

REVISTA DA
AGU

volume 21 nº 04 - Brasília-DF, out./dez. 2022

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

Revista da AGU	Brasília	v. 21	nº 04	p. 1-228	out./dez. 2022
----------------	----------	-------	-------	----------	----------------

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.
e-mail: eagu.avaliaeditorial@agu.go.br
© Advocacia-Geral da União - AGU - 2018

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Bruno Bianco Leal

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO - SUBSTITUTO

Adler Anaximandro de Cruz e Alves

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Adler Anaximandro de Cruz e Alves	Secretário-Geral de Consultoria
Vinícius Torquetti Domingos Rocha	Procurador-Geral da União
Arthur Cerqueira Valério	Consultor-Geral da União
Miguel Cabrera Kauam	Procurador-Geral Federal
Izabel Vinchon Nogueira de Andrade	Secretária-Geral de Contencioso
Edimar Fernandes de Oliveira	Corregedor-Geral da Advocacia da União
Vlândia Pompeu Silva	Diretora da Escola da Advocacia-Geral da União
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor da Advocacia-Geral da União

ESCOLA DA AGU

Vlândia Pompeu Silva	Diretora
Ludmila Mendonça Valadares Peixoto	Coordenadora-Geral de Gestão de Pós-Graduação - Substituta
Allan Tavares	Coordenador de Pesquisa, Publicações e Avaliação

ABNT(adaptação)/Diagramação: Walbert Kuhne / Kamilla Souza

Capa: Walbert Kuhne / Kamilla Souza

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 (versão impressa)

ISSN 2525-328x (versão online)

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

CDD 341.05
CDU 342(05)

EDITOR-CHEFE

VLÁDIA POMPEU SILVA

Diretora da Escola da AGU, Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília - UNICEUB. Mestre em Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo pela Universidade Pablo de Olavide. Doutoranda em Direito Constitucional pelo Instituto de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP. Procuradora da Fazenda Nacional.

VICE-EDITOR

HENRIQUE AUGUSTO FIGUEIREDO FULGÊNCIO

Responsável pela Coordenação dos Cursos de Pós-Graduação e Grupos de 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. Advogado da União

EDITOR-ASSISTENTE

Allan Tavares

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. Leciona 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.

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

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).

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

ALEXANDRE DOUGLAS ZAIDAN DE CARVALHO - ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – AGU

Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília/UnB, mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Recife/UFPE. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica do Salvador/UCSal. Procurador Federal.

ANA ELIZABETH LAPA WANDERLEY CAVALCANTI - FACULDADES METROPOLITANAS UNIDA - FMU

Doutora e mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo Advogada no Escritório Cavalcanti e Cavalcanti Advogados em São Paulo. Professora da graduação, Pós-graduação e Mestrado do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unida – FMU

CARLIANE DE OLIVEIRA CARVALHO - ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – AGU

Doutora e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Professora em Direito do Estado, com ênfase em Direito Constitucional e Administrativo de diversas Pós-Graduações e Cursos para Concursos Procuradora Federal.

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR – UNIVERSIDADE DE ITAÚNA

Pós-doutor em direito pela PUC-MG. Doutor em Direito Empresarial. Professor titular do doutorado, mestrado e graduação em direito da Universidade de Itauúna

GABRIELLE JACOBI KÖLLING - UNIVERSIDADE MUNICIPAL DE SÃO CAETANO DO SUL

Doutora e mestre em Direito Público. Especialista em Direito Sanitário. Professora do Mestrado Profissional em Direito do CERS - Complexo Educacional Renato Saraiva.

GUSTAVO DA SILVA SANTANNA – PROCURADORIA DO MUNICÍPIO DE ALVORADA - RS

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Professor de graduação da Atitus Educação, professor da especialização em Direito do Estado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, professor da especialização em Direito

Digital, Gestão da Inovação e Propriedade Intelectual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MINAS. Procurador do Município de Alvorada/RS.

IRAPUÃ GONÇALVES DE LIMA BELTRÃO – ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – AGU

Doutor e mestre em Direito pela Universidade Gama. Foi professor Substituto em Direito Tributário e Financeiro dos Cursos de Direito e Contabilidade da UFRJ. Procurador Federal.

