo produto do equilíbrio entre várias tendências”.

De outra parte, as decisões do Poder Executivo decorrem de uma competência atribuída a uma única pessoa, que representa primordialmente a maioria que a elegeu. Não existe o debate e a composição entre visões e tendências diferentes, apenas o aconselhamento do titular do poder com um grupo de confiança, que geralmente compartilha da mesma ideologia e têm pouca diversidade de pensamento¹⁵.

No Poder Judiciário também se verifica essa mesma lógica, já que a maioria das decisões é tomada por uma única pessoa ou por órgãos colegiados cujos componentes não possuem a mesma diversidade de culturas e origens que o Congresso Nacional. Ao transferir a decisão de questões de moralidade política do Parlamento para o Judiciário, estamos voltando à noção clássica aristocrática de que uma elite pensante sabe decidir melhor que os representantes eleitos pelo povo (AMARAL JÚNIOR, 2014).

Necessário comparar também, no que tange às garantias democráticas, o processo de elaboração das leis, dos regulamentos e das decisões judiciais. Regulamentos, via de regra, são editados, modificados e extintos em gabinetes fechados, sem qualquer publicidade ou fiscalização por parte da sociedade ou interessados na questão, fruto da diretriz estabelecida por apenas uma pessoa com a ajuda de sua equipe de auxiliares.

O problema do déficit democrático inerente aos regulamentos é normalmente aplacado pela realização de audiências e consultas públicas,

14 Não se está aqui a defender que o Congresso Nacional possui uma representatividade perfeita da população brasileira. Basta olhar para a sua composição para perceber a predominância de eleição de homens brancos, sendo necessário incentivar e promover a diversidade em nosso Legislativo. Não obstante, comparativamente ao alto escalão do Poder Executivo e do Poder Judiciário, não há dúvidas que o debate é muito mais diversificado.

15 Nesse ponto, é importante ressaltar a importância da diversidade. Ao selecionar uma equipe, seja de Ministros ou de servidores para realizar determinado plano de trabalho, a preocupação com diversidade aumenta as chances de recrutar os melhores talentos e melhorar as tomadas de decisões, já que pessoas com diferentes backgrounds tendem a apresentar mais e melhores ideias no debate das políticas públicas (HUNT; LAYTON; PRINCE).

uma demanda cada vez mais exigida dos gestores públicos. Essa tendência repercutiu na edição da recente Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019, que dispõe sobre a gestão, organização, processo decisório e controle social das agências reguladoras. Segundo seu art. 9º, passou a ser obrigatória a realização de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou diretoria colegiada, acerca de minutas e propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.

Assim como os regulamentos, as decisões judiciais são produzidas em ambientes fechados ao poder de influência popular, sendo o resultado do exame do tema por um magistrado ou pela confluência da reflexão de poucas pessoas integrantes de um órgão colegiado. Certamente, institutos com o *amicus curiae*, audiências públicas e a própria TV Justiça têm atenuando a carência de lastro democrático nas decisões tomadas, mas estão longe de retirar o viés elitizado do debate jurídico que é travado nesta seara.

O rigor no processo de criação de leis previsto na Constituição Federal de 1988 se deveu ao objetivo de conferir maior segurança jurídica à população (BONAVIDES, 1994, p. 112). A ênfase na dialética permite levar ao conhecimento público todas as propostas que visem modificar o quadro geral do ordenamento jurídico. Isso torna possível e relativamente frequente o debate e a fiscalização pela sociedade, através de seus órgãos de classe, associações e da imprensa (WALDRON, 2006, p. 1380). Em âmbito federal, as audiências públicas e trabalhos das comissões são transmitidas ao vivo pela TV Câmara, TV Senado e pelo Youtube, ao passo que os internautas podem enviar perguntas de forma interativa e opinar nos sítios eletrônicos de ambas as casas legislativas.

Com efeito, o arcabouço tecnológico à disposição da sociedade civil permite ao eleitorado facilmente identificar políticos que atuem contra os seus interesses e sua ideologia, o que permite que opte por outro candidato na eleição subsequente, reciclando a democracia.

Magistrados não submetem ao contínuo escrutínio popular, têm vitaliciedade e não são responsabilizados caso suas decisões sejam contrárias aos interesses da sociedade. A despeito disso, argumenta-se majoritariamente em favor do *judicial review* a partir do enfoque de que Supremo Tribunal Federal teria, dentre suas funções, um papel contramajoritário de defesa dos elementos essenciais da Constituição. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso afirma que o “Judiciário não pode ser escravo da opinião pública. Muitas vezes, a decisão correta e justa

não é a mais popular. Nessas horas, juízes e tribunais não devem hesitar em desempenhar um papel contramajoritário”. (BARROSO, 2012, p. 19)

Sobre o caráter contramajoritário, Dahl pondera que é praticamente impossível demonstrar que qualquer decisão judicial é contrária aos interesses da maioria. No mínimo, assume-se que ela não é majoritária pelo fato de ter sido ou não aprovada pelo Poder Legislativo (DAHL, 1957, p. 283). Na prática, se uma decisão for efetivamente contramajoritária, ela não sobreviverá em nosso ordenamento jurídico, como ocorreu no caso da ADI 4.983, que declarou inconstitucional o exercício da “vaquejada”. Pouco mais de um mês a decisão da Corte, o Congresso Nacional logo aprovou a Lei nº 13.364/2016, que elevou o “rodeio” e a “vaquejada”, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestações da cultura nacional e de patrimônio cultural imaterial.

Assim, a prevalência em nosso meio jurídico das decisões que reconheceram a união civil homossexual (ADI 4277) e a possibilidade de aborto de feto anencefálico (ADPF 54) deve-se ao fato de que não eram verdadeiramente contra o entendimento da maioria da população ou, no mínimo, embora não detivessem a maioria parlamentar, eram suficientemente fortes para afastar qualquer ataque na legitimidade do Supremo Tribunal Federal para decidir a questão (DAHL, 1957, p. 294).

Vale lembrar que o Congresso Nacional já aprovou diversas leis que protegem minorais e garantem os direitos fundamentais constitucionalmente previstos, como a Lei n. 12.711/2012, que instituiu o sistema de cotas em instituições federais de ensino superior e a Lei n. 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Em suma, não existe processo perfeito para a tomada de decisões, seja no Poder Legislativo, seja no Poder Judiciário (WALDRON, 2006, p. 1372). Sempre há risco de decisões que violem direitos fundamentais, ao invés de protegê-los¹⁶. Todavia, o caráter mais democrático do processo legislativo é uma realidade que não se pode refutar.

3. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO GARANTIA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

16 Um caso clássico de decisão contrária a direitos humanos tomada pelo Poder Judiciário foi o julgamento de *Plessy vs. Ferguson*, que deu início ao apartheid nos Estados Unidos, com a máxima “*separate but equal*”.

O princípio da legalidade é uma ferramenta essencial para o adequado funcionamento do sistema de pesos e contrapesos que orienta a separação das funções, protegendo, em última instância, os cidadãos dos abusos e arbítrios dos governantes. Trata-se de previsão tão cara ao constituinte e importante para os cidadãos, que foi elencada como uma das cláusulas imutáveis da Constituição, em seu art. 60, §4º, III.

A ideia de que existem três poderes é muito antiga. No mínimo, já era conhecida na época do Profeta Isaías: “Porque o Senhor é o nosso Juiz, o Senhor é o nosso legislador, o Senhor é o nosso rei, Ele nos salvará” (Isaías, 33:22). Aristóteles (1985, p. 221) e John Locke (2016, p. 100)¹⁷ também identificaram três funções de governo, muito embora não tenham estabelecido que elas deveriam estar nas mãos de diferentes executores para fins de limitação do próprio poder. Até então, a tripartição era enxergada apenas sob o aspecto da mera divisão do trabalho, sem que se cogitasse de um sistema de pesos e contrapesos (STEWART, 2004, p. 195).

A novidade trazida por Montesquieu, no célebre *O Espírito das Leis*, corresponde à ideia de separação de poderes como um sistema de autocontrole do poder pelo próprio poder. Em sua visão, o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o Executivo das que dependem do direito civil deveriam ser exercidas por pessoas ou colegiados distintos. Por sua vez, o poder de julgar seria limitado em si mesmo, porquanto os julgamentos jamais deveriam ultrapassar o texto exato da lei (1996, p. 167-172). Outro fator que conteria a ação do Judiciário residiria no modo de formar os tribunais, que seriam temporários, tal como os nossos atuais tribunais de júri (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 53-68). Assim, o poder de julgar não funcionaria como contrapeso do Executivo e do Legislativo, que se limitariam entre si e pela bicameralidade deste último (MONTESQUIEU, 1996, p. 172).

A Constituição Americana de 1787 representou um avanço na noção de tripartição dos poderes. A noção estática de que aquele que faz as leis não as executa ou as julga; o que as julga não as faz ou executa; e os que as executa não as julga ou faz, passou a ter contornos de um sistema de pesos e contrapesos. Compreendeu-se que os poderes deveriam estar conectados e miscigenados de tal forma a ter controle constitucional uns sobre os outros, sem o que a separação de poderes, necessária para

17 Locke, porém, não trata do Judiciário como um poder autônomo, dando a entender que essa função era parte do Poder Executivo.

um governo livre, não poderia ser mantida na prática (HAMILTON, MADISON; JAY, 2009, p. 107).

A consagração do modelo de checks and balances ocorreu à medida em que novas necessidades públicas exigiram a readequação das funções de cada poder. Pouco a pouco, cada ramo especializado agregou competências atípicas, concretizado um “progressivo esbatimento de fronteiras entre as diversas funções do Estado e a fluidez e relatividade dos critérios de caracterização entre elas”. (PIÇARRA, 1989, p. 264)

É certo que não é possível um equilíbrio perfeito entre os poderes. Sempre há uma atuação mais proeminente de algum deles. John Locke (2016, p. 102) e Jean-Jacques Rousseau achavam preferível que a supremacia fosse do Poder Legislativo (PAUPÉRIO, 1971, p. 245), com o que se concorda, dada a sua representatividade.

Hoje, indubitavelmente, a primazia é exercida pelo Poder Judiciário no caso brasileiro. Além de suas atribuições específicas de aplicação da lei e proteção da Constituição, muitas vezes os magistrados têm ditado as políticas públicas por meio do afastamento de leis que não possuem claro vício de inconstitucionalidade, com verdadeira inovação na ordem jurídica.¹⁸

A evolução das funções do Judiciário, as garantias conferidas a seus membros e a ausência de controle externo em relação ao seu órgão de cúpula podem, eventualmente, ter como consequência o abuso de poder. Nos Estados Unidos, semelhante ameaça foi alvo da doutrina de *judicial restraint*, criada como uma reação à prática de ativismo judicial. Em curtas palavras, a doutrina prega que os juízes devem respeitar sempre que possível os precedentes e a vontade legislativa, de modo a manter a estabilidade do sistema de regras e a previsibilidade das relações jurídicas. (MERRILL, 2005, p. 273-274)

Tendo como fundamento imediato o respeito à separação dos poderes, a doutrina da autocontenção preconiza que o Poder Judiciário deve impor a si mesmo limitações no seu exercício. Em primeiro lugar, os juízes devem evitar substituir-se ao legislador, utilizando com comedimento princípios de significado muito amplo, como a isonomia e a dignidade da pessoa humana. Além disso, o magistrado deve presumir a existência de justificativas de fato para a elaboração da lei contestada, desde que razoavelmente possível. Por

¹⁸ Nesse sentido, o Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do MS 22.503, chegou a esboçar o receio de que o Supremo Tribunal Federal se torne uma espécie de segunda instância das decisões políticas.

fim, é necessário manter as leis cujas motivações são compatíveis com as conclusões a que chegaria o homem médio, dentro da constitucionalidade. Com efeito, a decisão política pode ser polêmica e não agradar a todos, mas se puder ser justificada de forma racional, não é recomendável ao Poder Judiciário afastá-la. Apenas com essa postura ponderada dos magistrados, é que o Estado de Direito sai fortalecido, protegendo as expectativas dos administrados (CARTWRIGHT, 2006, p. 06) e garantindo a igualdade entre os litigantes (MERRIL, 2005, p. 288).

A função judicante é um pilar fundamental para qualquer sistema político que almeje funcionar com o equilíbrio entre os poderes constituídos. Todavia, ela deve prezar pela lealdade constitucional e munir-se de autocontenção, a fim de garantir a legalidade, o princípio democrático, a segurança jurídica, a igualdade, a separação de poderes e todas as demais garantias constitucionais que são protegidas por estes institutos.

4. Princípio da Legalidade como garantidor do Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade é outro grande cânone preservado pela observância do princípio da legalidade pelo Poder Judiciário. Não se entrará aqui nas discussões acerca de igualdade material, formal, na lei, perante a lei, não discriminação etc., eis que não se trata do objeto do presente estudo. A ideia geral que se adota é a de se afastar diferenciações arbitrárias, sem que exista uma finalidade aceita pelo Direito, especialmente no que toca à proteção dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente (MORAES, 2011, p. 40).

As leis criadas pelo Poder Legislativo possuem caráter geral e abstrato, aplicando-se a todos os indivíduos indistintamente. Trazem, portanto, uma garantia inicial de tratamento isonômico e, caso assim não seja, devem ser revogadas pelo próprio Legislativo ou afastadas pelo Judiciário. A aplicação das normas de forma geral e abstrata afasta discriminações pontuais e arbitrariedades pelo Poder Público e pela própria sociedade, sob pena de cominação de penalidades.¹⁹

As decisões judiciais, por sua vez, em geral aplicam-se apenas aos querelantes, às partes do processo que provocaram a atuação do julgador. Enquanto não há uma decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal,

19 Nas palavras de José Afonso da Silva, “[a] igualdade perante o juiz decorre, pois, da igualdade perante a lei, como garantia constitucional indissolúvelmente ligada à democracia” (2010, p. 218).

que produza efeitos erga omnes, ou pelo menos o reconhecimento da repercussão geral da matéria, com a suspensão dos demais processos que tratam da mesma matéria, a concessão de liminares e o proferimento de sentenças que afastam a aplicação de determinada lei tornam possível que existam pronunciamentos e regras diferentes para cidadãos que se encontrem na exata mesma situação, resultando em clara violação ao princípio da isonomia.²⁰

Veja-se, por exemplo, o caso da chamada “desaposentação”, em que diversos beneficiários de aposentadorias por tempo de contribuição ajuizaram ações buscando renunciar ao benefício que já vinham recebendo para pedir a concessão de nova aposentadoria por tempo de contribuição. Em razão de inúmeras liminares e sentenças individuais proferidas por cerca de sete anos,²¹ foram aplicadas regras jurídicas diferentes a milhares de beneficiários que se encontravam na mesma situação. Não cabe, nesse trabalho, discutir o mérito da questão, mas sim registrar o exorbitante lapso temporal pelo qual se legitimou a quebra da isonomia entre milhares de brasileiros.

Note-se que, em um sistema de *commom law*, essa violação à igualdade não ocorre por tão longo período, haja vista a regra de vinculação ao precedente jurisprudencial dos tribunais²². Em nosso sistema de *civil law*, essa vinculação somente ocorre em casos excepcionais, de forma que a garantia de igualdade somente pode derivar do respeito à própria lei – criada de forma democrática pelo Poder Legislativo – enquanto não se formar a jurisprudência vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

Em suma, decisões judiciais que afastem a aplicação de leis, mas que passem ao largo de mecanismos de uniformização da jurisprudência, tendem a quebrar a isonomia entre os administrados. Deste modo, é recomendável um maior apreço à legalidade pelo Poder Judiciário enquanto não há precedente jurisprudencial vinculante e o estabelecimento de um sistema de reexame necessário em decisões que declarem a inconstitucionalidade de disposição legal.

20 As manifestações e estudos sobre o princípio da igualdade jurisdicional, ou seja, sobre as repercussões e funções deste princípio nas decisões judiciais raramente abordam esta perspectiva, limitando-se a reforçar a ideia de que os juízes não podem fazer distinções entre situações iguais ao aplicar a lei e de que o legislador deve observar a isonomia, inclusive prevenindo expedientes de uniformização da jurisprudência. (MORAES, 2011, p. 41; SILVA, 2010. p. 218-220).

21 A ação que deu origem ao RE 661.256/SC foi ajuizada em 2009 e o seu julgamento do RE ocorreu apenas em 27 de outubro de 2016.

22 *Auto Equity Sales, Inc. v. Superior Court*.

5. Conclusão

O princípio da legalidade foi uma das grandes vitórias da sociedade para afastar arbítrios e abusos do poder público. Não se trata de um mero mecanismo da burguesia para garantir sua liberdade em face do absolutismo, eis que a tendência de abuso de poder é inerente à natureza humana e se perdura no tempo, como se vê da história recente do Brasil. Apenas com a observância de um rol de princípios e garantias, em especial a democracia, a separação de poderes e a igualdade, é que os direitos fundamentais podem ser garantidos e efetivados. Em particular, a legalidade é indispensável para a manutenção da higidez da ordem jurídica, especialmente por servir de escudeira à aplicação dos demais princípios.

Assim, muito embora a tendência de ativismo judicial, no atual contexto, tenha nobre justificativa e intenção de individualizar o respeito aos direitos fundamentais, ele cria uma brecha de desrespeito à lei e ao Poder Legislativo, com desequilíbrio do sistema de tripartição dos poderes. Isso mina a função legislativa e abre margem para que magistrados abusem do poder judicante e desequiparem os particulares.

É importante, portanto, que o Poder Judiciário reflita sobre as decisões tomadas em desconformidade com a legislação aprovada pelo Poder Legislativo e com as escolhas discricionárias e técnicas do Executivo, levando sempre em consideração a lealdade constitucional e a autocontenção, respeitando seus limites de atuação e as funções dos demais Poderes da República.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Ronald Dworkin e a sua contradição majoritária. *Consultor Jurídico*, 23 fev. 2014. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-fev-23/analise-constitucional-dworkin-contradicao-majoritaria> >. Acesso em: 20 de jun. de 2019.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de “O espírito das leis”. *Revista dos Tribunais*, v. 868, p. 53-68, 2008.

ARISTÓTELES. *A Política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo, Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito- UERJ*, v. 2, n. 21, jan./jun., 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *[Syn]Thesis*. Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*. New Haven: Yale University Press, 1986.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 1994.

CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CARTWRIGHT, John. Protecting legitimate expectations and estoppel in English Law. *Electronic Journal of Comparative Law*, Utrecht, v. 10.3, p. 6, dez. 2006.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: parte geral*. Salvador: Juspodvm, 2013.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória)*. In: Carlos Henrique de Carvalho Filho (Org.) Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. O editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DAHL, Robert A. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law*, v. 6, n. 2, p. 279-295, Fall 1957.

DWORKIN, Ronald. Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court. *Alberta Law Review*, v. 28, n. 2, p. 324-346, 1990.

ENTERRÍA, Eduardo García. *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1981.

GOLDONI, Marco. Montesquieu and the French separation of powers. *Jurisprudence*, Oxford, v. 4, n. 1, p. 20-47, 2013.

GONOD, Pascale. «La réforme du droit administratif»: bref aperçu du système juridique français. In: RUFFERT, Matthias (Org.). *La mutation du droit administratif en Europe*. Munique: Sellier, 2007.

HESSE, Konrad. *La fuerza normativa de la Constitución*. In: Escritos de derecho constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HUNT, Vivian; LAYTON, Dennis; PRINCE, Sara. Why diversity matters. *McKinsey*, jan. 2015. Disponível em: < <https://www.mckinsey.com/business-functions/organization/our-insights/why-diversity-matters> >. Acesso em 29 mar. 2019.

ISFER, Renata Beckert. *O Regulamento e seus Aspectos no Âmbito do Direito Tributário*. Olinda: Livro Rápido, 2015.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAFERRIERE, Édouard. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. t. 1. Paris: Berger-Levrault, 1887.

LOCKE, John. *Second Treatise of Government*. Auckland: The floating press, 2016.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist papers*. New York: Palgrave Macmillian, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MERRILL, Thomas W. Originalism, stare decisis and the promotion of judicial restraint. *Constitutional commentary*, v. 22, p. 273-274, 2005.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. 2. ed. t. III. São Paulo: Revista dos tribunais, 1970.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. 2. ed. t. V. São Paulo: Revista dos tribunais, 1970.

- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PAUPÉRIO, A. Machado. *Teoria Geral do Estado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.
- PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional: Um Contributo para o Estudo das suas Origens e Evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989.
- PLATÃO. *Asimaria: the one about asses*. Madison: The University of Winconsin Press, 2006.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SANTOS, Wanderley Guilherme. *O Paradoxo de Rousseau – Uma Interpretação Democrática da Vontade Geral*. Rio de Janeiro: Rocco, 2007.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SHAPIRO, Martin. *Who Guards the Guardians? Judicial control of Administration*. Athens: University of Georgia Press, 1998.
- STEWART, Iain. Men of Class: Aristotle, Montesquieu and Dicey on Separations of Powers and the Rule of Law. *Macquarie Law Journal*, n. 4, 2004, p. 187-224.
- TÁCITO, Caio. O princípio da legalidade: ponto e contraponto. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, n. 206, p. 1, 1996.
- UCKMAR, Victor. *Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, p. 1346-1407, April 2006.

Recebido em: 26/02/2020

Aprovado em: 27/08/2020

ADERÊNCIA À NORMA ISSAI 5300 DA INTOSAI: O CASO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO CEARÁ

**ADHERENCE TO THE INTOSAI ISSAI 5300 STANDARD:
THE CASE OF THE STATE OF CEARÁ'S COURT OF
AUDITORS**

Reuben Bezerra Barbosa

Mestrado-profissionalizante em Administração e Controladoria pela Universidade Federal do Ceará. Especialização em Perícia Forense Aplicada à Informática pela AVM EDUCACIONAL LTDA. Graduação em Ciência da Computação pela Universidade de Fortaleza, Graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza, Gerente de Fiscalização da Tribunal de Contas do Estado do Ceará.

Érico Veras Marques

Doutorado em Administração de Empresas pela Fundação Getulio Vargas - SP. Mestrado em Administração de Empresas pela Fundação Getulio Vargas - SP. Especialização em Ciências da Computação Pela Universidade Federal da Paraíba. Especialização em Marketing pela Universidade Estadual do Ceará. Graduação em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Ceará. Graduação em

Informática pela Universidade de Fortaleza. Professor Associado IV da Universidade Federal do Ceará.

Jocildo Figueiredo Correia Neto

Doutorado em Administração de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas - SP. Mestrado em Administração de Empresas pela Universidade de Fortaleza. Graduação em Ciências da Computação pela Universidade Estadual do Ceará. Professor associado I da Universidade Federal do Ceará.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Referencial teórico; 2 Procedimentos metodológicos; 3 Resultados e discussões; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: A norma ISSAI 5300, desenvolvida pela Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI), possui o objetivo de ser uma referência global sobre os fundamentos da auditoria de tecnologia da informação (TI) para as entidades de fiscalização superiores. Nesse sentido, o presente trabalho objetivou analisar a aderência da fiscalização de TI do Tribunal de Contas do Estado do Ceará à esta norma. Trata-se de uma pesquisa qualitativa na qual foram realizadas entrevistas desenvolvidas com base na norma ISSAI 5300. O universo da pesquisa foi composto por gestores e auditores do Tribunal de Contas do Estado do Ceará. Para a análise dos resultados foi utilizada a análise de conteúdo. Os resultados da pesquisa apontaram que a boa prática mais relevante identificada foi utilizar matrizes pré-formatadas para as fases da auditoria, e o obstáculo mais relevante foi a pouca informação disponível previamente sobre a entidade ou objeto auditado. Conclui-se que é possível utilizar os resultados desta pesquisa como subsídio para a aderência à norma ISSAI 5300, por meio da execução de ações que alcancem a implementação de seus requisitos, mediante uso de boas práticas, assim como evitando possíveis obstáculos para o aprimoramento do controle externo de TI. Trabalhos futuros podem ampliar a abrangência desta pesquisa, replicando a metodologia para investigar os mesmos requisitos da norma ISSAI 5300 aprofundando a análise em outros Tribunais de Contas Estaduais do Brasil, nos Tribunais de Contas Municipais ou até mesmo no Tribunal de Contas da União.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal de contas do estado do Ceará. Auditoria em tecnologia da informação. Norma ISSAI 5300. Organização Internacional das Entidades Fiscalizadoras Superiores. Tecnologia da informação. Grupo de trabalho sobre auditoria em TI.

ABSTRACT: The ISSAI 5300 standard, developed by the International Organization of Supreme Audit Institutions (INTOSAI), aims to be a global reference on the fundamentals of information technology (IT) auditing for higher auditing entities. In this sense, the present study aimed to analyze the adherence of the IT inspection of the Court of Accounts of the State of Ceará to this standard. This is a qualitative research in which interviews were conducted based on the ISSAI 5300 standard. The universe of the research was composed of managers and auditors from the Court of Accounts of the State of Ceará. Content analysis was used to analyze the results. The results showed that the most relevant good practice identified was to use pre-formatted matrices for the audit phases, and the most relevant obstacle was the little information previously available about the audited entity or object. It is concluded that it is possible to use the results of this research as a subsidy for adherence to the ISSAI 5300 standard, through the execution of actions that reach the implementation of its requirements, through the use of good practices, as well as avoiding possible obstacles to the improvement of the external IT control. Future work may expand the scope of this research, replicating the methodology to investigate the same requirements of the ISSAI 5300 standard, deepening the analysis in other Courts of State Accounts of Brazil, in the Courts of Municipal Accounts or even in the Federal Court of Accounts.

KEYWORDS: Court of Accounts of the State of Ceará. Information technology audit. ISSAI 5300 Standard. International Organization of Supreme Audit Institutions. Information technology. Working Group on IT Audit.

INTRODUÇÃO

A tecnologia da informação (TI) representa uma importante função nas organizações, sejam elas privadas ou públicas. Isso ocorre, notadamente, devido ao fato de grande parte das transações serem registradas em ambientes informatizados. A TI caracteriza-se como um recurso capaz de suportar a atividade fim da entidade, proporcionando agilidade, mobilidade e suporte à tomada de decisão. O incremento da relevância da TI provoca a discussão sobre questões relacionadas ao crescimento de investimentos e ao valor que a área agrega à organização e a seus produtos e serviços (MENDONÇA, 2013).

Com a expansão do uso da informática pelo setor público, tornou-se notório o crescimento da modalidade de auditoria de informática ou de tecnologia da informação, como é mais conhecida. Consiste no processo

de coleta e avaliação de evidências para determinar se um sistema de computador foi projetado para manter a integridade dos dados, permitir que os objetivos organizacionais sejam efetivamente alcançados, identificando violações dos princípios de legalidade, eficiência e economia (MONTEIRO, 2008; ISMAIL; ABIDIN, 2009; INTOSAI, 2016).

De forma a auxiliar o aprimoramento do controle externo, entidades internacionais como a Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI) desenvolveram as normas internacionais de auditoria com o objetivo de estabelecer padrões técnicos e de comportamento. Com a adoção destas melhores práticas, a entidade fiscalizadora superior (EFS) pode atingir uma qualificação na condução dos trabalhos e a garantia de atuação suficiente e tecnicamente consistente do auditor e de sua opinião (TCU, 2017).

As normas internacionais de auditoria representam os requisitos básicos a serem apreciados no desenvolvimento do trabalho de auditoria. Tais normas devem ser percebidas como princípios e regras elaborados pelas entidades e organismos regulamentadores da área de controle e auditoria, que prescrevem orientações e diretrizes a serem observadas no desempenho da atividade fiscalizatória (TCU, 2017).

Reconhecida mundialmente, a INTOSAI expede padrões normativos de auditoria governamental, referendados pelos países-membro da Organização das Nações Unidas (ONU), incluindo o Brasil, representado pelo Tribunal de Contas da União (TCU). A INTOSAI possui status consultivo especial junto ao Conselho Econômico e Social (ECOSOC) das Nações Unidas (VALDELANDE, 2003; TCU, 2018).

O percurso para alcançar a excelência de qualidade no processo de auditoria está diretamente ligado à adoção e à implementação adequada dos mais elevados padrões internacionais aceitos, ou seja, as normas internacionais de auditoria da INTOSAI, mais conhecidas como ISSAIs, do inglês *International Standards of Supreme Audit Institutions* (AKYEL; ERKAN, 2012).

De fundamental relevância para esta pesquisa, destaca-se a norma ISSAI 5300, desenvolvida pelo *Working Group on IT Audit* (WGITA) da INTOSAI, um grupo de especialistas em tecnologia. Segundo consta em seu prefácio, o objetivo desta norma é ser uma referência global sobre os fundamentos da auditoria de TI. Ela aborda os princípios gerais, assim como a forma de atuação e a metodologia para os trabalhos na área (INTOSAI, 2016).

Diante do exposto, pode-se destacar que as EFS estão atuando cada vez mais na fiscalização dos gastos públicos investidos em segmentos específicos da administração pública, tais como a área de TI, obrigando os tribunais de contas a se especializarem e a se estruturarem de forma a viabilizar a fiscalização destes recursos.

Portanto, abre-se um campo de interesse para pesquisas acadêmicas acerca da situação da fiscalização de TI nos tribunais de contas estaduais do Brasil (TCEs), sobretudo quanto à aderência à norma ISSAI 5300 da INTOSAI. Desta forma, a questão de pesquisa é: qual é o cenário da fiscalização de tecnologia da informação no tribunal de contas do estado do Ceará quanto à aderência à norma ISSAI 5300 da INTOSAI?

Sendo assim, o objetivo geral da presente pesquisa é analisar a aderência à norma ISSAI 5300 da INTOSAI por parte do Tribunal de Contas do Estado do Ceará (TCE-CE).

Como forma de auxiliar o atingimento desse objetivo geral, a pesquisa tem como objetivos específicos identificar, na unidade de fiscalização de TI do TCE-CE, as boas práticas realizadas e os obstáculos enfrentados pela corte de contas cearense quanto à aderência aos requisitos da norma ISSAI 5300.

Para tanto, a pesquisa caracteriza-se como um estudo de caso único. A forma de coleta de dados se deu por meio da aplicação de entrevistas junto a analistas e auditores de TI do TCE-CE, e a análise das respostas usou análise de conteúdo.

Este artigo está dividido em seções. Além desta seção introdutória, a segunda seção apresenta o referencial teórico necessário à fundamentação para a realização da pesquisa empírica. A terceira seção demonstra os procedimentos metodológicos adotados. Na sequência, a quarta seção apresenta os resultados, bem como a sua análise e discussão. O trabalho é concluído com a seção contendo as considerações finais, explorando contribuições, limitações e oportunidades de estudos futuras.

1 REFERENCIAL TEÓRICO

O controle pode ser definido como uma das funções administrativas clássicas, quais sejam: planejar, coordenar, supervisionar, executar e controlar. Ele corresponde às atividades de verificar uma ocorrência (realidade) e de compará-la a determinado padrão ou parâmetro (CHAVES, 2009).

No Brasil, a titularidade do controle externo pertence ao poder legislativo, ou seja, compete a esse poder a missão de controle externo das contas públicas, auxiliado pelo tribunal de contas, na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (BRASIL, 1988). O agente do controle externo, por assim dizer, é o Tribunal de Contas da União (TCU) e os respectivos tribunais de contas dos estados e municípios, quando for o caso, em suas respectivas esferas de atuação.

No que tange à função fiscalizadora, o TCU (2011) acrescenta que a fiscalização é a forma de atuação pela qual são alocados recursos humanos e materiais voltados para a avaliação da gestão dos recursos públicos, podendo ser feitas por iniciativa própria ou em decorrência de solicitação do Congresso Nacional.

As tecnologias de informação e comunicação (TIC) têm se difundido pelo setor governamental por meio do *e-gov* ou governo eletrônico, representado pela informatização de suas atividades internas e pela comunicação com o público externo, ou seja, os cidadãos, fornecedores, empresas, ou outros setores do governo e da sociedade (PINHO, 2008).

De acordo com Leão (2012), no setor público, a TI é especialmente relevante porque suporta decisões relativas a políticas públicas e aplicação de recursos públicos. Desta forma, são decisões que afetam diretamente a vida de muitas pessoas, ou mesmo de toda a sociedade. Nesse sentido, pode-se dizer que o uso da TI é estratégico para os governos.

Com a expansão do uso da informática pelo setor público, é instintivo o crescimento de uma nova modalidade de auditoria de cunho operacional, a auditoria de informática ou auditoria de sistemas de informação ou auditoria de Tecnologia da Informação, como é mais conhecida (MONTEIRO, 2008).

No entendimento da INTOSAI (2016), auditoria de TI pode ser definida como o exame e a revisão de sistemas de TI e controles relacionados para obter garantia ou identificar violações dos princípios de legalidade, eficiência, economia e eficácia do sistema de TI e controles relacionados.

Diante deste contexto, Hanashiro (2007) defende que a TI na administração pública precisa ser objeto de ações de controle, de forma a garantir que os critérios da informação sejam atendidos, contribuindo para a eficácia, eficiência e economicidade dos serviços públicos, bem como para a prevenção de irregularidades, desvios e perdas de recursos.

A auditoria de TI é, portanto, um termo amplo que permeia as auditorias financeiras, auditorias de conformidade (avaliação de controles internos) e auditorias de desempenho, buscando avaliar se os sistemas de TI atendem às necessidades dos usuários e não sujeitam a entidade a riscos desnecessários. No entanto, de acordo com INTOSAI (2016), pode haver casos nos quais algumas auditorias podem ser dedicadas apenas ao componente de TI de um sistema.

De forma a contribuir para que os tribunais de contas efetuem este controle externo na defesa dos princípios de boa governança, transparência e prestação de contas, respondendo às expectativas e às necessidades dos cidadãos, algumas entidades desenvolveram normas internacionais de auditoria.

Dentre as instituições internacionais destaca-se a *International Organization of Supreme Audit Institutions* (Organização Internacional das Entidades Fiscalizadoras Superiores), conhecida como INTOSAI, que é uma organização internacional não governamental, autônoma, independente e não política. A entidade expede padrões normativos de auditoria governamental, referendados pelos países-membro da Organização das Nações Unidas (ONU), incluindo o Brasil, por meio do Tribunal de Contas da União (TCU).

A INTOSAI emitiu a norma ISSAI 5300, com o objetivo de ser um princípio global sobre os fundamentos da auditoria de TI. Ela abrange os princípios gerais, assim como a abordagem e a metodologia para realizar auditorias de TI (INTOSAI, 2016). A norma foi desenvolvida pelo *Working Group on IT Audit* (WGITA) da INTOSAI, um grupo de especialistas em tecnologia, tendo a Índia como líder e Brasil, Indonésia, Japão, Noruega, Polônia e EUA como membros (WGITA, 2016).

De acordo com INTOSAI (2016), esta norma pretende atuar como um guia para as entidades fiscalizadoras superiores (EFSS) para realizar auditorias de TI, desenvolvendo sua capacidade em auditar e utilizar recursos limitados de auditoria de TI para fornecer uma garantia às entidades auditadas, ao governo e à sociedade sobre integridade, confiabilidade e valor para os recursos investidos em implementações de TI.

Por ser uma norma de nível específico, o material da ISSAI 5300 foi dividido em duas categorias. A primeira é a de requisitos, que são essenciais para a realização de uma auditoria de TI de boa qualidade. A segunda é a de explicações, que esclarecem os requisitos

em termos mais gerais. Isso foi feito para garantir que a ISSAI mantenha sua principal função de fornecer orientação de apoio geral (INTOSAI, 2016).

2 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O presente trabalho enquadra-se como descritivo. Quanto à abordagem da pesquisa, por ser um estudo de caso, caracteriza-se como qualitativa, fazendo uso da aplicação de entrevistas semiestruturadas para coleta de dados.

Os dados qualitativos foram obtidos a partir da aplicação de entrevistas semiestruturadas, nas quais as questões relacionaram-se com os requisitos da norma ISSAI 5300, devendo os entrevistados indicarem, para cada requisito, de que forma o Tribunal de Contas do Estado do Ceará (TCE-CE) o implementou, as boas práticas utilizadas, os obstáculos enfrentados e os documentos que poderiam servir de embasamento para a resposta.

Vale ressaltar que o TCE-CE foi escolhido para o estudo de caso por possuir o setor de fiscalização de tecnologia da informação (TI) estruturado desde 2009 e pela proximidade geográfica com os pesquisadores deste estudo.

O alto nível técnico do assunto abordado na entrevista, necessitando conhecimento especializado assim como a dificuldade em compatibilizar as agendas, tiveram como consequência a viabilidade de entrevistar poucos gestores e auditores na entidade. Entretanto, esta limitação não invalidou os resultados alcançados nem as contribuições esperadas, já que houve clara saturação nas respostas obtidas.

As entrevistas semiestruturadas foram aplicadas aos gestores do controle externo e aos analistas/auditores de TI. Os primeiros por exercerem papel gerencial/estratégico e os segundos por conhecerem a fundo as nuances do setor de fiscalização de TI. Sendo assim, este processo teve como objetivo identificar as percepções subjetivas que os gestores e auditores tinham com relação às boas práticas realizadas e aos obstáculos enfrentados pelo TCE-CE quanto a esta área de auditoria.

Foi solicitado aos respondentes que discorressem sobre a percepção que eles tinham sobre cada um dos requisitos da norma ISSAI 5300, as

boas práticas realizadas e os obstáculos enfrentados pelo TCE-CE na implementação destes requisitos, assim como elencar os documentos que poderiam servir de embasamento para suas respostas.

A próxima etapa foi a análise dos dados coletados nas entrevistas semiestruturadas, de forma a identificar as boas práticas realizadas e os obstáculos enfrentados pelo TCE-CE. O procedimento de identificação das boas práticas foi realizado a partir das transcrições das entrevistas, mais especificamente nas informações prestadas quando se solicitou que fossem citadas quais boas práticas foram utilizadas pelo TCE-CE para a implementação de determinado requisito (BARDIN, 2011).

As boas práticas citadas pelos entrevistados foram agrupadas de acordo com os temas ou categorias estabelecidas, tomando-se por base as falas dos entrevistados. Câmara (2013) apresentou a técnica na qual as categorias são definidas com base nos conteúdos verbalizados e com um certo refinamento gramatical de forma. A flexibilização da técnica foi utilizada no momento em que cada categoria identificada representou uma boa prática.

Uma vez identificadas as boas práticas, foi então realizado o procedimento de contagem das citações obtida por cada uma, tanto em relação à quantidade de requisitos à qual foi associada, como também na quantidade de vezes que foi citada pelos entrevistados. O mesmo procedimento foi realizado para a identificação dos obstáculos enfrentados.

Finalmente, foi utilizado um fator de relevância para identificar as principais boas práticas utilizadas e os principais obstáculos enfrentados pelo TCE-CE. O fator foi composto pela quantidade de requisitos ao qual a categoria (boa prática ou obstáculo) foi associada, na qual consideraram-se aquelas com 3 ou mais associações. Outro aspecto considerado no fator de relevância foi a quantidade de citações, sendo consideradas aquelas boas práticas citadas 5 ou mais vezes e os obstáculos com 4 ou mais citações.

De forma a facilitar a compreensão desta metodologia, pode-se citar o seguinte exemplo. Ao analisar as respostas dos entrevistados verificou-se que a boa prática “*Realização de concurso com cargo específico de auditor de TI*” foi encontrada nas respostas de 3 (três) perguntas (requisitos), sendo citada no total de 7 vezes. Cada boa prática só foi computada uma única vez para cada par “respondente-pergunta”.

No exemplo anterior, a boa prática foi considerada relevante, uma vez que foi encontrada em 3 ou mais requisitos e foi citada 5 ou mais vezes, conforme a metodologia utilizada.

3 RESULTADOS E DISCUSSÕES

De forma a viabilizar o estudo de caso na corte de contas cearense, foram entrevistados quatro servidores. Destes, dois participaram da implantação do setor e atualmente trabalham como gestores em outros setores da instituição, sendo identificados nesta análise como “gestores”. Os outros dois entrevistados são auditores de tecnologia da informação (TI) atualmente lotados no setor e trabalham realizando fiscalização na área de TI, sendo, portanto, identificados como “auditores”.

O roteiro de entrevista semiestruturada foi desenvolvido a partir dos requisitos da norma ISSAI 5300 da INTOSAI. Os entrevistados indicaram, para cada requisito, de que forma o Tribunal de Contas do Estado do Ceará (TCE-CE) o implementou, quais as boas práticas utilizadas, quais os obstáculos enfrentados e quais documentos poderiam servir de embasamento para a resposta.