JOÃO PAULO ROCHA DE MIRANDA - UNIVERSIDADE FEDERAL DO PAMPA – UNIPAMPA

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA. Mestre em Direito Agroambiental pela Universidade Federal do Mato Grosso - UFMT. Professor Adjunto III da Universidade Federal do Pampa - UNIPAMPA. Advogado e Zootecnista

LEANDRO SARAI – BANCO CENTRAL, PROCURADORIA REGIONAL DO BANCO CENTRAL EM SÃO PAULO

Doutor e mestre em Direito Político e Econômico e especialista em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do Corpo Permanente de Docentes da Escola da AGU. Procurador do Banco Central.

LEVI HULSE - UNIVERSIDADE DO ALTO VALE DO RIO DO PEIXE - UNIARP

Doutor e mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI – SC. Professor na Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP no curso de Direito. Professor na pós-graduação latu sensu. Professor titular nos Mestrados em Desenvolvimento e Sociedade PPGDS-UNIARP e no Mestrado em Educação Básica PPGEB-UNIARP. Coordenador do Mestrado em Desenvolvimento e Sociedade. Editor-chefe da EDIUNIARP -Editora da UNIARP. Editor-chefe da Revista Ponto de Vista Jurídico - UNIARP.

LUIZ HENRIQUE DINIZ ARAUJO - ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – AGU

Pós-doutor pelas Universidade Paris I Panthéon-Sorbonne e Universidade da British

Columbia (Canadá). Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor na FAFIRE. Procurador Federal.

**MARCILIO DA SILVA FERREIRA FILHO
- PROCURADORIA DO ESTADO DE GOIÁS.**

Doutor em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Mestre em direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor de Direito Administrativo em cursos preparatórios para concursos públicos e especializações. Procurador do Estado de Goiás.

**MAURÍCIO DA CUNHA SAVINO FILÓ
- UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC**

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC. Pós-Graduação lato sensu em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor na Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC).

**MAURO SERGIO DOS SANTOS -
ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – AGU**

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. Professor de Direito Administrativo. Procurador Federal.

**TANISE ZAGO THOMASI -
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
- UFS**

Doutora em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Mestre em Direito pela Universidade Caxias do Sul. Professora na Universidade Federal de Sergipe (UFS)

**THAMI COVATTI PIAIA -
UNIVERSIDADE REGIONAL
INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS
MISSÕES - URI - CAMPUS DE SANTO
ÂNGELO/RS.**

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior (PDSE) pelo período de onze meses na Universidade de Illinois, campus de Urbana-Champaign - Estados Unidos. Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto

Uruguai e das Missões - URI - campus de Santo Ângelo/RS. Professora na Graduação e no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI - campus de Santo Ângelo/RS.

AUTORES

ALESSANDRO DEL COL

Especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito (EPD). Especialista em Direito Privado pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Especialista em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Procurador da Fazenda Nacional.

DÉBORA GIOTTI DE PAULA

Mestra em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis. LLM em Direito e Contabilidade Tributária pelo IBMEC/RJ. Pós-graduada em Direito Tributário (UCAM/RJ). Advogada e Contadora no estado de Minas Gerais.

DENISE TERESINHA ALMEIDA MARCON

Especialista em Direito Notarial e Registral pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus (FDDJ). Especialista em Advocacia e Dogmática Jurídica pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Advogada

FÁBIO ROQUE DA SILVA ARAÚJO

Doutor e mestre em Direito Público (UFBA). Professor do programa de pós-graduação em Direito Fundamentais e Alteridade na Universidade Católica do Salvador. Juiz Federal.

FRANCIS J. MOOTZ III

Professor of Law, McGeorge School of Law, University of the Pacific, Sacramento, California 95818, jmootz@pacific.edu. e Santa Cruz do Sul. Professor do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado, da Universidade de Santa Cruz do Sul.

GABRIELA ALMEIDA MARCON NORA

Mestre em Administração pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL) e em Engenharia e Gestão do Conhecimento pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Jurisdição Federal pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) e em Direito Notarial e Registral pela UNIDERP. Procuradora Federal.

JANRIÉ RODRIGUES RECK

Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestrado pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Professor do Programa

de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado, da Universidade de Santa Cruz do Sul.

JEFFREY MICHAEL

Professor of Public Policy, McGeorge School of Law, University of the Pacific, Sacramento, California 95818, jmichael@pacific.edu

JOÃO PAULO DE SOUZA OLIVEIRA

Mestrando em Direitos Fundamentais e Alteridade na Universidade Católica do Salvador. Professor de Direito Administrativo e Direito Eleitoral. Advogado.

JULIA MAURMANN XIMENES

Pós-doutora pela Universidade da Califórnia. Doutora em Sociologia Política pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Professora do corpo permanente do Doutorado Profissional em Políticas Públicas da ENAP e do Mestrado da ENAP. Professora do curso de Pós-Graduação lato sensu (EAD) “Controle da Desestatização e da Regulação” e do curso de “Análise Econômica do Direito” do Instituto Serzedello Corrêa/TCU.

JULIANA DE OLIVEIRA JOTA DANTAS

Doutora em Direito Público pelo PPGD/UFPE e Professora Adjunta da FDA/UFAL nos cursos de Graduação e de Mestrado do PPGD/UFAL. ORCID n° 0000-0002-9974-3597. E-mail: juliana.dantas@fda.ufal.br.

KLEVER PAULO LEAL FILPO

Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis. Professor do Instituto Três Rios da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Advogado no estado do Rio de Janeiro.

LEONARDO LIMA MOTA NETO

Mestrando do Programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas (PPGD/UFAL). ORCID n° 0000-0001-9077-5333. E-mail: leonardo.neto@fda.ufal.br.

MAGNO FED ERICI GOMES

Estágio Pós-doutoral em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-

Portugal. Estágios Pós-doutorais em Direito Civil e Processual Civil. Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha. Mestre em Educação pela PUC Minas. Coordenador e professor do Doutorado e Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado Sócio do Escritório Moraes & Federici Advocacia Associada.

MARCELO KOKKE GOMES

Pós-doutor em Direito Público - Ambiental pela Universidade de Santiago de Compostela - Espanha. Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Especialista em Processo Constitucional Professor de Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor do Mestrado e Doutorado da Dom Helder Câmara. Procurador Federal.

MARITANA MELLO BEVILACQUA

Mestra em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Pós-graduada em Direito Constitucional. Procuradora Federal - Advocacia-Geral da União.

SUMÁRIO

EDITORIAL.....13

AUTORES CONVIDADOS

“Freedom’s Just Another Word for Nothin’ Left to Lose”: The Ongoing Struggle to Properly Regulate the Gig Economy in California

“Liberdade é apenas outra Palavra para Dizer ‘Não Há mais nada a Perder’”: A Batalha Inacabada para a Regulação Laboral da “Gig Economy” no Estado da Califórnia

Francis J. Mootz III

Jeffrey Michael.....17

ARTIGOS

Direito Administrativo Sancionador Aduaneiro: A Pena de Perdimento de Mercadorias em Importação e a Consensualidade

Administrative Law Customs Sanctions: The Penalty of Lost Goods in Import and Consensuality

Alessandro Del Col.....45

A Ata Notarial Como Instrumento Probatório na Usucapião Extrajudicial

The Notary Minute as Proof in the Extrajudicial Usucaption

Denise Teresinha Almeida Marcon

Gabriela Almeida Marcon Nora79

A Inconstitucionalidade da Previsão de Inelegibilidade Estabelecida pelo Art. 1º, I, I, Da Lei Complementar 64/90

The Unconstitutionality of the Inelegibility Forecast Brought by Art. 1º, I, I, of the Complementary Law 64/90

João Paulo de Souza Oliveira

Fábio Roque da Silva Araújo.....97

A Construção da Cultura do Consensualismo nas Agências Reguladoras e seus Desafios

The Construction of the Culture of Consensualism in Public Administration and its Challenges

Julia Maurmann Ximenes117

Liberdade de Expressão versus Responsabilidade Civil dos Provedores no Marco Civil da Internet

Freedom of Speech Versus Provider’S Civil Liability in Brazilian Internet’s Framework