A Tabela 1 a seguir apresenta as boas práticas mais relevantes identificadas nas entrevistas com os gestores e auditores de TI do TCE-CE. Adicionalmente, para cada boa prática, são apresentadas as quantidades de citações e de requisitos aos quais ela foi associada, os requisitos, e, para cada um destes, a quantidade de vezes que a boa prática foi citada.

Tabela 1 - Boas práticas identificadas no TCE-CE.

Boas práticas identificadas	Qtde. citações	Qtde. requisitos	Requisitos / Questões	Qtde. citações
Utilização de matrizes pré-formatadas para as fases da auditoria.	9	5	Q03. Documentação	1
			Q16. Evidência da auditoria	1
			Q17. Execução da auditoria - recolher provas de auditoria	3
			Q19. Casos de fraude, corrupção e outras irregularidades	1
			Q22. Técnicas	3
Estrutura de pastas na rede para armazenamento de papéis de trabalho.	6	4	Q03. Documentação	1
			Q16. Evidência da auditoria	2
			Q17. Execução da auditoria - recolher provas de auditoria	2
			Q22. Técnicas	1
Realização de concurso com cargo específico de auditor de TI.	7	3	Q04. Competência	4
			Q12. Capacidades de uma EFS para realizar auditorias de TI	2
			Q13. Alocação de recursos	1
Levantamento de risco do auditado previsto no manual de auditoria do TCE-CE.	5	3	Q01. Abordagem baseada em risco	2
			Q05. Planejando auditorias de TI	1
			Q10. Objetivos da auditoria de TI	2
Oferta de cursos, incluindo pós-graduação na área de auditoria.	5	3	Q04. Competência	2
			Q12. Capacidades de uma EFS para realizar auditorias de TI	2
			Q24. Relatórios	1
Utilização de metodologia de seleção de auditorias de TI.	5	3	Q01. Abordagem baseada em risco	1
			Q02. Materialidade	3
			Q05. Planejando auditorias de TI	1
Utilização de regras de nomenclatura de documentos previstas em manual.	3	3	Q03. Documentação	1
			Q16. Evidência da auditoria	1
			Q17. Execução da auditoria - recolher provas de auditoria	1

Fonte: Elaborado pelos autores.

De acordo com a análise dos dados, a boa prática mais relevante foi a utilização de matrizes pré-formatadas para as fases da auditoria. Analisando a forma de implementação dos requisitos relatada pelos entrevistados,

percebe-se a importância desta prática, conforme demonstrado nas seguintes transcrições:

As evidências são documentadas na matriz de achados assim como armazenadas e compartilhadas na estrutura de pastas da auditoria. (AUDITOR 02)

Há a exigência no manual de auditoria do TCE-CE da elaboração e manutenção dos papéis de trabalho da auditoria e arquivamento em local seguro e acessível ... utiliza as técnicas de coleta de evidências durante o trabalho de auditoria e registra na matriz de achados. (GESTOR 02).

Foi realizada a análise documental no manual de auditoria do TCE-CE, no qual foi constatada a existência dos capítulos “8 Elaboração da matriz de planejamento”, “10 Elaboração da matriz de achados” e “11 Elaboração da matriz de responsabilização”. Este fato corrobora com as respostas obtidas dos entrevistados, ressaltando a importância desta boa prática para a instituição.

A próxima boa prática identificada diz respeito à estrutura de pastas na rede para armazenamento de papéis de trabalho. Ao analisar a implementação dos requisitos relatada pelos entrevistados, percebe-se a importância desta prática, conforme demonstrado nas transcrições:

Os achados de auditoria são evidenciados por meio de documentos comprobatórios que são organizados nas pastas de auditoria. (AUDITOR 01)

As evidências são documentadas na matriz de achados assim como armazenadas e compartilhadas na estrutura de pastas da auditoria. (AUDITOR 02)

Há a exigência no manual de auditoria do TCE-CE da elaboração e manutenção dos papéis de trabalho da auditoria e arquivamento em local seguro e acessível. (GESTOR 02).

Percebe-se, a partir das respostas dos entrevistados, que a utilização de uma estrutura de pastas na rede para armazenamento de papéis de trabalho pode ser considerada uma boa prática de grande relevância para o TCE-CE, inclusive pelo fato dessa prática ser prevista no manual de auditoria da instituição.

Foi realizada a análise documental no manual de auditoria do TCE-CE, no qual foi constatada a existência seção “6.9 Destinação e guarda dos documentos de auditoria”. Outro documento citado pelos entrevistados é a nota técnica sobre a documentação da auditoria, que formaliza a estrutura de pastas assim como a nomenclatura dos arquivos. Este fato corrobora com as respostas obtidas dos entrevistados, reforçando a importância desta boa prática para a instituição.

A boa prática seguinte diz respeito à realização de concurso com cargo específico de auditor de TI. A seguir, foram transcritas as partes das entrevistas em que os gestores e os auditores ressaltaram a importância desta prática:

Através dos servidores advindos do concurso com cargo específico de auditor de TI. (AUDITOR 01)

Realização de concurso com cargo específico de auditor de TI. (AUDITOR 02)

São profissionais selecionados por concurso público e são, dentro das possibilidades, sempre capacitados sobre as novas ferramentas e técnicas da área de auditoria de TI. (GESTOR 01)

Os membros da equipe de auditoria de TI são obrigatoriamente servidores de carreira. (GESTOR 02)

Adicionalmente, os entrevistados citaram que nos últimos anos foram realizados dois concursos públicos contemplando o cargo de analista de controle externo de TI, um em 2008, com 6 vagas, e outro em 2015, com 2 vagas. Foi realizada uma verificação nos editais dos respectivos concursos que comprovaram estas informações.

A próxima boa prática identificada diz respeito ao levantamento de risco do auditado ser previsto no manual de auditoria do TCE-CE. Ao analisar a implementação dos requisitos relatada pelos entrevistados, nota-se a importância da realização da prática, conforme demonstrado nas seguintes transcrições:

Os objetivos são definidos a partir da elaboração da matriz de risco para as auditorias. (AUDITOR 01)

Levantamento de riscos do auditado realizado durante as auditorias com base no manual de auditoria do TCE-CE. (AUDITOR 02)

Nas auditorias operacionais de TI, são realizadas a análise de risco do objeto auditado. (GESTOR 02)

Uma análise documental no manual de auditoria do TCE-CE foi realizada de forma a reforçar as informações coletadas nas entrevistas, em que foi constatada a existência da seção “7.3 Inventário de riscos e controles”.

O manual prevê que o auditor deve identificar o objetivo da atividade exercida pelo auditado, identificar o risco inerente àquela atividade, questionando o que pode dar errado, verificar que tipo de controle existe para tratar o risco e avaliar sucintamente se o controle é suficiente para mitigar os riscos. Este fato corrobora com as respostas obtidas dos entrevistados, reforçando a importância desta boa prática para a instituição.

A boa prática seguinte diz respeito à oferta de cursos incluindo pós-graduação na área de auditoria. Ao analisar a implementação dos requisitos relatada pelos entrevistados, percebe-se a importância desta prática, conforme demonstrado nas transcrições a seguir:

São profissionais selecionados por concurso público e são, dentro das possibilidades, capacitados sobre as novas ferramentas e técnicas da área de auditoria. (GESTOR 01)

O tribunal busca capacitar indistintamente os auditores, estando estes aptos a atuar em quaisquer fases dos trabalhos de fiscalização. (GESTOR 02)

Adicionalmente, os entrevistados informaram que os cursos são ofertados pelo Instituto Escola Superior de Contas e Gestão Ministro Plácido Castelo, pertencente ao TCE-CE. Ao visitar o sítio eletrônico da escola (<http://www.ipc.tce.ce.gov.br/>), pode-se visualizar a lista de cursos ofertados, incluindo cursos especializados em auditoria.

A próxima boa prática identificada diz respeito à utilização de metodologia de seleção de auditorias de TI. A seguir, foram transcritas as partes das entrevistas nas quais os gestores ressaltaram a importância desta prática:

A partir de uma metodologia citada no documento Metodologia para Seleção de Auditorias de Tecnologia da Informação no TCE-CE. (GESTOR 01)

Utilização da Metodologia de Seleção de Auditoria, onde um dos critérios é o risco. (GESTOR 02)

Foi realizada a análise documental na Metodologia para Seleção de Auditorias de Tecnologia da Informação do TCE-CE, que define os critérios de seleção dos trabalhos de fiscalização de TI. Este fato corrobora com as respostas obtidas dos entrevistados, reforçando a importância desta boa prática para a instituição.

A boa prática seguinte diz respeito à utilização de regras de nomenclatura de documentos. A seguir, foram transcritas as partes das entrevistas em que os gestores ressaltaram a importância desta prática:

Foi utilizado um procedimento formal e manualizado para a execução de todas as etapas da auditoria, que indicam uma série de documentos que devem ser elaborados, nomeados e armazenados pela equipe de auditoria... Os achados de auditoria são evidenciados por meio de documentos comprobatórios que são organizados nas pastas de auditoria. (AUDITOR 01)

Utilização de sistemas de pastas organizadas e nomenclatura para armazenar todos os documentos da auditoria. (AUDITOR 02)

Existe um servidor de arquivos estruturado em forma de pastas, onde os papéis de trabalho são organizados e armazenados... Há a exigência no manual de auditoria do TCE-CE da elaboração e manutenção dos papéis de trabalho da auditoria e arquivamento em local organizado, seguro e acessível. (GESTOR 02)

Foi realizada a análise documental na Nota Técnica Secex nº 04, que define as diretrizes para a codificação, indexação e guarda da documentação de auditoria, formalizando a estrutura de pastas assim como a nomenclatura dos arquivos. Este fato corrobora com as respostas obtidas dos entrevistados, reforçando a importância desta boa prática para a instituição.

A Tabela 2 a seguir apresenta os obstáculos mais relevantes identificados nas entrevistas com os gestores e auditores de TI do TCE-CE. Adicionalmente, para cada obstáculo, foram apresentadas as quantidades de citações e de requisitos aos quais ele foi associado, os requisitos e, para cada um destes, a quantidade de vezes que o obstáculo foi citado.

Tabela 2 - Obstáculos identificados no TCE-CE.

Obstáculos identificados	Qtde. citações	Qtde. requisitos	Requisitos / Questões	Qtde. citações
Pouca informação disponível previamente sobre a entidade ou objeto auditado.	6	5	Q01. Abordagem baseada em risco	2
			Q05. Planejando auditorias de TI	1
			Q10. Objetivos da auditoria de TI	1
			Q11. Escopo da auditoria de TI	1
			Q20. Limitações	1
Carência de capacitação em normas e em objetos específicos de auditoria de TI.	6	3	Q04. Competência	2
			Q12. Capacidades de uma EFS para realizar auditorias de TI	2
			Q13. Alocação de recursos	2
Eventual restrição financeira.	4	3	Q12. Capacidades de uma EFS para realizar auditorias de TI	1
			Q13. Alocação de recursos	1
			Q14. Envolvendo recursos externos	2
Inexistência de um sistema automatizado para a nomenclatura dos documentos.	3	3	Q03. Documentação	1
			Q16. Evidência da auditoria	1
			Q17. Execução da auditoria - recolher provas de auditoria	1
Falta de atualização do plano estratégico de auditoria de TI.	6	2	Q06. Planejamento estratégico de auditoria de TI	3
			Q07. Planejamento anual da auditoria de TI	3
Falta de um sistema para consulta das contratações de TI.	4	2	Q02. Materialidade	3
			Q09. Selecionando amostra apropriada para auditoria de TI	1
Setor especializado com equipe de auditores de TI reduzida.	4	2	Q12. Capacidades de uma EFS para realizar auditorias de TI	2
			Q13. Alocação de recursos	2

Fonte: Elaborado pelos autores.

De acordo com a análise dos dados, o obstáculo mais relevante foi o relacionado à pouca informação disponível previamente sobre a entidade ou objeto auditado. Ao analisar a implementação dos requisitos relatada pelos entrevistados, percebe-se que os obstáculos citados estão diretamente relacionados com os procedimentos, podendo influenciar negativamente ou, até mesmo, inviabilizar a sua implementação, conforme demonstrado nas seguintes transcrições:

Os objetivos são definidos a partir da elaboração da Matriz de Risco para as auditorias. (AUDITOR 01)

Levantamento de riscos do auditado realizado durante as auditorias com base no manual de auditoria do TCE-CE. (AUDITOR 02)

Nas auditorias operacionais de TI são realizadas a análise de risco do objeto auditado. (GESTOR 02)

De fato, a falta de informação prévia sobre o auditado ou objeto auditado pode afetar o resultado do levantamento de riscos, que deve ser feito em relação aos riscos inerentes às atividades do auditado.

O fato de haver carência de capacitação em normas e em objetos específicos de auditoria de TI foi citado como sendo outro obstáculo relevante. A seguir, foram transcritas as partes das entrevistas dos gestores e auditores, em que se percebe que o obstáculo está diretamente relacionado aos procedimentos, podendo influenciar negativamente ou, até mesmo, inviabilizar a sua implementação, conforme demonstrado nas transcrições a seguir:

Através dos servidores advindos do concurso com cargo específico de auditor de TI. (AUDITOR 01)

Realização de concurso com cargo específico de auditor de TI. (AUDITOR 02)

São profissionais selecionados por concurso público e são, dentro das possibilidades, capacitados sobre as novas ferramentas e técnicas da área de auditoria. (GESTOR 01)

De fato, a carência de capacitação em normas e em objetos específicos de auditoria de TI pode afetar o desempenho dos servidores nos trabalhos de fiscalização, sendo recomendado que os auditores estejam capacitados e atualizados sobre as normas e objetos específicos de TI.

Outro obstáculo identificado diz respeito ao fato de haver uma eventual restrição financeira. Ao analisar a implementação dos requisitos relatada pelos entrevistados, percebe-se que o obstáculo está diretamente relacionado aos procedimentos, podendo influenciar negativamente ou, até mesmo, inviabilizar a sua implementação. Veja as transcrições que confirmam isso:

O tribunal possui um setor específico para a realização das auditorias de TI, ainda não foi necessário envolver recursos externos. (AUDITOR 02)

Há a previsão no manual de auditoria de TI para a utilização de especialistas externos à área para a realização de estudos técnicos caso seja necessário. (GESTOR 02)

Neste caso, uma eventual restrição financeira pode afetar negativamente uma possível contratação de recursos externos para auxiliar os trabalhos de fiscalização de auditoria de TI, ocasionando um atraso ou inviabilizando a opção de se utilizar este apoio externo.

O fato de não haver um sistema automatizado para a nomenclatura dos documentos foi identificado como outro obstáculo relevante. A seguir, foram transcritas as partes das entrevistas dos gestores e auditores onde percebe-se que o obstáculo está diretamente relacionado aos procedimentos:

Foi utilizado um procedimento formal e manualizado para a execução de todas as etapas da auditoria, que indicam uma série de documentos que devem ser elaborados, nomeados e armazenados pela equipe de auditoria. (AUDITOR 01)

Utilização de sistemas de pastas organizadas e nomenclatura para armazenar todos os documentos da auditoria. (AUDITOR 02)

Existe um servidor de arquivos estruturado em forma de pastas, onde os papéis de trabalho são organizados e armazenados. (GESTOR 02)

De fato, considerando que toda a documentação da auditoria deve ser organizada e armazenada em uma estrutura de pastas, a inexistência de um sistema automatizado para a nomenclatura dos documentos pode afetar negativamente esse procedimento realizado pelos auditores, seja por um possível equívoco na nomenclatura ou por tornar o processo mais lento.

Outro obstáculo identificado diz respeito à falta de atualização do plano estratégico de auditoria de TI. Ao analisar a implementação dos requisitos relatada pelos entrevistados, percebem-se obstáculos diretamente relacionados aos procedimentos:

Foi realizado um Plano Estratégico de Auditoria de TI mas o mesmo encontra-se desatualizado. (AUDITOR 01)

Existe, mas encontra-se desatualizado e não está disponibilizado para consulta na intranet do tribunal. (GESTOR 01)

O manual de auditoria de TI foi realizado de forma alinhada ao Planejamento Estratégico de Auditoria de TI... O Plano Semestral de Auditoria de TI é realizado em conformidade com o Plano Estratégico Institucional, em virtude do Plano Estratégico de Auditoria de TI encontrar-se desatualizado. (GESTOR 02)

Percebe-se, de acordo com as respostas dos entrevistados, que a instituição possui um plano estratégico de auditoria de TI para o setor responsável por esta fiscalização específica e que este documento serviu de embasamento para o desenvolvimento do manual de auditoria de TI. Entretanto, o plano semestral de auditoria de TI não é realizado de forma alinhada ao plano estratégico de auditoria de TI, por este encontrar-se desatualizado.

A falta de um sistema para consulta das contratações de TI foi citada como outro obstáculo relevante. A seguir, foram transcritas as partes das entrevistas dos gestores e auditores nas quais percebe-se isso:

Utilização de relatório fornecido pelo setor de informações estratégicas para definição da amostragem em auditorias, utilizando critério de materialidade. (AUDITOR 02)

Utilização da Metodologia de Seleção de Auditoria, onde um dos critérios é o risco. (GESTOR 01)

Consulta a base de dados com o apoio da assessoria de informações estratégicas. (GESTOR 02)

Nota-se, a partir das respostas dos entrevistados, que grande parte das informações utilizadas pelo setor de fiscalização de TI advém do setor de informações estratégicas da instituição. Este fato é justificado pela

falta de um sistema para consultas que subsidie o setor com informações sobre contratações de TI.

Outro obstáculo identificado diz respeito à reduzida equipe de auditores de TI do setor especializado. Ao analisar a implementação dos requisitos relatada pelos entrevistados, percebe-se que os obstáculos citados estão diretamente relacionados aos procedimentos, podendo influenciar negativamente ou até mesmo inviabilizar a sua implementação, conforme demonstrado nas transcrições:

O tribunal utiliza uma equipe específica da área de auditoria de TI. (AUDITOR 01)

O tribunal assegura a capacidade através de uma equipe específica da área de auditoria de TI...O tribunal possui um setor específico para a realização das auditorias de TI. (AUDITOR 02)

Selecionando profissionais por meio de concurso público específico para a área de auditoria de TI. (GESTOR 01)

A partir da realização de concurso para área especializada. (GESTOR 02)

Neste caso específico, os entrevistados relataram que alguns auditores de TI contratados por concurso encontram-se lotados em outros setores para desempenhar funções gerenciais. Os entrevistados informaram que, no setor responsável por auditar TI, encontravam-se lotados somente 2 auditores de TI exercendo a função fiscalizatória.

4 CONCLUSÕES

Nesta pesquisa, foi realizado um estudo de caso no Tribunal de Contas do Estado do Ceará (TCE-CE), com o objetivo de identificar e analisar as boas práticas realizadas e os obstáculos enfrentados pelo órgão, na implementação de ações relacionadas aos requisitos da norma ISSAI 5300 da Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI).

Identificou-se que as boas práticas mais relevantes realizadas pelo TCE-CE quanto à implementação dos requisitos da norma ISSAI 5300 foram a utilização de matrizes pré-formatadas para as fases da auditoria; a estrutura de pastas na rede para armazenamento de

papéis de trabalho; a realização de concurso com cargo específico de auditor de TI; o levantamento de risco do auditado previsto no manual de auditoria do TCE-CE; a oferta de cursos, incluindo pós-graduação na área de auditoria; a utilização de regras de nomenclatura de documentos previstas em manual; e a utilização de metodologia de seleção de auditorias de TI.

Quanto aos obstáculos mais relevantes enfrentados pelo TCE-CE na implementação dos requisitos da norma ISSAI 5300, foram identificados os seguintes: pouca informação disponível previamente sobre a entidade ou objeto auditado; carência de capacitação em normas e em objetos específicos de auditoria de TI; eventual restrição financeira; inexistência de um sistema automatizado para a nomenclatura dos documentos; falta de atualização do Plano Estratégico de Auditoria de TI; falta de um sistema para consulta das contratações de TI; e setor especializado com equipe de auditores de TI reduzida.

A presente pesquisa buscou identificar as boas práticas realizadas e os obstáculos enfrentados pelo TCE-CE quanto à implementação dos requisitos da norma ISSAI 5300 da INTOSAI. Estas informações serão úteis para auxiliar as cortes de contas na estruturação dos seus setores de fiscalização de tecnologia da informação, uma vez que estas poderão se utilizar das boas práticas assim como buscar meios de evitar os obstáculos identificados no TCE-CE.

Vale ressaltar que o TCE-CE aderiu às Normas Brasileiras de Auditoria do Setor Público (NBASP) em 10 de julho de 2018. A corte estipulou um prazo de até dois anos para realizar os ajustes necessários nas práticas em vigor, a fim de alinhá-las ao novo modelo. Este fato pode ser considerando um grande passo para conduzir a corte de contas cearense no processo de convergência às Normas Internacionais de Auditoria das Entidades Fiscalizadoras Superiores emitidas pela INTOSAI.

Por fim, conclui-se que a implementação dos requisitos de uma norma internacional de auditoria é um processo importante para que os tribunais de contas possam realizar o trabalho de fiscalização com excelência. De forma a auxiliar o caminho em busca da melhoria da qualidade da fiscalização de TI, as cortes de contas têm a seu favor a norma ISSAI 5300 da INTOSAI. Além disso, estudos acadêmicos como este, podem auxiliar na implementação dos requisitos das normas, por indicarem boas práticas a serem seguidas e obstáculos a serem evitados.

Trabalhos futuros podem ampliar a abrangência da pesquisa, replicando a metodologia para investigar os mesmos itens do questionário estruturado aprofundando a análise em outros tribunais de contas estaduais do Brasil, nos tribunais de contas municipais ou até mesmo no tribunal de contas da união.

REFERÊNCIAS

- AKYEL, R.; ERKAN, B. Achieving Success In Assimilation And Implementation Of The Issais. *Cukurova University Social Sciences Institute Magazine*, Turkey, v. 21, n. 3, p. 1-16, 2012.
- BARDIN, L. *Análise de conteúdo*. 3. reimp. Lisboa: Edições, v. 70, 2011.
- BRASIL. *Constituição Federal*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 out. 1998.
- CÂMARA, R. H. Análise de conteúdo: da teoria à prática em pesquisas sociais aplicadas às organizações. Gerais: *Revista Interinstitucional de Psicologia*, v. 6, n. 2, p. 179-191, 2013.
- CHAVES, F. E. C. *Controle externo da gestão pública: a fiscalização pelo legislativo e pelos tribunais de contas*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2009.
- HANASHIRO, M. *Metodologia para desenvolvimento de Procedimentos e Planejamento de Auditorias de TI aplicada à Administração Pública Federal*. 2007. 166 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Engenharia Elétrica. Faculdade de Tecnologia, Departamento de Engenharia Elétrica, Universidade de Brasília, Brasília, 2007.
- INTOSAI. ISSAI 5300: *Guidelines on IT Audit*. 2016. Disponível em: <http://www.issai.org/en_us/site-issai/issai-framework/4-auditing-guidelines.htm>, Acesso em: mar/2018.
- ISMAIL, N. A.; ABIDIN, A. Z. Perception towards the importance and knowledge of information technology among auditors in Malaysia. *Journal of Accounting and Taxation*, v. 1, n. 4, p. 61, 2009.
- LEÃO, P. A. S. Auditoria de Tecnologia da Informação - A experiência do TCE-CE. *Revista Controle - doutrinas e artigos*, v. 10, n. 1, p. 141-168, 2012.
- MENDONÇA, C. M. C.; GUERRA, L. C. B.; SOUZA NETO, M. V.; ARAÚJO, A. G. Governança de tecnologia da informação: um estudo

do processo decisório em organizações públicas e privadas. *Revista de Administração Pública*, v. 47, n. 2, p. 443-468, 2013.

MONTEIRO, G. B. *Auditoria de tecnologia da informação na administração pública no âmbito dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro*. 2008. Tese de Doutorado. 132 f. Tese (Doutorado) - Curso de Mestrado em Administração Pública. Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas. Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2008.

PINHO, J. A. G. *Investigando portais de governo eletrônico de estados no Brasil: muita tecnologia, pouca democracia*. Revista da Administração Pública. Rio de Janeiro. Maio/Jun, 2008.

TCU - Tribunal de Contas da União. *Auditoria Governamental*. Instituto Serzedello Corrêa, Brasília, 2011.

_____. *Funcionamento do TCU*. 2017. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/institucional/conheca_tcu/institucional_funcionamento>. Acesso em: nov/2017.

_____. *Relações internacionais: Organizações Internacionais às quais o TCU integra*. 2018. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/relacoes-institucionais/relacoes-internacionais/#intosai>>. Acesso em: abr/2018.

VALDELANDE, V. M. La Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores - INTOSAI. *Auditoría Pública*, n. 30, p. 86-94, 2003.

WGITA. Final report on Project 5: Development of ISSAI-5300 on 'Guidelines on IT Audits'. 25th Meeting of the INTOSAI *Working Group on IT Audit*. Brazil, 2016.

Recebido em: 27/02/2020

Aprovado em: 20/05/2020

PRISÕES BRASILEIRAS SOB A ÓTICA DOS ATOS NORMATIVOS INTERNACIONAIS: O DEPOSITÁRIO INFIEL E O INFRATOR DO ISOLAMENTO SOCIAL EM TEMPOS DE PANDEMIA

***BRAZILIAN PRISONS FROM THE POINTE OF VIEW OF
INTERNATIONAL NORMATIVE ACTS: THE INFIDELIAL
DEPOSITARY AND THE INFRACTOR OF SOCIAL
ISOLATION IN PANDEMIC TIME***

Rogério Piccino Braga

Pós-doutorado no Ius Gentium Conimbrigae da Universidade de Coimbra, Doutor em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru. Pós-graduado em Direito Municipal. Professor Universitário na Universidade Norte do Paraná - Unopar (Bandeirantes/PR) e na Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP/Jacarezinho. Advogado.

Leonardo Bocchi Costa

Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP)

SUMÁRIO: Introdução; 1. A prisão civil como meio coercitivo para o adimplemento de obrigações; 2. Tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira e prisão civil de depositário infiel; 3. Jurisprudência do supremo tribunal federal e tratados internacionais de direitos humanos; 4. Consequências trazidas pela implementação da teoria do duplo estatuto e suas contradições jurídicas; Considerações finais; Referências bibliográficas..

RESUMO: O presente estudo tem como finalidade a análise acerca das consequências trazidas pela adoção da teoria do duplo estatuto dos direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal, decisão que atribuiu aos tratados internacionais de direitos humanos não ratificados pelo rito da PEC o status normativo supralegal e declarou a ilegalidade da prisão civil de depositário infiel. Para isso, será discutida a natureza jurídica da prisão civil, buscando diferenciá-la da prisão processual e da prisão penal, tendo em vista suas características e disposições diferenciadas. Além disso, abordar-se-ão as teorias do status normativo dos tratados internacionais de direitos humanos, sendo elaborada uma análise histórica das decisões jurisprudenciais proferidas pelo STF nesse sentido. Por fim, realizar-se-á análise crítica acerca das consequências trazidas pela atribuição de status supralegal aos tratados de direitos humanos, com a consequente criação de mais um nicho normativo, bem como a adoção de método hermenêutico errôneo no que diz respeito à ocorrência de antinomia entre uma norma supralegal e a Constituição Federal. Além disso, as consequências trazidas pela adoção da teoria do duplo estatuto no combate à pandemia por coronavírus vivenciada pelo Estado brasileiro serão abordadas, com ênfase no Decreto 64.959/SP, que prevê a pena de prisão em caso de descumprimento do disposto no diploma em comento. Utilizaram-se como métodos de abordagem nesta pesquisa o método dedutivo, bem como o histórico-evolutivo, além de pesquisa bibliográfica indireta.

PALAVRAS-CHAVE: Cláusula de abertura dos direitos fundamentais. Controle de convencionalidade. Pandemia por coronavírus. Prisão civil de depositário infiel. Tratados internacionais de direitos humanos.

ABSTRACT: This study aims to analyze the consequences brought by the adoption by the Federal Supreme Court of the theory of the double status of fundamental rights, a decision that attributes to international human rights treaties the normative status of supralegality and declared

that the civil imprisonment of unfaithful depositary is illegal. To this end, the legal nature of civil imprisonment will be discussed, seeking differentials between procedural and penal imprisonment, in view of their different characteristics and regulations. In addition, will be discussed the theories of the normative status of international human rights treaties, with a historical analysis of the jurisprudential decisions made by the STF. Finally, a critical analysis will be carried out on the consequences brought by the supralegal status for treaties of human rights, with the consequent creation of another normative niche, as well as the application of the misinterpretation method regarding the conflict between a supralegal norm and the Federal Constitution. In addition, the consequences brought by the adoption of the dual status theory in the fight against the coronavirus pandemic experienced by the Brazilian State will be addressed, with emphasis on Decree 64.959/SP, which provides for the prison sentence in case of non-compliance with the provisions of the text in question. Was used as methods of approach in this research the deductive method, as well as the historical-evolutionary, in addition to indirect bibliographic research.

KEYWORDS: Clause of opening of fundamental rights. Conventionality control. Coronavirus pandemic. Civil imprisonment of unfaithful depositary. International human rights treaties.

INTRODUÇÃO

A Súmula Vinculante 25, editada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, tinha como sua finalidade a cessação da controvérsia que tinha como epicentro a suposta ilegalidade da prisão civil de depositário infiel, já que, após ratificação pelo Congresso Nacional, o Pacto de São José da Costa Rica foi promulgado pelo então Presidente da República, Itamar Franco, por meio de decreto, em 1992. As divergências doutrinárias ocorriam por conta da previsão contida no supramencionado Pacto, em seu artigo 7º, dispositivo 7, segundo o qual ninguém poderia ser detido por dívida, a não ser em caso de obrigação alimentar (BRASIL, 1992). Todavia, apesar da disposição contida no tratado incorporado pelo ordenamento jurídico brasileiro, o Código Civil de 2002, em seu artigo 652, prevê que o depositário que não restituir o bem submetido a depósito “será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano” (BRASIL, 2002), além de ressarcir os prejuízos. Além disso, a Constituição Federal de 1988 preconiza em seu artigo 5º, inciso LXVII, que não haverá prisão civil por dívida, a não ser em caso de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a de depositário infiel (BRASIL, 1988).

De tal modo, apesar de o Pacto de São José da Costa Rica vedar a possibilidade de prisão civil de depositário infiel, o Código Civil brasileiro de 2002 e a Constituição Federal de 1988, esta que goza de status normativo de maior envergadura em um ordenamento jurídico, permitiam a prisão civil no caso sob análise. Estar-se-ia, de tal sorte, diante de uma situação de antinomia, ou seja, de incompatibilidade entre normas pertencente a um mesmo ordenamento jurídico, motivo pelo qual seriam necessários critérios jurídicos pré-determinados para a resolução do conflito normativo. Todavia, havia e há mais questões hermenêuticas envolvendo a situação da prisão civil de depositário infiel, como a hierarquia normativa atribuída no ordenamento jurídico brasileiro aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista a cláusula de abertura dos direitos fundamentais positivada na Constituição Federal, em seu artigo 5º, § 2º, fato que aprofunda a discussão acerca do tema e dificulta a possibilidade de consenso entre as posições assumidas.

O presente estudo tem como finalidade, portanto, a abordagem acerca da prisão civil de depositário infiel, discorrendo acerca de sua natureza jurídica diversa da prisão penal e, principalmente, de sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, à luz da teoria do ordenamento jurídico, dos posicionamentos doutrinários majoritários acerca do status normativo inerente aos tratados internacionais de direitos humanos, levando em consideração a cláusula de abertura dos direitos fundamentais, e, por fim, discutindo as nuances do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário 466.343, o qual representa o posicionamento atual do Pretório Excelso acerca da hierarquia normativa atribuída aos tratados internacionais de direitos humanos e, como consequência, o atual entendimento dos Ministros sobre a possibilidade de prisão civil no caso de depositário infiel. Por derradeiro, as consequências lógico-jurídicas da decisão jurisprudencial analisada na pandemia por coronavírus vivenciada pelo Estado brasileiro serão analisadas, quando abordar-se-á o Decreto nº 64.959/SP, editado pelo Governo do Estado de São Paulo, documento que passou a prever a pena de prisão em caso de descumprimento das políticas de prevenção ao COVID-19.

1 A PRISÃO CIVIL COMO MEIO COERCITIVO PARA O ADIMPLENTO DE OBRIGAÇÕES

A origem etimológica da palavra “*prisão*” remete ao termo francês *prison*, o qual deriva da expressão latina *prehensio onis*, que, por sua vez, “significa cárcere, cadeia, prisão, penitenciária, xadrez, ato de prender alguém, de agarrar, de segurar, capturar, apreensão” (AZEVEDO,

2000, p. 51). O ato de prender alguém significa, portanto, a apreensão, o cerceamento da liberdade de locomoção e o encarceramento do indivíduo (TÁVORA; ALENCAR, 2019, p. 937) em estabelecimento prisional. Embora seja cabível a utilização do termo “prisão” de forma genérica, verifica-se, com efeito, que a prisão é um gênero que se divide em três espécies devidamente estabelecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, a saber: a prisão processual, a prisão penal e a prisão civil.

A prisão processual diz respeito a situações que ocorrem no transcurso da persecução penal em que se faz necessário o encarceramento do réu, antes mesmo que se alcance o trânsito em julgado (TÁVORA; ALENCAR, 2019, p. 937) – frise-se que a regra para que a prisão ocorra em âmbito penal é que, previamente, seja alcançado o trânsito em julgado, em homenagem ao princípio da presunção de inocência, expressamente positivado na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII –, decorrendo da eminente necessidade de se preservar a efetividade real da persecução penal. Tais situações se restringem, todavia, às hipóteses estritamente previstas em lei, “traduzidas no risco demonstrado de que a permanência em liberdade do agente é um mal a ser evitado” (TÁVORA; ALENCAR, 2019, p. 937).

A prisão penal é também conhecida como prisão pena, já que sua finalidade é a aplicação de uma pena ao indivíduo condenado criminalmente em ação penal cujo trânsito em julgado foi alcançado, mostrando-se “verdadeira prisão satisfativa, em resposta estatal ao delito ocorrido, tendo por título a decisão judicial definitiva” (TÁVORA; ALENCAR, 2019, p. 937). Por sua vez, a pena pode ser definida como “a sanção imposta pelo Estado, por meio de ação penal, ao criminoso como retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes” (NUCCI, 2012, p. 323, grifo do autor). Por seu turno, o caráter preventivo da pena se fragmenta em quatro aspectos: o caráter preventivo geral negativo, que está relacionado ao poder coercitivo que a pena representa à sociedade como um todo; o caráter preventivo geral positivo, que tem como finalidade a demonstração e a reafirmação da eficiência do direito penal; o caráter preventivo especial negativo, que busca intimidar o autor do delito para que este não volte a praticar crimes, inclusive recolhendo-o ao cárcere para tal finalidade; e o caráter preventivo especial positivo, que se mostra como a proposta de ressocialização do condenado, a fim de que volte ao convívio em sociedade (NUCCI, 2012, p. 323). Pela explicação trazida por Guilherme Nucci, pode-se aduzir no sentido de a pena possuir caráter multifacetado, já que sua finalidade de existir não pode ser resumida em apenas um aspecto. Sobre as finalidades da pena e seu caráter multifacetado, Nucci discorre:

Na realidade, em nosso entendimento, a pena possui caráter multifacetado, implicando retribuição, o que continua a imperar no inconsciente coletivo da sociedade, bem como no próprio texto legal (art. 59, CP), além de significar prevenção geral positiva (reafirmação dos valores e da efetividade do direito penal) e negativa (intimidação à sociedade) e prevenção individual positiva (reeducação) e negativa (retirada do condenado do convívio social quando necessário) (NUCCI, 2012, p. 46)

Gozando de natureza jurídica eminentemente diversa da prisão penal, a prisão civil pode ser conceituada como “o ato de constrangimento pessoal, autorizado por lei, mediante segregação celular do devedor, para forçar o cumprimento de um determinado dever ou de uma determinada obrigação” (AZEVEDO, 2000, p. 51). Para que seja compreendida a finalidade da prisão civil, é mister um maior aprofundamento acerca do conceito de “obrigação”, que pode ser definida como uma relação jurídica de caráter transitório e de natureza pessoal e econômica, sendo necessário, portanto, que a prestação tenha um valor pecuniária, sendo suscetível de aferição monetária (DINIZ, 2007, p. 29). Portanto, a finalidade principal da prisão civil é o cumprimento de uma determinada obrigação, ou seja, o adimplemento de uma relação jurídica transitória e de natureza pessoal e econômica.

No ordenamento jurídico brasileiro, todavia, no que diz respeito à prisão civil por dívida, a regra é a sua proibição, devidamente positivada na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso LXVII, segundo o qual “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel” (BRASIL, 1988). Portanto, a ordem constitucional brasileira, como regra, proíbe o emprego de prisão civil para o adimplemento de dívida, exceto nos casos de obrigação alimentícia e a do depositário infiel. A obrigação alimentícia é relação jurídica que deriva da relação de parentesco, nos termos do artigo 1.694 do Código Civil, do dever de mútua assistência decorrente do casamento – em observância ao disposto nos artigos 1.566, III, e 1.704 do Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002) – ou do poder familiar, segundo prevê o artigo 22 do ECA (BRASIL, 1990). A obrigação de alimentar alguém pode ser conceituada como o dever de efetuar prestações com as quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si (CAHALI, 2002, p. 16).

A segunda hipótese em que há autorização pela Constituição Federal para a aplicação de prisão civil para o adimplemento da obrigação é a do depositário infiel, que é a parte de um contrato de depósito que não cumpre seu dever de guarda do objeto móvel que lhe foi confiado ou não o restitui

na ocasião ajustada. O depósito é o contrato, cuja regulamentação se dá do artigo 627 ao 652 do Código Civil brasileiro, em que uma das partes (depositário) recebe da outra, denominada depositante, uma coisa móvel, para guardá-la, com a obrigação de restituí-la na ocasião ajustada ou quando lhe for reclamada (GONÇALVES, 2018, p. 387).

O artigo 652 do Código Civil brasileiro prevê que, independente da modalidade do depósito, o depositário infiel será compelido ao cumprimento da obrigação por meio de prisão civil não excedente a um ano, sem prejuízo do ressarcimento dos prejuízos. A disposição supramencionada corrobora a teoria de a prisão civil deter caráter coercitivo e não punitivo, já que, na hipótese de prisão civil do depositário infiel, “a lei não estabeleceu um prazo mínimo para sua duração, estando ele na própria vontade do depositário, que pode dela liberar-se desde o momento em que cumpra a obrigação de restituir” (GONÇALVES, 2018, p. 408). Sobre o caráter coercitivo da prisão civil, Suellem Aparecida Alves discorre:

A maioria dos doutrinadores, e uma parcela significativa da jurisprudência, considera a prisão civil como sendo diversa da penal, sobretudo porque, nesta, a prisão se apresenta, fundamentalmente, com caráter punitivo, em razão da prática de ato ilícito previsto em norma criminal. A prisão civil, todavia, não apresenta característica punitiva, mas de meio coercitivo, de pressão psicológica, regulada por normas civis para convencer o devedor de sua obrigação de pagar. (ALVES, 2015)

A teoria da prisão civil como método coercitivo para o adimplemento de obrigações e, de tal modo, de natureza diversa da prisão penal, que está diretamente ligada ao conceito de “pena”, é adotada, portanto, majoritariamente pela doutrina, já que o tempo em cárcere a que é submetido o devedor coincide sempre com o inadimplemento da obrigação. Isso porque caso haja o devido cumprimento da obrigação, o devedor é imediatamente liberado da prisão civil mediante decisão judicial. Ainda na mesma seara, o cumprimento integral da prisão civil não exime o devedor da responsabilidade do cumprimento da obrigação contraída, estando tal situação expressamente positivada na Lei de Alimentos, em seu artigo 19, § 1º (BRASIL, 1968), sendo tal regra aplicável, também, ao caso da prisão civil do depositário infiel.

2 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA E PRISÃO CIVIL DE DEPOSITÁRIO INFIEL

Para que possa ser compreendida a situação atual de ilegalidade da prisão civil de depositário infiel, faz-se necessária a abordagem de

uma temática diretamente ligada à letra da Constituição Federal de 1988, qual seja, o posicionamento hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Tal discussão faz-se relevante pela redação dada ao § 2º do artigo 5º da Carta Magna, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988). O dispositivo mencionado é conhecido como “cláusula de abertura dos direitos fundamentais”, que corresponde à possibilidade de recepção de direitos fundamentais, mesmo que não constantes no rol disposto no artigo 5º da Carta Maior, caso sejam decorrentes dos princípios e regimes adotados pela Constituição (abertura interna) ou de tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte (abertura externa). Sobre a cláusula de abertura dos direitos fundamentais, Walter Claudius Rothenburg explica:

A abertura dos direitos fundamentais (CR, art. 5º, § 2) significa a possibilidade de recepção e desenvolvimento dos direitos fundamentais, e projeta-se *internamente*, para permitir extrair direitos fundamentais do regime e dos princípios constitucionais, bem como *externamente*, para autorizar extrair direitos fundamentais de normas internacionais, pela “prevalência dos direitos humanos” (CR, art. 4º, II). (ROTHENBURG, 2014, p. 149, grifo do autor)

A envergadura hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos ganha relevância quando se leva em consideração a natureza jurídica dos direitos fundamentais, os quais, por serem direitos diretamente ligados ao desenvolvimento do ser humano (ROTHENBURG, 2014, p. 44), ensejam hierarquia normativa privilegiada, de onde surge uma das suas características: a constitucionalização. Sua ligação com o desenvolvimento do ser humano diz respeito à gênese jurídica dos direitos fundamentais, os quais decorrem diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, constituindo tais direitos “uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões” (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2016, p. 151). A envergadura constitucional dos direitos fundamentais está também relacionada à sua gênese, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que tal princípio é um dos pilares do Estado Democrático de Direito em que se instala a República brasileira, restando positivado no artigo 1º, III da Constituição Federal, forma de demonstrar o brusco rompimento com a ordem jurídica autoritária e ditatorial pregressa.

Pelo fato de os direitos fundamentais deterem natureza jurídica intrinsecamente constitucional, a envergadura jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro ganha grande importância, uma vez que a cláusula de abertura dos direitos fundamentais garante a possibilidade de reconhecimento de direitos fundamentais advindos de tratados internacionais e, uma vez reconhecidos como direitos fundamentais, em princípio teriam a possibilidade de reconhecimento de sua envergadura constitucional. Apesar da cláusula de abertura dos direitos fundamentais, quatro teorias envolvendo a hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos ganharam envergadura na doutrina e jurisprudência, as quais serão abordadas por esta pesquisa para que seja possível visualizar os posicionamentos adotados pela jurisprudência do STF no decorrer dos anos.

2.1 TEORIAS DA HIERARQUIA NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

As teorias que versam acerca da envergadura hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos podem ser divididas em quatro conjecturas: as teorias da supraconstitucionalidade, da constitucionalidade, da supralegalidade e da infraconstitucionalidade. A doutrina majoritária da temática de direitos humanos encontra-se bem delimitada entre a teoria da supraconstitucionalidade e a da constitucionalidade, não sendo tais teorias, porém, aplicadas atualmente, ao menos em princípio, pela jurisprudência brasileira, com ênfase à jurisprudência do Pretório Excelso. Conforme demonstrar-se-á, as teorias mencionadas trazem um embate entre princípios decorrentes do regime constitucional, uma vez que a supremacia ou a equiparação dos tratados internacionais de direitos humanos às normas constitucionais privilegiaria o princípio da dignidade da pessoa humana em detrimento do princípio da supremacia da Constituição, ao passo que a teoria da supralegalidade e a da infraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos prejudicaria o princípio da dignidade da pessoa humana em favor da supremacia constitucional.

A teoria da supraconstitucionalidade baseia-se em basicamente dois argumentos: a ideia de supremacia do direito internacional sobre o direito pátrio e a impossibilidade de arguir normas de direito interno para justificar o descumprimento de tratados internacionais, conforme preconiza o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, da qual a República brasileira é parte (BRASIL, 2009). A ideia de primazia do direito internacional sobre o direito interno decorre da teoria kelseniana, segundo a qual a ordem jurídica interna é derivada da ordem jurídica

internacional, posição esta adotada pelos doutrinadores internacionalistas brasileiros, tanto publicistas como os privatistas (DOLINGER apud PIOVESAN, 2011, p. 111).

No que diz respeito à impossibilidade de arguição de normas de direito interno para o descumprimento de tratados internacionais, tal argumento é proveniente das disposições previstas na Convenção de Viena, tratado (do qual o Brasil é signatário) que regulamenta o Direito dos Tratados. Isso porque, conforme já mencionado, seu artigo 27 proíbe a arguição de direito interno para justificar descumprimentos aos tratados dos quais um país seja parte, motivo pelo qual todas as normas de um ordenamento jurídico interno seriam paralisadas pelo disposto em tratados dos quais um Estado seja parte, daí a superioridade do direito internacional sobre o direito interno, inclusive sobre a Constituição, o que tornaria, segundo tal conjectura, os tratados internacionais de direitos humanos hierarquicamente superiores à ordem constitucional de um Estado signatário da Convenção de Viena (SAGUÉS apud MARINONI, 2016, p. 1344), o que é o caso da República brasileira.

A teoria da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos decorre basicamente da cláusula de abertura dos direitos fundamentais, interpretada à luz do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Além disso, somem-se a essa interpretação características inerentes aos direitos fundamentais, como a constitucionalização e a indivisibilidade. Para que seja possível a compreensão acerca das características intrínsecas aos direitos fundamentais, há de ser pontuado, preliminarmente, que tais direitos são obrigatoriamente positivados em um ordenamento jurídico, ou seja, encontram-se limitados no tempo-espaço, vigendo, portanto, em determinado local e em determinado momento. Ocorre que tal positivação, por se estar tratando de direitos diretamente ligados ao desenvolvimento do ser humano, deve ocorrer no âmbito das normas de maior hierarquia no ordenamento jurídico, gozando, de tal forma, de regime jurídico qualificado, situação de onde decorre o princípio da constitucionalização dos direitos fundamentais, nos termos do que discorre o eminente doutrinador Walter Claudius Rothenburg:

[...] Essa positividade ocorre no âmbito das normas da maior hierarquia (superioridade), principalmente as constitucionais (de onde a constitucionalização dos direitos fundamentais), e também de normas de direito internacional (supraconstitucionalização). [...] Do ponto de vista formal, os direitos fundamentais devem ser contemplados por um regime jurídico qualificado, que, para ilustrar com a Constituição

brasileira de 1988, confere-lhes, por exemplo, um procedimento dificultado de reforma (rigidez constitucional: CR, art. 60) e toma-os como parâmetro de controle de constitucionalidade. (ROTHENBURG, 2014, p. 17)

No ordenamento jurídico brasileiro, além de gozar de regime jurídico privilegiado por integrar o texto constitucional, o que dificultaria reformas concernentes aos direitos fundamentais que compõem uma Constituição de caráter rígida, os direitos fundamentais fazem parte das chamadas cláusulas pétreas, nos termos do artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Tal situação impede não somente a aprovação, mas também a deliberação acerca de PECs (Propostas de Emenda à Constituição) tendentes a abolir qualquer tipo de direitos e garantias individuais – cabendo pontuar que o adjetivo “individuais” diz respeito a uma imprecisão terminológica por parte do legislador, uma vez que, em observância ao princípio da indivisibilidade, todos os direitos fundamentais são integrantes das cláusulas pétreas, e não somente os decorrentes do princípio fundamental da liberdade ou também conhecidos como de primeira dimensão.

Após discorrer acerca da constitucionalização dos direitos fundamentais, merece atenção a cláusula de abertura dos direitos fundamentais, a qual, conforme já discutido, corresponde à possibilidade de reconhecimento de direitos fundamentais corolários do regime e dos princípios constitucionais, além dos derivados de tratados internacionais de direitos humanos. Tal cláusula, cujo verdadeiro conteúdo é cerne de extensa discussão doutrinária e jurisprudencial até hoje, ganha envergadura na discussão ao ser interpretada, pelos adeptos da teoria do status constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, de acordo com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, segundo o qual há a necessidade de interpretação das normas constitucionais de modo a possibilitar maior aplicabilidade aos direitos, garantias e liberdades públicas, devendo-se, ainda, acolher a interpretação cuja aplicação garanta a maior e mais ampla proteção aos direitos humanos, como observância à “supremacia absoluta das normas constitucionais e a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento basilar da República” (MORAES, 2014, p. 16). Sobre a aplicação do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais junto à interpretação da cláusula de abertura dos direitos fundamentais, tem-se o seguinte:

Como observa Canotilho, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais “é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos

fundamentais — no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais”. Está-se assim a conferir máxima efetividade aos princípios constitucionais, em especial ao princípio do art. 5º, § 2º, ao entender que os direitos constantes dos tratados internacionais passam a integrar o catálogo dos direitos constitucionalmente previstos. (CANOTILHO apud PIOVESAN, 2011, p. 128)

Somando-se à interpretação da cláusula de abertura dos direitos fundamentais à luz do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais – o que busca garantir o reconhecimento dos direitos constantes em tratados internacionais de direitos humanos como integrantes do catálogo de direitos fundamentais –, encontra-se o princípio da indivisibilidade dos direitos fundamentais. O princípio mencionado é utilizado, principalmente, para embasar juridicamente a necessidade de respeito e desenvolvimento de todas as dimensões dos direitos fundamentais, haja vista que os direitos sociais são discriminados em determinados Estados levando em consideração questões político-ideológicas, levando à conjectura de que direitos sociais não são igualmente exigíveis se comparados aos direitos individuais e transindividuais.

Todavia, tal princípio é claramente aplicável à questão da hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos, já que, uma vez reconhecidos como direitos fundamentais, há flagrante violação ao princípio da indivisibilidade caso haja discriminação hierárquica entre os direitos fundamentais previstos no texto constitucional e os decorrentes de tratados internacionais, uma vez que a interpretação no sentido de que estes direitos deteriam status supralegal ou infraconstitucional deixaria à mercê do legislador ordinário direitos caros ao desenvolvimento humano, fato que aviltaria a característica indivisível dos direitos fundamentais, que devem ser igualmente aplicados, respeitados e desenvolvidos em todas as suas categorias e origens (seja do texto constitucional ou de tratados internacionais). Acerca do princípio da indivisibilidade dos direitos fundamentais, Walter Claudius Rothenburg comenta:

Pode-se compreender essa característica sob o ângulo de cada direito fundamental, que constitui uma unidade incindível em seu conteúdo elementar, bem como sob o ângulo dos diversos direitos fundamentais, no sentido de que não se podem aplicar apenas alguns dos direitos fundamentais reconhecidos e ignorar outros. [...] A indivisibilidade dos diversos direitos fundamentais indica a necessidade de respeito e desenvolvimento de todas as categorias (na verdade, dimensões) de

direitos fundamentais, sejam eles direitos de proteção (especialmente os clássicos direitos individuais ou liberdades públicas), sejam eles direitos a prestação (especialmente os direitos sociais) [...]. (ROTHENBURG, 2014, p. 14-15)

Nos termos do que dispõe a teoria da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, portanto, é plenamente plausível que se cogite de direitos fundamentais expressamente positivados no rol da Constituição Federal de 1988 e de direitos fundamentais que se encontram fora do mencionado rol, seja por decorrência de princípios constitucionais ou de tratados internacionais. Isso ocorre porque a fundamentalidade de um direito decorre de sua referência a posições jurídicas ligadas ao princípio da dignidade da pessoa humana, e não de sua fonte de positividade em um ordenamento jurídico. Uma vez reconhecida sua fundamentalidade, um direito fundamental não pode ser deixado à disponibilidade do legislador ordinário, haja vista sua importância para o desenvolvimento do ser humano (BRANCO, 2012, p. 171) e do Estado Democrático de Direito.

A teoria do status supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos busca compatibilizar os princípios da dignidade da pessoa humana e o da supremacia da Constituição, submetendo as disposições de direito internacional que versam sobre direitos humanos à supremacia hierárquica da Carta Magna, mas, ao mesmo tempo, impedindo que tais dispositivos fiquem à disponibilidade do legislador ordinário, posicionando-se em nicho normativo hierarquicamente superior em relação às normas infraconstitucionais. Em sede de julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, o Ministro Gilmar Mendes proferiu seu voto defendendo a teoria em questão, ao discorrer que o status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Estado brasileiro “torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão” (STF, 2008).

Além de buscar harmonizar os princípios mencionados, a teoria da supralegalidade busca alcançar maior observância à disciplina internacional dos tratados, segundo a qual, uma vez ratificados, os tratados só podem deixar de ser aplicados mediante denúncia, e nunca com base em revogação por lei interna posterior. “Em suma, segundo esse entendimento, no ordenamento jurídico interno dos Estados-partes, os tratados internacionais de direitos humanos estariam acima das leis” (CASTILHO, 2018, p. 110). A presente corrente doutrinária busca submeter os tratados internacionais de direitos humanos somente ao poder normativo da Constituição Federal

no que diz respeito ao direito interno, buscando impedir a arguição a existência de leis ordinárias internas em sentido contrário para justificar o descumprimento de tratados internacionais de direitos humanos. Todavia, por estar submetida hierarquicamente à Constituição Federal, as normas constitucionais continuariam podendo ser utilizadas como justificativa para o descumprimento de uma disposição de direito internacional.

Por fim, a teoria do status infraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos é corolário da interpretação em conjunto de disposições constitucionais que buscam determinar o status normativo dos tratados internacionais como um todo. Ao firmar a competência do Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade de tratado internacional, o artigo 102, III, b, da Constituição Federal determina que o estatuto dos tratados internacionais é infraconstitucional, haja vista que permite controle de constitucionalidade. Outrossim, o artigo 47 da Constituição cuida dos tratados internacionais da mesma maneira que a legislação ordinária ao determinar o quórum de aprovação por maioria simples tanto para lei ordinária quanto para o decreto legislativo (instrumento utilizado para a ratificação dos tratados pelo Congresso Nacional). Sem prejuízo do já exposto, o artigo 105, III, a, da Carta Magna confere mesmo regime jurídico aos tratados internacionais e leis infraconstitucionais ao definir um mesmo tipo de recurso (recurso especial) para impugnações de decisões que contrariem seus dispositivos ou lhes neguem vigência (RAMOS, 2014, p. 364).

3 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

No que tange à aplicação das teorias do status normativo dos tratados internacionais de direitos humanos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal modificou seu posicionamento algumas vezes no decorrer do último século. Em 1914, durante o julgamento do Pedido de Extradicação n. 7, o STF declarou estar em vigor e aplicável um tratado, mesmo havendo uma lei posterior contrário a ele. Já em 1943, em sede de julgamento da Apelação Cível n. 7.872, houve também o reconhecimento da superioridade hierárquica dos tratados em relação às normas infraconstitucionais, ao ser afirmado que lei não revoga tratado. Por fim, nesse sentido, em 1951, no caso da União Federal versus Rádio Internacional do Brasil, houve decisão unânime no sentido de que um tratado revogava as leis anteriores em sentido contrário (PIOVESAN, 2011, p. 131).

Todavia, a partir de 1977, em sede de julgamento do Recurso Extraordinário 80.004, o Supremo Tribunal Federal reformou seu ponto de vista ao reconhecer que a Convenção de Genebra não se sobrepunha às leis ordinárias do ordenamento jurídico brasileiro (STF, 1977), restando aplicáveis as disposições internas que contrariavam a Convenção em questão. Havia, portanto, um descompasso entre os compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e a sua postura de internalização dos tratados, passando a existir, portanto, sólida controvérsia doutrinária entre os que defendiam a equiparação dos tratados internacionais de direitos humanos às normas constitucionais “e aqueles que, encabeçados pelo STF, ao contrário, submetiam-nos à Constituição brasileira, encartando-os no mesmo patamar hierárquico da legislação ordinária” (TAVARES, 2012, p. 560). Quanto à diferenciação entre os tratados de direitos humanos e os tratados internacionais comuns, o Supremo Tribunal Federal, de 1988 a 2008, decidiu a favor da tese de que os tratados internacionais de direitos humanos e os demais tratados teriam a mesma hierarquia, sendo considerados equivalentes à legislação infraconstitucional (RAMOS, 2014, p. 372).

3.1 PRISÃO DE DEPOSITÁRIO INFIEL E JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE) 466.343

Até o ano de 2008, portanto, o posicionamento do STF era pacífico no sentido de atribuir status infraconstitucional aos tratados internacionais, fossem concernentes a direitos humanos ou não. A mudança em tal posicionamento foi ensejada pelo advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual estatui o § 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, segundo o qual, os tratados e convenções internacionais concernentes a direitos humanos “que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL, 1988). O dispositivo incorporado ao texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 45 prevê, conforme se depreende de sumária interpretação, a equiparação formal dos tratados de direitos humanos às normas constitucionais, desde que aprovados nos termos do rito da Proposta de Emenda à Constituição (PEC).

O parágrafo inserido na ordem constitucional demonstra o desejo do legislador de não deixar à disposição das normas ordinárias o disposto em tratados internacionais de direitos humanos, concedendo-lhes hierarquia normativa privilegiada, de modo que os tratados internacionais de direitos humanos internalizados pelo Congresso Nacional conforme

ao rito da Proposta de Emenda à Constituição serão incorporados ao texto constitucional, gozando de idêntica hierarquia e integrando o bloco constitucional para todas as finalidades. Ocorre que a finalidade do legislador de proteção aos direitos fundamentais oriundos da abertura constitucional não estava refletida na jurisprudência pátria, já que o Supremo Tribunal Federal atribuía a quaisquer tratados internacionais internalizados pelo Estado brasileiro, mesmo após a vigência da EC 45/2004, hierarquia normativa infraconstitucionais, de modo que os tratados internacionais eram equivalentes à legislação ordinária pátria.

A necessária mudança no entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal ocorreu no ano de 2008, em sede de julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, o qual questionava a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, tendo em vista a vigência do Pacto de São José da Costa Rica. O novo posicionamento majoritário do STF foi capitaneado pelo Ministro Gilmar Mendes, o qual buscou retomar a visão de Sepúlveda Pertence (em seu voto no HC 79.785-RJ), sustentando que os tratados internacionais de direitos humanos “que não forem aprovados pelo Congresso Nacional pelo rito especial do art. 5º, § 3º, da CF/88, têm natureza supralegal: abaixo da Constituição, mas acima de toda e qualquer lei” (RAMOS, 2014, p. 376). Restou consagrada, portanto, a teoria do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos, sobre a qual discorre André de Carvalho Ramos discorre:

Ficou consagrada a teoria do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos: natureza constitucional, para os aprovados pelo rito do art. 5º, § 3º; natureza supralegal, para todos os demais, quer sejam anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional n. 45 e que tenham sido aprovados pelo rito comum (maioria simples, turno único em cada Casa do Congresso) (RAMOS, 2014, p. 377).

A teoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal no que diz respeito aos tratados de direitos humanos aplica-lhes dois regimes jurídicos diferentes, tendo como critério o modo como foi realizada a internalização do tratado ao ordenamento jurídico brasileiro. Isto é, se o tratado concernente a direitos humanos foi ratificado utilizando o quórum de aprovação necessário para a aprovação de lei ordinária ou complementar, sua hierarquia normativa terá natureza supralegal, estando submetido à supremacia da Constituição, mas se encontrando acima da legislação ordinária. Todavia, se o tratado que versa sobre direitos humanos for aprovado conforme ao rito da PEC, com aprovação em dois turnos em cada casa legislativa por 3/5 (três quintos) do seu total de membros, haverá a equiparação do tratado às normas

constitucionais, passando a ter hierarquia constitucional e integrando o bloco de constitucionalidade.

4 CONSEQUÊNCIAS TRAZIDAS PELA IMPLEMENTAÇÃO DA TEORIA DO DUPLO ESTATUTO E SUAS CONTRADIÇÕES JURÍDICAS

Pela teoria do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos, os tratados concernentes aos direitos humanos que forem internalizados pelo rito da aprovação de legislação ordinária – o que ocorre em regra, já que apenas dois tratados foram aprovados pelo rito da PEC desde o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 – terão envergadura supralegal, posicionando-se entre a ordem constitucional e a legislação infraconstitucional. Desse modo, passaria a existir uma conciliação entre os princípios da supremacia da Constituição e da dignidade da pessoa humana, uma vez que a Constituição continuaria detendo superioridade hierárquica em relação aos tratados internacionais de direitos humanos, ao mesmo tempo em que a legislação ordinária estaria sujeita às disposições advindas dos tratados supramencionados. Todavia, ao atribuir status supralegal aos tratados internacionais, o Supremo Tribunal Federal gerou consequências no ordenamento jurídico brasileiro, já que a decisão proferida pelo Pretório Excelso acrescentou em nosso ordenamento mais uma espécie normativa, a qual se encontra entre a hierarquia constitucional e a infraconstitucional.

Tal criação é criticada por doutrinadores pelo fato de ter sido desenvolvida pelo STF, o qual, pelo fato de integrar o Poder Judiciário, carece de legitimidade para a criação de novos nichos normativos (FERNANDES, 2017, p. 566), uma vez que caberia ao Poder Legislativo a organização do ordenamento jurídico brasileiro e suas espécies normativas. Ocorre que houve clara manifestação do legislador constitucional no sentido de atribuir envergadura constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, uma vez que, não bastasse a cláusula de abertura dos direitos fundamentais, a EC 45/2004 dispõe claramente no sentido da integração dos tratados de direitos humanos às normas constitucionais. De tal modo, o STF, além de decidir na contramão das finalidades do legislador constitucional, viola o princípio da tripartição dos poderes ao criar nova espécie normativa, matéria de clara competência do Poder Legislativo. Sobre a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para a criação de novos nichos normativos, Bernardo Gonçalves Fernando explica:

É interessante que a presença da «norma supralegal» não advém de modificação legislativa (sobretudo constitucional via Poder Constituinte derivado), mas de um voto de um Ministro do STF no RE 466.343. A

crítica aqui é a seguinte: será que um voto (ainda que vencedor e por mais brilhante que seja na sistematização com o direito comparado) pode mudar a estrutura do nosso ordenamento jurídico? Será que não existiria um «caminho mais legítimo» para determinar a qualificação de normas como supralegais (abaixo da Constituição e acima das leis ordinárias)? (FERNANDES, 2017, p. 566)

Outra consequência direta do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343 pelo Supremo Tribunal Federal foi a edição da Súmula Vinculante 25, a qual passou a considerar ilegal a prisão civil do depositário infiel, independente da modalidade do depósito. Isso porque, segundo expõe o Ministro Gilmar Mendes em seu voto em sede do julgamento do RE 466.343, desde a adesão do Estado brasileiro ao Pacto de São José da Costa Rica, não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel, uma vez que o caráter especial dos tratados internacionais de direitos humanos lhes reserva um lugar específico no ordenamento jurídico brasileiro, restando abaixo da Constituição Federal, porém em posição hierarquicamente superior à legislação ordinária (teoria da supralegalidade). “O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão” (STF, 2008).

Percebe-se que houve, portanto, a ocorrência de antinomia jurídica entre as normas de direito interno brasileiro e as do Pacto de São José da Costa Rica, podendo-se definir a antinomia jurídica “como aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade” (BOBBIO, 1995, p. 88). Para a resolução da antinomia entre as normas da legislação ordinária pátria que autorizavam a prisão civil do depositário infiel (como o artigo 652 do Código Civil) e a proibição de tal ato pelo Pacto de São José da Costa Rica utilizou-se o critério hierárquico, segundo o qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior (*lex superior derogat inferior*) (BOBBIO, 1995, p. 93). Em suma, pelo fato de os tratados internacionais de direitos humanos deterem natureza supralegal – no caso em comento, trata-se do Pacto de São José da Costa Rica –, as normas proibitivas da prisão civil do depositário infiel prevalecerão sobre as disposições do direito infraconstitucional pátrio, já que tais atos normativos são hierarquicamente inferiores aos tratados internacionais.

Apesar de a resolução da antinomia jurídica envolvendo as disposições supramencionadas mostrar-se aparentemente correta,

há uma questão que impede que a solução dada ao conflito entre as normas jurídicas seja considerada tecnicamente aceitável: a antinomia entre o Pacto de São José da Costa Rica e a Constituição Federal de 1988. O artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal prevê o inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel como exceções para a proibição de prisão civil por dívidas, enquanto o artigo 7º, dispositivo 7, do Pacto de São José da Costa Rica prevê somente o inadimplemento de obrigação alimentar como exceção à proibição de prisão civil por dívida. Ou seja, a Constituição Federal prevê a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, enquanto o Pacto de São José a veda, situação que nitidamente se traduz em antinomia jurídica.

Pela aplicação do critério hierárquico à presente situação de antinomia, percebe-se que a aplicabilidade da proibição da prisão civil do depositário infiel restaria prejudicada por contrariar o disposto na Carta Magna, documento hierarquicamente superior ao tratado internacional em que se encontra a vedação. Todavia, pode-se notar que tal critério não restou aplicado ao caso concreto, uma vez que a disposição do Pacto de São José paralisou a aplicabilidade do disposto na Constituição Federal acerca da prisão do depositário infiel, fato traduzido na edição da Súmula Vinculante 25 pelo Supremo Tribunal Federal. Tal situação demonstra o equívoco hermenêutico cometido pelo Pretório Excelso, o qual, apesar de atribuir natureza supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos – submetendo-os à supremacia da Constituição Federal –, lança mão de uma técnica de interpretação utilizada em casos de antinomia entre normas de direitos fundamentais hierarquicamente equivalentes: o critério da aplicação da norma mais benéfica ao ser humano. Sobre a aplicação de tal princípio quando da antinomia entre duas normas constitucionais de direitos fundamentais, Flavia Piovesan explica:

Poder-se-ia imaginar, como primeira alternativa, a adoção do critério “lei posterior revoga lei anterior com ela incompatível”, considerando a natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Contudo, exame mais cauteloso da matéria aponta para um critério de solução diferenciado, absolutamente peculiar ao conflito em tela, que se situa no plano dos direitos fundamentais. E o critério a ser adotado se orienta pela escolha da norma mais favorável à vítima. Vale dizer, prevalece a norma mais benéfica ao indivíduo, titular do direito. O critério ou princípio da aplicação do dispositivo mais favorável à vítima não é apenas consagrado pelos próprios tratados internacionais

de proteção dos direitos humanos, mas também encontra apoio na prática ou jurisprudência dos órgãos de supervisão internacionais. (PIOVESAN, 2011, p. 152)

Mesmo que em sede de julgamento do Recurso Extraordinário 466.343 não tenha sido questionada a compatibilidade do Pacto de São José da Costa Rica frente à Constituição Federal no que diz respeito à prisão do depositário infiel, há de se observar a nítida inconstitucionalidade constante na vedação da prisão civil do depositário infiel prevista pelo tratado internacional em comento, que vai diretamente de encontro ao disposto na Constituição Federal 1988 no que diz respeito ao tema. A aplicação do critério hierárquico para paralisar a aplicabilidade das disposições infraconstitucionais que regulamentam a prisão civil do depositário infiel pelo fato de contrariarem uma norma supralegal diz respeito a uma grave violação ao dever de compatibilidade e coerência de um ordenamento jurídico, já que, conforme se observa no caso em questão, uma norma supralegal revoga as disposições infraconstitucionais que a contrariam, ao mesmo tempo em que suas disposições contrariam o contido na Constituição Federal, situação gerada por uma situação ilógica, conforme demonstrar Hans Kelsen:

A afirmação de que uma lei válida é “contrária à Constituição” (anticonstitucional) é uma *contradictio inadjecto*; pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento da sua validade tem de residir na Constituição. De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica. (KELSEN, 1998, p. 188, grifo do autor)

A interpretação trazida pelo Supremo Tribunal Federal contraria flagrantemente a lógica da concepção de um ordenamento jurídico, o qual, em seu aspecto sistemático, pode ser entendido como uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem, sendo necessário, para que tal ordem exista, que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si (BOBBIO, 1995, p. 71). Ao decidir que uma norma supralegal conflitante com a Constituição pode paralisar a aplicabilidade de disposições infraconstitucionais – conflitantes com a norma supralegal, mas plenamente compatíveis com o texto constitucional –, o Supremo Tribunal Federal gera transtorno na ordem jurídica

brasileira, ao paralisar, paradoxalmente, uma norma completamente compatível com a Constituição pelo fato de não se adequar a uma norma supralegal flagrantemente inconstitucional. Em suma, as disposições infraconstitucionais que regulamentam a prisão civil do depositário infiel foram ab-rogadas por não serem inconstitucionais.

Nos termos da explicação supramencionada de Hans Kelsen, uma norma só pode ser considerada válida se conforme às disposições constitucionais, sendo impossível que se retire dela qualquer afirmação jurídica (nisso inclui-se a possibilidade de revogar disposições que a contrariam), já que é uma lei inválida, uma vez residindo na própria Constituição Federal o fundamento para a validade de qualquer norma jurídica. A decisão do Pretório Excelso de atribuir status supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro grande insegurança, ao criar mais uma espécie normativa, ao mesmo tempo que interpreta de forma equivocada o conflito entre os tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição Federal, fato que gerou a paradoxal revogação de disposições infraconstitucionais pelo fato de serem perfeitamente conformes às disposições constitucionais, ao contrário da regra jurídica que as revogou. É de grande importância salientar que o caos gerado pelo Supremo Tribunal Federal é consequência da injustificada resistência em atribuir aos tratados internacionais de direitos humanos o status normativo que lhes pertence por sua própria natureza, qual seja, a envergadura de norma constitucional.

4.1 O MESMO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE À PRISÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL E À PRISÃO PREVISTA AOS VIOLADORES DO DECRETO 64.959/SP COMO CONSEQUÊNCIA DA ADOÇÃO DO DUPLO ESTATUTO PELO STF

Ao submeter juridicamente a legislação ordinária pátria às disposições dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro (independente do rito pelo qual o tratado foi internalizado), a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal trouxe consigo, indiretamente, a possibilidade jurídica de se exercer internamente o chamado controle de convencionalidade, “técnica pela qual se invalidam normas internas menos benéficas à luz das disposições dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Estado” (MAZZUOLI, 2016, p. 31). Não cumpre somente aos Tribunais regionais tal controle, mas também aos chamados juízes internos, sendo aqueles responsáveis pelo controle de convencionalidade internacional, ao passo que estes são confiados ao controle interno (MAZZUOLI, 2016, p. 31-

32). Dessa maneira, qualquer ato normativo que contrarie as disposições internacionais concernente aos direitos humanos deve ser repellido e retirado do ordenamento jurídico brasileiro pelos juízes e tribunais pátrios por meio de tal mecanismo, visando a garantir a eficácia real e a supremacia dos tratados internacionais sobre a legislação ordinária pátria.

Diante desse panorama, tem-se que, quando se trata de uma situação de pandemia que passou a assolar todo o território brasileiro, é esperado que providências rígidas e excepcionais sejam tomadas pelo poder público a fim de que se amenizem as potenciais consequências sociais do vírus importado involuntariamente pelos brasileiros. Nesse sentido, no Estado de São Paulo foi editado o Decreto nº 64.959/SP, que determinou, em seu artigo 1º, o uso obrigatório de máscaras de proteção facial nos espaços de acesso aberto ao público, incluídos os bens de uso comum da população, bem como nos estabelecimentos que executem atividades essenciais e em repartições públicas estaduais (SÃO PAULO, 2020). A parte mais importante do decreto, todavia, diz respeito às sanções previstas em caso de descumprimento da citada determinação, já que, uma vez não cumprido o determinado no decreto, é prevista multa de até 276 mil reais, bem como prisão por infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa (artigo 268, CP) e desobediência a ordem legal de funcionário público (artigo 330, CP).

Perceba-se que os dois dispositivos constantes no Código Penal brasileiro dizem respeito a normas penais em branco, ou seja, que dependem de complementação por outra norma jurídica (BITENCOURT, 2016, p. 201). Nessa seara, perceba-se que o artigo 22 da Constituição Federal determina especificamente as matérias sobre as quais a União detém competência privativa para legislar, dentre as quais se encontra o direito penal (BRASIL, 1988). Levando isso em consideração, apesar de as normas penais em branco poderem ser complementadas por qualquer tipo de norma jurídica (lei, decreto, regulamento, portaria, resolução etc.) (BITENCOURT, 2016, p. 201), a norma complementadora deve ser obrigatoriamente editada por órgão pertencente à União, a fim de que não se viole a Constituição Federal. Ao se analisar a possibilidade de prisão por descumprimento de determinação do governo Estadual, percebe-se que há flagrante arbitrariedade na sanção prevista pelo Decreto editado, uma vez que se fere de morte as competências determinadas pela Constituição Federal, traduzindo-se, portanto, em arbitrariedade e inconstitucionalidade.

Além de gozar de caráter inconstitucional, a norma que prevê pena de prisão a quem descumprir a política de combate ao coronavírus determinada

pelo governo do Estado de São Paulo apresenta clara inconvenção ao se comparar às normas previstas pelo Pacto de São José da Costa Rica, que, em seu artigo 7º, dispositivo 2, prevê que “ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas” (BRASIL, 1992). Por contrariar a Constituição Federal, o Decreto 64.959/SP fere, portanto, o Pacto de São José da Costa Rica ao determinar a privação de liberdade física ao indivíduo que desobedecer ao disposto no decreto, mesmo que se observe o descompasso entre o dispositivo em comento e a Carta Magna. Além disso, no mesmo artigo 7º, dispositivo 3, o diploma legal determina que “ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários”. Logicamente, uma prisão inconstitucional é necessariamente arbitrária, por violar a norma suprema do ordenamento jurídico. De tal forma, por violar as competências federativas previstas na Constituição Federal, a prisão prevista pelo Decreto 64.959/SP carece de convencionalidade e deve ser retirada do ordenamento jurídico, como consequência da adoção da teoria do duplo estatuto pelo Supremo Tribunal Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adoção pelo Supremo Tribunal Federal da teoria do duplo estatuto dos direitos fundamentais, apesar de, a priori, aparentar ser uma evolução jurisprudencial no que diz respeito à internalização dos tratados internacionais de direitos humanos, traz, em verdade, desordem e insegurança ao ordenamento jurídico brasileiro ao criar, mesmo não gozando de legitimidade para tal, uma nova espécie normativa que se sobrepõe às disposições infraconstitucionais ao mesmo tempo que se submete à soberania da Constituição Federal. Além disso, compromete profundamente o princípio da compatibilidade do ordenamento jurídico ao permitir a subsistência de uma norma flagrantemente inconstitucional que, além de paralisar a aplicação das disposições infraconstitucionais que a contrariam, paralisa também o dispositivo constitucional que autoriza a prisão civil de depositário infiel.

Note-se que o presente estudo não tem como finalidade a defesa da possibilidade jurídica de prisão civil do depositário infiel, já que a prisão civil por dívidas se mostra como método retrógrado e arcaico para o adimplemento de obrigações civis. A finalidade da presente pesquisa é a demonstração das contradições trazidas pela decisão de atribuir status supralegal aos tratados de direitos humanos que não foram ratificados pelo Congresso Nacional de acordo com o rito da PEC. A insegurança jurídica

decorrente dessa decisão é consequência de uma resistência injustificada do Pretório Excelso em atribuir o status normativo que é intrínseco aos tratados de direitos humanos: a hierarquia constitucional. De tal modo, o STF submete os tratados de direitos humanos formalmente à supremacia das normas constitucionais, ao mesmo tempo que lança mão de método de interpretação utilizado quando da ocorrência de conflito entre normas de direitos fundamentais hierarquicamente equivalentes.

Mesmo que a decisão jurisprudencial analisada pelo presente estudo tenha sido proferida no ano de 2008, suas consequências jurídicas continuam sendo passíveis de observação quase 12 anos depois, ao se verificar a inconstitucionalidade e a inconveniência da prisão prevista pelo Decreto nº 64.959/SP, uma vez que se exterioriza como uma detenção arbitrária e contrária às condições previstas pela Constituição Federal de 1988, usurpando da União a competência privativa de legislar sobre matéria penal. Como consequência da arbitrariedade da prisão, o dispositivo editado pelo Governo do Estado de São Paulo viola as disposições constantes do Pacto de São José da Costa Rica, com envergadura jurídica prevalente sobre a legislação ordinária pátria e, por isso, capaz de retirar do ordenamento jurídico brasileiro as disposições ordinárias em contrário, caso em que se enquadra o Decreto 64.959/SP.

REFERÊNCIAS

ALVES, Suelm Aparecida. *Prisão civil do devedor de alimentos: natureza jurídica e eficácia no plano prático*. Revista Percurso Acadêmico, v. 5, n. 9, p. 169-206, 2015.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: VERBATIM, 2016. 655 p.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Prisão civil por dívida*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, 200 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 964 p.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, 184 p.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 1470 p.

BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei n. 678, de 6 de novembro de 1992. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*. Brasília, DF, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*. Brasília, DF, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968. *Lei de Alimentos*. Brasília, DF, 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5478.htm Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm Acesso em: 15 fev. 2020.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 1120 p.

CASTILHO, Ricardo. *Direitos Humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 264 p.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, 475 p.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. 1728 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, 731 p.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, 271 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Constitucionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1440 p.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Conventionalidade das Leis*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 946 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, 1373 p.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 673 p.

RAMOS, André Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 1 ed. São Paulo: SARAIVA, 2014. 656 p.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos Fundamentais*. 1 ed. São Paulo: Editora Método, 2014. 282 p.

SÃO PAULO. *Decreto n. 64.959*, de 4 de maio de 2020. São Paulo, SP, 2020. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2020/decreto-64959-04.05.2020.html> Acesso em: 5 mai. 2020.

STF. *Recurso Extraordinário*: RE 80.004. SE. Relator: Xavier de Albuquerque. Data de Julgamento: 01/06/1977.

STF. *Recurso Extraordinário*: RE 466.343. SP. Relator: Cezar Peluso. Data de Julgamento: 03/12/2008.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2012. 1426 p.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosimar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 14. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019, 1888 p.

Recebido em: 06/06/2019

Aprovado em: 30/08/2019

**CARGA TRIBUTÁRIA E
EMPREENDEDORISMO NO BRASIL:
ASPECTOS DE SUA INFLUÊNCIA
NO MERCADO INTERNO E NO
DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL
NACIONAL**

***TAX BURDEN AND ENTREPRENEURSHIP IN BRAZIL:
ASPECTS OF ITS INFLUENCE IN THE INTERNAL
MARKET AND IN NATIONAL SUSTAINABLE
DEVELOPMENT***

Wellington de Serpa Monteiro
Mestre em Direito pelo UNIPÊ - Centro Universitário de João Pessoa. Especialista
em Direito Público com Capacitação para o Ensino no Magistério Superior
pela Faculdade Damásio. Especialista em Direito Processual pela UNAMA -
Universidade da Amazônia. Bacharel em Direito pela UFCE - Universidade Federal
do Ceará. Procurador da Fazenda Nacional, lotado na Procuradoria da Fazenda
Nacional no Estado da Paraíba (PFN-PB)

SUMÁRIO: Introdução; 1. Noções de desenvolvimento sustentável em Amartya Sen; 2. Carga tributária nacional e o retorno social da mesma; 3. O empreendedorismo, mercado interno e o desenvolvimento nacional; Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por escopo analisar o papel da carga tributária e do empreendedorismo como importantes vetores a influenciar o desenvolvimento nacional sustentável, objetivo de nosso Estado. Assim, partindo da premissa que para as concepções de desenvolvimento não são alheios à facilidade ou não para o empreendedorismo e a carga tributária nacional, divide-se o estudo em três partes. Na primeira, analisa-se a noção de desenvolvimento sustentável, sob a ótica do pensamento do economista Amartya Sen. Na seguinte, a questão de como a carga tributária pode influenciar (e dificultar) o desenvolvimento. Na terceira parte, a relação entre o empreendedorismo, mercado interno e o desenvolvimento, bem como algumas dificuldades para o empreendedorismo e, conseqüentemente, o desenvolvimento nacional. A pesquisa foi feita por meio de revisão bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Carga Tributária Nacional. Ordem Econômica. Empreendedorismo. Mercado Interno. Desenvolvimento Sustentável.

ABSTRACT: This article aims to analyze the role of tax burden and entrepreneurship as important vectors to influence objective national sustainable development of our State. So, starting from the premise that for the conceptions of development are unrelated to the ease or not for entrepreneurship and the national tax burden, the study is divided into three parts. At first, the notion of sustainable development, from the perspective of the Economist Amartya Sen. In the following, the question of how the tax burden can influence (and hinder) the development. In the third part, the relationship between entrepreneurship, internal market and development, and some difficulties to the entrepreneurship and, consequently, the national development. The survey was done through the literature review.

KEYWORDS: National Tax Burden. Economic Order. Entrepreneurship. Internal Market. Sustainable Development.

INTRODUÇÃO

A ordem econômica prevista na Constituição Federal de 1988, conquanto reconheça a importância do mercado interno (art. 219), também determina que o Estado brasileiro deva buscar o desenvolvimento nacional (art. 3º, II)¹, estabelecendo que a ordem econômica observe a proteção do meio ambiente (art. 170, VI)², dando ao desenvolvimento um caráter sustentável, instituindo que a atuação estatal possa ser de forma direta, mediante situações de possível exploração pelo Estado, quando imperativo à segurança nacional e ao relevante interesse coletivo (art. 173), bem como em atuação indireta, no qual o papel principal do Estado será como “agente normativo e regulador da atividade econômica”, onde exercerá as funções de “fiscalização, incentivo e planejamento”, sendo este último determinante para o setor público e indicativo para o setor privado, nos termos do art. 174 da CRFB/1988.

No aspecto de “incentivo” e de “planejamento” previsto no aludido artigo, para o desenvolvimento sustentável, temos a questão pertinente do empreendedorismo e da carga tributária nacional, os quais influenciam, inclusive, o progresso tecnológico e a inovação, que são um diferencial importante entre os países que prosperam e dominam o mercado global (players) e os países que ficam para trás. Incentivar ou não condutas dos agentes econômicos é questão vital, portanto, no que tange ao futuro que queremos ao nosso país.

Destarte, no presente artigo buscaremos explicar o desenvolvimento nacional sustentável, como princípio constitucional e objetivo do Estado Democrático de Direito criado pela Constituição Federal de 1988, sob uma visão a partir do pensamento do economista Amartya Sen.

Em capítulo seguinte será abordada a carga tributária nacional, após relembrar a importância do “dever constitucional de pagar tributos”, se concentrando em demonstrar o confronto entre a carga tributária e o IDH (Índice de Desenvolvimento Humano), a distribuição da mesma e

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

2 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

outras distorções reais da nossa carga tributária, as quais têm dificultado o nosso desenvolvimento.

Após, ao tratar sobre o empreendedorismo, tentaremos demonstrar sua importância e algumas dificuldades atuais para o crescimento do mesmo, o que tem se tornado um fator inibidor do desenvolvimento nacional.

1 NOÇÕES DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL EM AMARTHYA SEN

A Constituição Federal de 1988, além de fazer nascer uma nova ordem jurídica e um novo estado, caracterizado como um Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput), também estabeleceu em seu art. 3º os objetivos do mesmo, como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantia do desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e da marginalização; redução das desigualdades sociais e regionais e promoção do bem de todos, sem quaisquer preconceitos discriminatórios.

É a primeira vez que uma Constituição brasileira assinalou especificamente os objetivos fundamentais do nosso Estado (art. 3º), sendo que alguns deles são à base das prestações positivas que venham a concretizar uma democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar, na prática, o princípio da dignidade da pessoa humana (SILVA, 2007, p. 96).

Para atingir os objetivos do Estado nascido com a Constituição Federal de 1988, a mesma trata diretamente da “ordem econômica”, estabelecendo seus objetivos e princípios (art.170), caracterizando o seu caráter dirigente por determinar os objetivos, os programas e os fins a serem buscados, não somente pelo Estado, mas também pela sociedade como um todo, em seu aspecto econômico, uma vez que o “mercado” é, para além do seu aspecto econômico, uma instituição jurídica constituída pelo Direito Positivo do Estado moderno (GRAU, 2017, p. 32-33).

Aqui é importante se reconhecer o papel crucial da geração de riqueza, pois disso se trata quando se versa sobre a economia, em relação à determinação de nossas condições e qualidade de vida, bem como entender a natureza restrita e dependente dessa relação. Uma concepção moderna e adequada de desenvolvimento deve ir além da simples acumulação de riqueza e do crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), e de outras variáveis somente relacionadas à renda. Sem desconsiderar a importância do crescimento econômico, precisamos enxergar muito além dele, conforme propõe o pensamento do economista Amartya Sen (2010, p. 28).

Portanto, o crescimento econômico não pode ser considerado um fim em si mesmo, embora o mesmo seja essencial. O desenvolvimento vai além do mesmo, por estar relacionado, sobretudo, com a melhora na qualidade de vida da população e com as liberdades que esta possa usufruir. Deste modo, deve visar à expansão das “capacidades” das pessoas para as mesmas possam levar o tipo de vida que valorizam. Essas capacidades podem ser aumentadas e valorizadas pelas políticas públicas, mas também, por outro lado, a direção das políticas públicas pode ser influenciada pelo uso efetivo das capacidades participativas do mesmo povo (SEN, 2010, p. 33).

No contexto histórico em que surgiu, a ideia de desenvolvimento implica numa tentativa de reparação das desigualdades passadas, criando uma conexão capaz de preencher o abismo civilizatório entre as nações metropolitanas e a sua antiga periferia colonial, entre as minorias ricas modernizadas e a maioria ainda atrasada e exausta dos trabalhadores pobres. A ideia de desenvolvimento traz consigo a promessa da modernidade inclusiva propiciada pela mudança estrutural (SACHS, 2008, p. 13).

Assim, o desenvolvimento deve enfrentar a dicotomia existente entre a liberdade e a privação. A sociedade orientada para o mercado pode gerar exclusão (ou privação) para vários setores. Sem negar a lógica do mercado, procura conciliar a mesma com a expansão das liberdades (que são interligadas e de várias ordens – econômica, social, política) das pessoas, como forma de atingir o desenvolvimento. Estas liberdades são, portanto, ao mesmo tempo fins do desenvolvimento e meios para ele, e o processo de desenvolvimento precisa incluir a eliminação da privação das liberdades (SEN, 2010, p. 56).

Junto com o alcance social do desenvolvimento, somou-se a preocupação ambiental, baseada num imperativo ético de solidariedade entre a atual e as futuras gerações, dando uma dimensão sustentável ao desenvolvimento (SACHS, 2008, p. 15).

A Constituição Federal de 1988 trata de forma direta a questão do meio ambiente (art. 225), inserindo um conteúdo humano e social no direito ao meio ambiente, deixando de considerar o mesmo do ponto de vista puramente patrimonial, mas vendo-o como direito de terceira dimensão, ou seja, de caráter meta-individual, sendo bem de uso comum do povo, cuja titularidade abrange a atual e as futuras gerações (SARLET, 2017, p. 44).

Assim, precisamos ver nossa Constituição como expressão de um “Estado Socioambiental”, que estabeleceu, inclusive, os objetivos a serem

buscados pelo mesmo (art. 3º), o que permite a compreensão dinâmica da mesma, com possibilidade de abertura do texto constitucional para desenvolvimentos futuros (BERCOVICI, 2011, p. 208-209).

Nesse Estado Socioambiental, previsto e tratado em nossa Carta Política, portanto, tem como marca seu comprometimento com o desenvolvimento sustentável, o qual, embora possa ser analisado de outras formas, pode-se afirmar que possui cinco pilares: social, econômico, ambiental, territorial e político. O social, ante o fito de minorar as profundas desigualdades e a disrupção social que pairam na sociedade de nosso país; o econômico, pois a real viabilidade econômica é influenciada por diversos fatores (instituições sólidas, tributação, etc.), e é a *conditio sine qua non* para que as coisas ocorram; o ambiental, nas suas duas dimensões, com os sistemas de sustentação da vida como provedores dos recursos, bem como os “recipientes” para a acomodação dos “resíduos” (poluição) da sociedade; o territorial, relacionado à disposição espacial dos recursos, das populações e das atividades; e, por fim, o político, onde a governança democrática é um valor fundador necessário para que as coisas aconteçam, ou seja, as verdadeiras aspirações da sociedade possam ser priorizadas como um todo (SACHS, 2008, p. 15).

O processo de desenvolvimento, quando julgado pela ampliação da liberdade humana, precisa incluir a eliminação da privação das liberdades. Mesmo se alguém não tiver interesse imediato em exercer a liberdade de expressão ou de participação, por exemplo, ainda assim seria uma privação de suas liberdades caso a mesma não pudesse ter a possibilidade de escolha nessas questões. Portanto, deve ficar claro que a visão de liberdade envolve tanto os processos que permitem a liberdade de ações e decisões, como as oportunidades reais que as pessoas têm, dadas as suas circunstâncias pessoais e sociais (SEN, 2010, p. 56).

Assim, nosso Estado deve, obrigatoriamente, mediante os seus instrumentos de intervenção, incluindo a tributação, buscar o desenvolvimento sustentável, sendo que a importância do volume de tributação (carga tributária) e sua influência no desenvolvimento é assunto do tópico seguinte.

2 CARGA TRIBUTÁRIA NACIONAL E O RETORNO SOCIAL DA MESMA

Nos diversos Estados a tributação se faz necessária, uma vez que as Constituições, mesmo quando não o dizem expressamente, agregam diversos deveres fundamentais, dentre os quais, o de pagar tributos (NABAIS, 2002, p. 05).

Por conseguinte, temos que uma das condições do Estado é a existência das finanças públicas. Com efeito, todas as atividades do poder estatal dependem de recursos financeiros. Assim sendo, o “Estado Fiscal” constitui uma faceta do Estado moderno (FUCK, 2017, p. 49).

Assim, temos, além dos direitos, os deveres que estão presentes no liberalismo, cujos maiores exemplos seriam os deveres de defesa da pátria (serviço militar) e o de pagar impostos; temos os deveres do contribuinte à democracia, consubstanciado no sufrágio universal, que nos legou deveres políticos, como os de voto e de participação política; temos, enfim, com a evolução do estado, os deveres que constituem o aporte do Estado Social, ou seja, os deveres econômicos, sociais e culturais, como os de subscrever um sistema de segurança social, de proteger a saúde, de possibilitar o ensino básico, etc. (NABAIS, 2002, p. 06).

A sua importância advém do fato, portanto, de que os valores dos tributos pagos pelos contribuintes não são do Estado de per se, mas sim de toda a sociedade, donde provêm os mesmos, e constituem o meio econômico para que os entes públicos possam obter os recursos para que possam cumprir com as suas obrigações elencadas na nossa Constituição, exercendo o seu poder de polícia e garantindo os serviços básicos indispensáveis para o exercício de diversos direitos, como o direito à saúde, à educação, à segurança, etc., incluindo-se aí a própria manutenção da estrutura estatal.

Assim, nossa Constituição previu um título específico do sistema tributário nacional, em âmbito constitucional, em suas disposições contidas nos art. 145 a 162, não obstante existirem outros dispositivos referentes claramente a tributos (por exemplo, o art. 195).

Tais disposições tratam dos aspectos estruturais básicos do nosso ordenamento jurídico – tributário, a qual os poderes do Estado estão subordinados. Criar tributos já não é mais mero poder do Estado, mas um dever cívico ou social, amparado na solidariedade, que se atende pelo ato de contribuir para as despesas de acordo com a capacidade contributiva (BUFFON e MATOS, 2015, p. 141).

Aqui temos para os indivíduos um dos chamados “deveres fundamentais”, o qual se tem como uma categoria jurídico-constitucional própria que, no entanto, integra a matéria dos direitos fundamentais,

enquanto polarizadora de todo o teor do estatuto constitucional do indivíduo, que deve ser entendido como um ser livre e responsável, ou seja, uma pessoa que deve contribuir para a vida em uma comunidade organizada (NABAIS, 2015, p. 674-679).

Destarte, a nossa Constituição Federal exige implicitamente que os tributos venham ajustados aos louváveis objetivos previstos na mesma, e que interessa a atual e às futuras gerações ao estatuir que os entes estatais devam: 1) promover a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), o “bem de todos” (art. 3º, IV), “a saúde” (arts. 6º, *caput* e 196, *caput*), “a assistência aos desamparados” (art. 6º, *caput*) e “programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente” (art. 227, § 1º); 2) “assegurar a todos a existência digna” (art. 170, *caput*); 3) proporcionar seguridade social, mediante também ações de que garantam “os direitos relativos à saúde” (art. 194, *caput*); 4) prestar assistência social, tendo por objetivos, dentre outros, “a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária (art. 203, IV); e 5) “amparar as pessoas idosas, defendendo a sua dignidade, bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida” (art. 230) (CARRAZA, 2012, p. 509).

Deste modo, apontamos a importância e o lugar central que a atual Constituição concede ao tributo, pois este constitui um pressuposto funcional do Estado Democrático de Direito, ou seja, para que o Estado possa desenvolver suas funções o mesmo inevitavelmente é chamado a retirar uma parte importante dos rendimentos dos cidadãos, por meio dos tributos. Portanto, o Estado contemporâneo tem na tributação seu principal meio de funcionamento, e por isso passa a ser chamado de “Estado Fiscal” (BUFFON e MATOS, 2015, p. 142).

Uma vez que é pela tributação que o Estado consegue financiar os gastos públicos – o que é fundamental para a sua saúde econômica –, produz alguns importantes efeitos sobre a economia: distributivo, em virtude da tributação poder provocar a redistribuição de renda, tirando de uns para aplicar em favor de outros; alocativo, quando se tem em conta que não é neutra em relação a economia, por impactar nas forma como a totalidade dos recursos é dividida para a utilização no setor público e no setor privado; estabilizador, pois a política fiscal deve objetivar alcançar uma razoável estabilidade no nível dos preços, equilíbrio na balança dos pagamentos e taxa aceitável de crescimento econômico (SCHOUERI, 2019, p. 36).

Por conseguinte, o Estado brasileiro influencia os agentes econômicos mediante a tributação, uma vez que este, como qualquer outro estado moderno, é também um Estado Fiscal³.

Conquanto “qualquer sistema tributário esteja eivado de problemas”, o mesmo influi não só diretamente nos elementos abstratos de avaliação do país, mas, sobretudo, no bem-estar real da população e saúde financeira das empresas (COASE, 2017, p. 185).

Portanto, a formulação das bases tributárias, enquanto política pública, não deve apenas tentar cumprir as prioridades que decorrem de demanda arrecadatória, mas também devem atender ao interesse público de desenvolvimento socioeconômico e sustentável, consoante previsto na nossa Constituição (CALIENDO, 2017, p. 161).

Geralmente se confere a tributação as finalidades de servir como fonte de financiamento fundamental do fornecimento de bens e serviços por parte do Estado e de promover a redistribuição de renda. Nesse sentido, e a título de comparação, esta é a posição acolhida expressamente na Constituição da República Portuguesa, ao afirmar no n^o 1 do artigo 103 da mesma que “o sistema fiscal visa à satisfação das necessidades financeiras do Estado e de outras entidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza” (PORTUGUAL, 1976).

Convém lembrar que o Estado Fiscal, além de arrecadador e indutor de condutas dos agentes econômicos mediante os tributos, é uma “instituição” que pode influenciar e “reduzir a incerteza ao conferir estrutura à vida (econômica) cotidiana”, uma vez que “as instituições abrangem quaisquer formas de restrição que os seres humanos engendrem para moldar à interação humana”, e desse modo à tributação pode ou não ser um fator de facilitação para o desenvolvimento de nossa sociedade (NORTH, 2018, p. 14).

Nesse sentido, a eficiência do nosso Estado Fiscal pode ser avaliada por diferentes prismas. Um dos mais importantes, a nosso ver, é avaliada pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT), mediante o IRBES (índice de retorno de bem estar à sociedade), criado pelo mencionado instituto, o qual, em realidade, é um mecanismo eficaz de avaliação da gestão pública de cada país, pois leva em conta o produto interno bruto

3 Lembramos que na nossa doutrina pátria se utiliza, às vezes, no lugar de Estado Fiscal, a expressão “fisco”.

(PIB) e o respectivo confronto entre a carga tributária e o IDH (Índice de Desenvolvimento Humano).

Pelo IRBES, em 2017, o Brasil ocupou a 30ª posição no ranking internacional, perdendo para países distantes como Austrália (1ª), Coreia do Sul (2ª), e os EUA (3ª), bem como para os nossos próprios vizinhos sul-americanos, como a Argentina (24ª) e o Uruguai (13ª) (IBPT, 2017).

Lembramos que o retorno adequado dos tributos pagos na prestação de serviços de qualidade é fator fundamental para o desenvolvimento socioeconômico, pois estes serviços básicos em saúde, educação, etc., formam a base das políticas públicas que influenciam decisivamente as “liberdades substantivas dos indivíduos” (SEN, 2010, p. 59).

Em sentido inverso, quanto ao percentual da cobrança de tributos, o Brasil figura no 14.º lugar no ranking mundial, a frente da Coreia do Sul (30ª), da Argentina (20ª) e do Uruguai (29ª) (IBPT, 2017).

Além disso, outro problema é como se faz a distribuição da tributação em nosso país, quando comparada com outros países, no que tange à base de incidência dos tributos sobre consumo (bens e serviços), renda, propriedade e folha salarial. Nesse sentido, esclarecedora a tabela da OCDE (2013):

Tabela 01 – Carga Tributária total e distribuição percentual da carga tributária nos países da OCDE e Brasil em 2013.

País	Carga tributária total	Renda, lucro e ganhos de capital	Folha de salários	Propriedade	Bens e serviços
Dinamarca	48,6	30,7	1,1	1,8	15,0
França	45,0	10,9	18,4	3,8	12,0
Finlândia	44,0	15,3	12,7	1,3	14,7
Suécia	42,8	14,8	14,4	1,1	12,4
Itália	42,6	14,2	13,0	2,7	12,7
Austria	42,5	12,5	17,5	0,7	11,8
Noruega	40,8	18,6	9,7	1,2	11,3
Luxemburgo	39,3	13,9	11,3	2,9	11,3
Hungria	38,9	6,4	13,9	1,3	17,3
Eslovênia	36,8	6,6	14,9	0,7	14,7
Alemanha	36,7	11,4	14,0	0,9	10,4
Islândia	35,5	16,4	4,0	2,5	12,6
Média OCDE	35,0	11,7	9,6	1,9	11,5
República Checa	34,1	7,0	14,8	0,5	11,8
Brasil	33,7	6,1	8,5	1,3	17,9
Grécia	33,5	7,7	10,6	2,2	13,0
Portugal	33,4	10,9	8,9	1,1	12,5
Reino Unido	32,9	11,7	6,2	4,1	11,1
Espanha	32,6	9,6	11,3	2,1	9,5
Canadá	30,6	14,4	5,5	3,2	7,4
Israel	30,5	9,7	6,3	2,7	11,9
Turquia	29,3	5,9	8,0	1,4	14,0
Irlanda	28,3	11,7	4,6	2,2	9,8
Suíça	27,1	12,3	6,7	1,8	6,2
Estados Unidos	25,4	12,1	6,2	2,8	4,3
Coreia do Sul	24,3	7,1	6,5	2,5	8,2
Chile	20,2	7,2	1,4	0,8	10,7

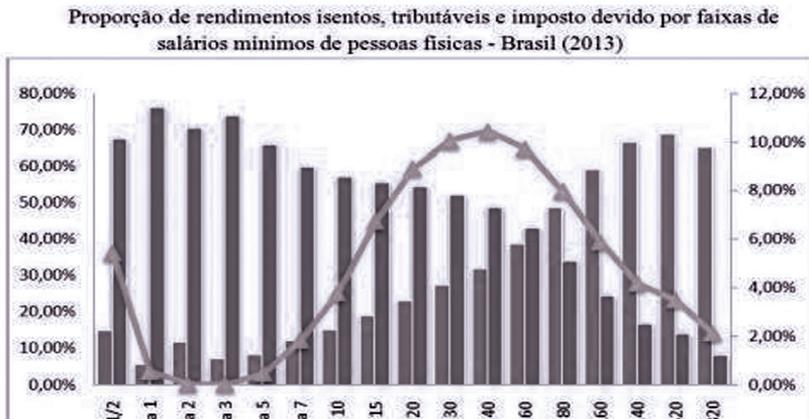
Fonte: Elaboração própria conforme dados da OCDE (www.oecd.org, 2013).

Outro prisma importante ao se analisar a tributação é a carga tributária em função da renda. Nesse caso, em nosso Estado, a base de rendimentos tributáveis passa a cair para os indivíduos que receberam mais do que três salários-mínimos.

Inversamente, e de forma absurda, os rendimentos isentos passam a se elevar a partir dessa faixa. O pico de isenção de rendimentos em relação à renda é para quem recebeu entre 240 e 320 salários-mínimos (R\$ 162.720,00 e R\$ 216.960,00).

Nesse sentido, gráfico abaixo da Receita Federal (2013), no qual se demonstra que ficam imunes de impostos 68,81% das receitas desses indivíduos (!). Vejamos:

Gráfico 01 – Porção de rendimentos isentos, tributáveis e IR devido para as faixas de salários-mínimos (pessoa física) – Brasil (2013).



Fonte: Receita Federal do Brasil (2013).

Esses “super-ricos” beneficiam-se da baixa tributação sobre ganhos financeiros (e não sobre o setor produtivo), que no Brasil varia entre 15% e 20%, enquanto os salários dos trabalhadores estão sujeitos a um imposto progressivo, cuja alíquota máxima de 27,5% e atinge níveis muito moderados de renda (acima de 4,7 mil reais, em 2015). Portanto, claramente é desrespeitado o princípio da capacidade contributiva, o qual é a máxima fundamental da tributação e concretiza, numa primeira etapa, os princípios da igualdade tributária e da proibição de excesso (KIRCHHOF, 2016, p. 27).

Por fim, ao ser analisada a divisão da tributação sobre o total do lucro (somando a pessoa jurídica e a pessoa física) chega-se, em média, a 48% em média nos países da OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, organização que reúne os países mais desenvolvidos, sendo que esse índice se eleva para 64% na França, 48% na Alemanha e 57% nos Estados Unidos. No Brasil, com as isenções sobre lucros e dividendos e outros benefícios tributários, essa taxa cai abaixo dos 30% (OCDE, 2013).

Destarte, como criar tributos já não é somente mero aspecto do poder soberano do Estado, mas sim um dever social, pois amparado no princípio da solidariedade social, que se atende ao fato de todos terem que contribuir para o pagamento das despesas dos serviços estatais, de acordo com a capacidade contributiva de cada um, pode-se dizer, portanto, que nosso Estado tem falhado nesse aspecto, com implicações no campo econômico e social, sem conseguir concretizar, infelizmente, as diretrizes constitucionais previstas em nossa Constituição Federal (BUFFON e MATOS, 2015, p. 141).

Além da carga tributária, o empreendedorismo também tem influência direta no mercado interno e no desenvolvimento, conforme se demonstra a seguir.

3. O EMPREENDEDORISMO, MERCADO INTERNO E O DESENVOLVIMENTO NACIONAL

O mercado é figura essencial em um regime capitalista, o qual, além de ser uma realidade econômica, é também uma instituição jurídica constituída pelo Direito Positivo em um Estado moderno (SEN, 2010, p. 32).

Que a nossa Constituição privilegia o mercado é fato, e realmente se faz necessário sua previsão e tratamento jurídico, pois é evidente que, para suas operações, os mercados existentes exigem mais do que o fornecimento de um espaço físico, onde passam ocorrer às compras e vendas. Exigem, muito mais, o estabelecimento de normas jurídicas que regem os direitos e deveres daqueles que realizam transações nessas instalações (COASE, 2017, p. 11).

Em nossa Constituição consta a expressão “mercado interno”, caracterizado como patrimônio nacional (art. 219), o qual deve visar garantir melhores condições sociais de vida da população e a autonomia tecnológica do país, na busca de um verdadeiro desenvolvimento “endógeno”,

ou seja, o nosso Estado deve determinar o direcionamento das atividades que compõem esse mesmo mercado interno, viabilizando a homogeneização social e a internalização dos centros de decisão econômica (BERCOVICI, 2011, p. 219-220).

Aduzir que o mercado interno é patrimônio nacional não significa que o mesmo seja integrado ao domínio público, ou que o mesmo constitua um bem de uso comum do povo, da mesma forma que o meio ambiente. Em realidade, sua integração no patrimônio nacional se dá na medida em que nossa Constituição o toma como expressão da soberania econômica nacional (GRAU, 2017, p. 252).

Por essa razão é que o preceito constitucional (art. 219) determina que o mercado interno “será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal” (BRASIL, 1988).

Destarte, o mercado interno é visto como um grande ativo para o desenvolvimento nacional sustentável, pois é constituído por agentes econômicos, dentre os quais, os empreendedores e os trabalhadores, os quais são, em verdade, os consumidores por excelência do que é produzido pelo mesmo mercado interno. Procura-se, assim, evitar restrições arbitrárias aos mecanismos de mercado, pois estes podem levar a uma redução de liberdades devido aos efeitos consequenciais da ausência do mesmo. Negar às pessoas as oportunidades econômicas e as consequências favoráveis que os mercados oferecem e sustentam, pode resultar em privações a todos os membros da sociedade, particularmente, aos mais desfavorecidos (SEN, 2010, p. 43).

A valorização do mercado interno, conseqüentemente, o torna centro dinâmico do desenvolvimento nacional, inclusive no sentido de proporcionar garantias de melhores condições de vida para a população e a autonomia tecnológica do país, reforçando a necessidade de autonomia dos centros decisórios sobre a política econômica nacional, complementando o disposto nos artigos 3º, II (garantir o desenvolvimento nacional) e 170, I (a soberania nacional) da CRFB/1988. No desempenho desse papel, o Estado, ao atuar para programar e efetuar as políticas públicas que favoreçam o desenvolvimento do mercado interno enriquece suas funções de integração, de modernização e de legitimação capitalista (SEN, 2010, p. 41).

Previendo esse o papel do mercado interno, nossa Constituição visa um desenvolvimento voltado para as necessidades de nossa sociedade, com

a devida internalização dos centros de decisão econômica, a dinamização e a integração do mercado interno, para garantir uma homogeneização social com a apropriação do excedente econômico pela maior parte da população, bem como uma ênfase no desenvolvimento sustentável e na inovação (BERCOVICI, 2011, p. 219-220).

Assim sendo, fica evidente que somos (ou pretendemos ser?) uma economia de mercado, em que os agentes econômicos privados têm um papel muito relevante, com a regulação das atividades, em regra, cabendo ao Estado.

É fato que as relações de negócio não influenciam somente as partes diretamente envolvidas nos mesmos, pois em qualquer processo de produção e de consumo existem efeitos externos que prejudicam ou beneficiam terceiros (COASE, 2017, p.12-13).

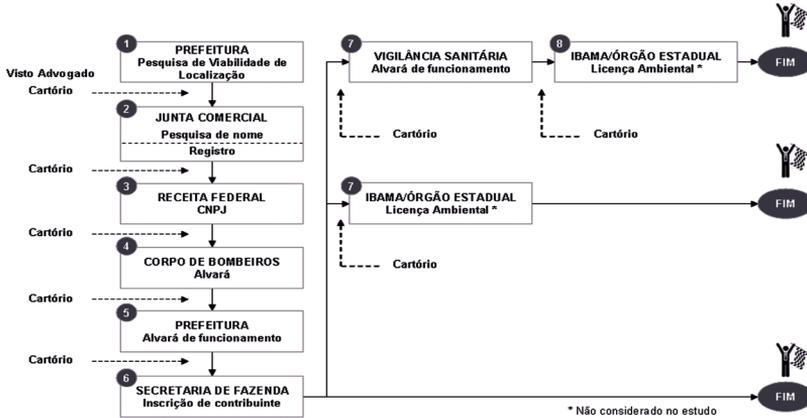
Para o desenvolvimento das empresas, há fatores internos e externos que os influencia, tais como uma “cultura” do empreendedorismo, organização do negócio, acesso ao crédito, tributação que incentive o surgimento de novas empresas e as facilidades (ou não) para o empreendedorismo.

É o empreendedor que, geralmente, inicia a mudança econômica, pois os consumidores, se necessário, vão sendo por ele “educados”; eles são, por assim dizer, ensinados a desejar novas coisas, ou coisas que diferem de alguma forma daquelas que já tinham o hábito de consumir antes. Portanto, busca o empreendedor o desenvolvimento e a inovação (SCHUMPETER, 1997, p. 10).

No que tange a facilidade para abertura de empresas, a realidade nacional tem sido negativa, pois, segundo dados do Banco Mundial (2012), o tempo que se leva para abrir uma empresa no Brasil, apesar de haver encolhido 20% nos últimos anos, segue entre os maiores do mundo. O processo, que durava 152 dias em 2007, caiu para 119 dias, colocando o país em 179º no ranking de burocracia, feito entre 183 países. Dos que compõe os BRICS, o Brasil é o pior para a abertura de novas empresas. Apenas Guiné Equatorial (137), Venezuela (141), Congo (160) e Suriname (694 dias) têm processos mais demorados (EXAME, 2012).

Segundo dados de um estudo elaborado pela FIRJAN – Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro (2010), para que um empreendedor possa abrir sua empresa, em regra, são estes os órgãos que devem ser “visitados”, em uma verdadeira maratona, consoante tabela a seguir:

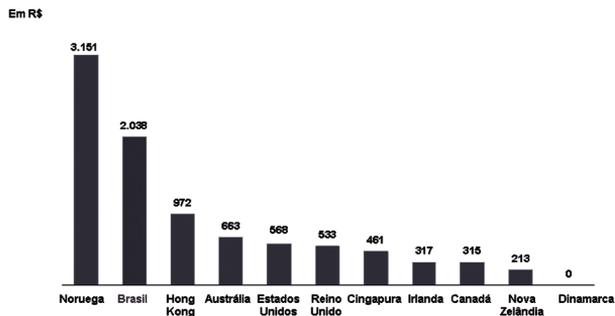
Tabela 02 - Órgãos necessários para abrir uma Empresa no Brasil.



Fonte: FIRJAN (2010).

Além da questão do tempo, o custo para se abrir uma empresa Brasil, quando comparado a outros países, é muito mais elevado em nosso país. De fato, conferindo os dados da pesquisa realizada pela FIRJAN (2010) e do Banco Mundial, percebe-se que ocupamos a posição 58º do ranking mundial. No quadro abaixo, o custo financeiro de aberturas de empresas no Brasil, em comparação com os países onde é mais fácil a abertura de empresas (FIRJAN, 2010):

Tabela 03: Custo para abrir uma empresa no Brasil e nos 10 países mais fáceis para abertura de empresas.



Fonte: Sistema FIRJAN e Banco Mundial (2010).

Mesmo entre os chamados BRICS, levamos nítida desvantagem, consoante quadro infra:

Tabela 04 – Custo para abertura de empresas nos BRICS.

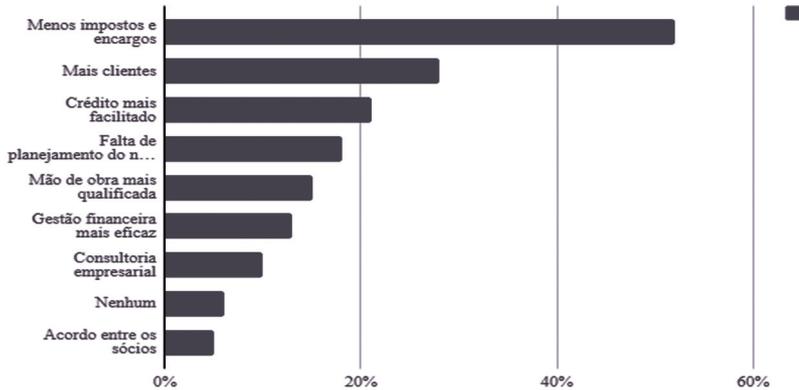
Custos de abertura de empresas nos BRICS	Reais
Rússia	559
Índia	1.176
China	280
Média - Rússia, Índia e China	672
Brasil	2.038

Fonte: Sistema FIRJAN (2010) e Banco Mundial.

Em face dessa realidade institucional muito ruim, o Brasil, entre 2010 e 2014 – portanto, antes da grave crise econômica pela qual estamos passando –, passou por uma queda da taxa de sobrevivência das empresas com até 02 anos, dentre as que não são MEI (Microempreendedor individual) de 52% para 45%. A taxa de sobrevivência das micro e pequenas empresas com até 02 anos passou de 54% para 77%. Porém, em boa parte essa melhora se deveu mais à ampliação do número de microempreendedor individual (MEI). No entanto, quando os MEIs são excluídos, a taxa de sobrevivência cresceu apenas quatro pontos percentuais, passando de 54% para 58%. O MEI causou um impacto positivo no cálculo da taxa de sobrevivência de empresas porque a sua participação no total de empreendimentos passou de 0% para 63% do total de empresas criadas, entre 2008 e 2012 (SEBRAE, 2016).

Consoante um estudo do mesmo SEBRAE (2018), em relação às empresas que encerraram suas atividades, se constata que, na opinião de seus proprietários, o que seria mais útil para evitar o fechamento do negócio: em primeiro lugar menos imposto e encargos (52%); depois mais clientes (28%); mais crédito facilitado (21%) e um melhor planejamento do negócio (18%), conforme a seguir:

Gráfico 02 – Percentual de fatores que, segundo a opinião dos proprietários de empresas que fecharam, teria evitado o fim de suas atividades.



Fonte: SEBRAE (2016).

Não se pode olvidar que, além do prejuízo que acarreta a economia (e, conseqüentemente, na vida de muitas pessoas) como um todo, um clima institucional que não favorece o empreendedorismo e a existência das empresas, também dificulta a inovação. Ora, o papel da inovação e da tecnologia no auxílio ao desenvolvimento do país tem sua relevância ao garantir o fortalecimento de setores socioeconômicos do mesmo.

Em estudo nesse sentido, o Fórum de Inovação em 2018, promovido pela Revista Exame, em parceria com a Confederação Nacional das Indústrias (CNI), e com participação de representantes do setor público e privado, foi debatido o tema da “Indústria do Futuro”, e sobre como a indústria nacional tem trabalhado para se tornar cada vez mais inovadora, com o intuito de elevar sua representatividade na economia do país (EXAME, 2018).

No referido Fórum, foram diagnosticados aspectos que impedem que o Brasil se torne um país inovador, e a velocidade para avançar com a inovação pela possibilidade de reduzir etapas; a falta de incentivo para a geração de valor advinda com a inovação por meio da necessidade dos consumidores; a atenção das empresas para geração de oportunidades em momento de crise; além da necessidade de efetivar a aprovação de patentes e a criação da cultura de inovação nas empresas. Segundo dados

de reportagem da Folha de São Paulo (2018), o Brasil ainda encontrando-se longe dos líderes, inclusive os da América Latina:

Tabela 05 - Índice Global de Inovação.

Índice Global de Inovação

Brasil ganha 5 posições, mas ainda está distante do topo

Evolução do Brasil (total de 126 países)

Ano	Colocação
2016	69º
2017	69º
2018	64º

Onde o Brasil está nas 7 áreas do índice

38º	Sofisticação de negócios
52º	Capital e recursos humanos
64º	Conhecimento e tecnologia
64º	Infraestrutura
78º	Criatividade
82º	Sofisticação de mercado
82º	Instituições

Líderes regionais

América do Norte

1º	 EUA
2º	 Canadá
3º	não tem

África Subsaariana

1º	 África do Sul
2º	 Ilhas Maurício
3º	 Quênia

América Latina e Caribe

1º	 Chile
2º	 Costa Rica
3º	 México

Fonte: Folha de São Paulo (2018).

Conforme relatado, quanto ao Índice Global de Inovação (IGI), dentre sete áreas de avaliação, o Brasil se encontrava em 38ª colocação em relação à sofisticação de negócios; somente a 64ª em conhecimento e tecnologia; a 78ª em criatividade e apenas 82ª em instituições (EXAME, 2018).

A inovação, portanto, necessita de um “ambiente” favorável aos negócios e deve ser vista como ampliação de novos conhecimentos aplicados a propósitos específicos, que se fazem “perceber através de novas técnicas, materiais ou equipamentos que aumentam a eficiência do processo produtivo ou que implicam em um novo ou aprimorado produto” (CALIENDO e MUNIZ, 2015, p. 159).

Portanto, permitir o desenvolvimento do setor produtivo, com facilitação para o empreendedorismo e a existência de empresas, incentiva de forma muito positiva o comportamento de agentes econômicos que possam favorecer o desenvolvimento e o progresso da tecnologia e da inovação, com implicações em termos econômicos e sociais, além do meio ambiente, por conseguinte, uma maneira de responder aos principais desafios ao desenvolvimento sustentável do nosso país.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio do desenvolvimento sustentável é figura moderna, sendo que nossa Constituição, expressamente, determina como um dos objetivos do nosso Estado o desenvolvimento nacional, requerendo que este busque ter uma natureza sustentável, ante a necessidade de observância da proteção ao meio ambiente e importância clara do mesmo no texto constitucional, inclusive a proteção ambiental é um dos princípios a ser observado na ordem econômica nacional, ou seja, podemos dizer que o desenvolvimento nacional figura como um dos objetivos do Estado brasileiro, sendo que este, considerando a sistemática constitucional, deve observar a sustentabilidade.

Ao mesmo tempo, nossa Carta Política previu uma tributação (Estado Fiscal) como necessária ao financiamento das políticas públicas, advindo do dever fundamental de pagar tributos, mas que deve ser exigido de forma a favorecer o desenvolvimento nacional, não podendo a carga tributária ser excessiva, ante a influência que esta exerce sobre o mercado interno.

Este, além de fundamental pelo texto constitucional, é visto como meio para o desenvolvimento nacional, sendo o mesmo formado por agentes econômicos. Igualmente, o mercado interno, como “patrimônio nacional”, será influenciado pelo empreendedorismo, vez que sem o surgimento de empresas ou com as dificuldades para a manutenção da existência e do crescimento das mesmas, não se tem o desenvolvimento econômico, o qual não basta de per si, mas, sem dúvida, é fundamental para o tipo de desenvolvimento preconizado na nossa Carta Política.

Portanto, como evidenciado no presente artigo, o volume de carga tributária e o empreendedorismo influenciam diretamente ao desenvolvimento nacional, os quais, conforme demonstrado, ainda apresentam muitos problemas e requerem, por conseguinte, avanços

necessários, para que passem a não tolher, mas sim a favorecer o desenvolvimento socioeconômico sustentável, objetivado pelo Estado criado pela Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. *Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 jan. 2019.

BUFFON, Marciano. MATOS, Mateus Bassani de. *Tributação no Brasil do Século XXI*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

CALIENDO, Paulo. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. MUNIZ, Veyzon. Política Fiscal e Desenvolvimento tecnológico-empresarial: Uma análise crítica sobre a inovação e tributação. *Revista de Direito Brasileira (RDB)*, Ano 05, v. 12, 2015.

CARRAZA, Roque Antônio. *ICMS*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

COASE, Ronald H. *A Firma, o Mercado e o Direito*. 2. ed. São Paulo: Gen/Forense Universitária, 2017.

EXAME. Revista. *Abertura de Empresas no Brasil*. 2012. <https://exame.abril.com.br/blog/instituto-millennium/abertura-de-empresas-brasil-e-um-dos-paises-onde-se-leva-mais-tempo>. Acesso em: 24 jan. 2019.

_____. *Economia: o que impede o Brasil de ser mais inovador, segundo 6 especialistas*. FIGO, Aderson. 22 maio 2018. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/economia/o-que-impede-o-brasil-de-ser-mais-inovador-segundo-seis-especialistas/>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

FIRJAN. *Quanto custa abrir uma empresa no Brasil?* 2010. file:///C:/Users/Downloads/sistema-firjan-quanto-custa-abrir-empresa-brasil-2010%20(1).pdf. Acesso em: 17 jan. 2019.

FOLHA. Folha de São Paulo. *Brasil Melhora em Ranking de Inovação, mas está longe de líderes até da América Latina*. BRANT, Danielle. 10 jul. 2018.

Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/07/brasil-melhora-em-ranking-de-inovacao-mas-esta-longe-de-lideres-ate-na-america-latina.shtml>>. Acesso em: 19 jan. 2019.

FUCK, Luciano Felício. *Estado Fiscal e o STF*. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

IBPT – Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação. *IRBES - Índice de Retorno de Bem Estar*. (2017). <https://pt.linkedin.com/pulse/o-irbes-%C3%ADndice-de-retorno-bem-estar-%C3%A0-sociedade-e-proposta-arag%C3%A3o> Acesso em: 22 jan. 2019.

KIRCHHOF, Paul. *Tributação no Estado Constitucional*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. 1ª ed. 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015.

_____. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *Revista de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie*, Ano 03, 02, p. 9-30. 2002. <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7246/4913>. Acesso em: 25 jan. 2019.

NORTH, Douglass C. *Instituições, Mudança institucional e Desempenho Econômico*. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

PORTUGUAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. Site: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view> Acesso em: 26 jan. 2019.

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

SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do Direito Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SEBRAE. *Como abrir uma empresa. Sebrae Nacional*. 2018. <http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/passos-a-passos-para-o-registro-da-sua-empresa,665cef598bb74510VgnVCM1000004c00210aRCRD>. Acesso em: 20 jan. 2019.

_____. *Sobrevivência das empresas – Data-Sebrae*. 2016. <https://m.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/sobrevivencia-das-empresas-no-brasil-102016.pdf> Acesso em: 21 jan. 2019.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SCHUMPETER, Joseph Alois. *Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico*. São Paulo: Nova Cultura, 1997.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed, São Paulo: Malheiros, 2007.