<i>Juliana de Oliveira Jota Dantas</i> <i>Leonardo Lima Mota Neto</i>	143
Soluções Consensuais no Âmbito Tributário: Avanços Recentes e Iniciativas Inspiradoras <i>Consensual Solutions in the Tax Field: Recent Advances and Inspiring Initiatives</i> <i>Débora Giotti de Paula</i> <i>Klever Paulo Leal Filpo</i>	163
Governança, Autocomposição Administrativa, Decisão Coordenada e Tutela Diferenciada de Bens Ambientais <i>Governance, Administrative Self-Composition, Coordinated Decision and Differentiated Protection of Environmental Goods</i> <i>Marcelo Kokke Gomes</i> <i>Magno Federici Gomes</i>	187
O Controle de Moralidade Administrativa a Partir dos Parâmetros Exigidos Pelo Direito à Boa Administração Pública: Uma Análise da Jurisprudência do Tribunal de Contas da União <i>The Control of Administrative Morality Based on the Standars Required by the Right to Good Public Administration: an Analysis of the Jurisprudence of the Federal Court of Auditors</i> <i>Maritana Mello Bevilacqua</i> <i>Janriê Rodrigues Reck</i>	205

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 4º trimestre do ano de 2022.

O presente número é inaugurado por artigo elaborado pelos professores Francis J. Mootz III e Jeffrey Michael, ambos da *University of the Pacific, em Sacramento, Califórnia/EUA*, que gentilmente aceitaram o convite da Comissão Editorial da Revista da AGU para publicá-lo neste periódico. O trabalho trata dos recentes esforços adotados pelo Estado da Califórnia/EUA visando regular a chamada “*gig economy*”, que compreende o setor de serviços prestados por meio de aplicativos ou plataformas digitais, no que diz respeito, especificamente, ao tema da qualificação de seus trabalhadores como empregados ou trabalhadores autônomos. A partir de abordagem interdisciplinar que considera o processo de rápida transformação dos contextos legais, econômicos, políticos e sociais em que tais atividades se desenvolvem, os autores apresentam sugestões para possíveis caminhos produtivos a seguir nesse esforço de regulação equilibrada, de modo a preservar a dignidade dos trabalhadores sem apagar os benefícios advindos da sua liberdade de escolha. Registramos, desde já, nosso especial agradecimento ao professor e procurador federal Daniel Pulino, responsável por intermediar nossos contatos com os professores convidados e por acrescentar ao artigo, com a autorização dos autores, notas explicativas e outros elementos formais em observância às diretrizes do periódico.

Os demais artigos foram recebidos pelo sistema de submissão contínua e aprovados em processo de “avaliação cega por pares”. No primeiro deles, Alessandro Del Col retrata a evolução do Direito Administrativo Sancionador Aduaneiro a respeito da pena de perdimento de mercadorias em importação, com o objetivo de verificar a viabilidade da aplicação de meios consensuais pela Administração Pública em ambiente marcado pela cultura do litígio.

Gabriela Marcon e Denise Marcon examinam o instituto da usucapião extrajudicial, previsto na Lei de Registros Públicos, conferindo ênfase à utilização da ata notarial como principal instrumento de prova para sua obtenção.

Em análise a uma hipótese específica de inelegibilidade prevista pela Lei Complementar nº 64/1990, João Paulo Oliveira e Fábio Araújo ressaltam que semelhantes restrições não podem violar o dever estatal de ampla proteção aos direitos políticos e o princípio da presunção de inocência, sob pena de afronta à Constituição da República.

Julia Ximenes utiliza abordagem sociojurídica para investigar em que medida o consensualismo tem sido incorporado à cultura jurídica, levando em conta, em especial, os desafios à sua consolidação no âmbito das agências reguladoras.

Juliana Dantas e Leonardo Mota Neto dissertam sobre a primazia conferida pelo Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) ao princípio da liberdade de expressão no âmbito das relações virtuais e seus possíveis impactos negativos na esfera de proteção de outros direitos fundamentais tutelados pela Constituição, tais como a imagem, a honra e a dignidade humana dos usuários da internet.

Kleber Filpo e Débora de Paula destacam avanços e iniciativas recentes que se propõem a ampliar o espaço para o consenso no campo do direito tributário, tais como os negócios jurídicos processuais, a transação tributária, a mediação e a conciliação. Ao sopesar avanços já obtidos e pontos que ainda demandam aperfeiçoamentos, o trabalho relata a experiência observada no Município de Porto Alegre/RS, que, por meio de lei editada no ano corrente, criou a Câmara de Mediação e Conciliação Tributária da Secretaria Municipal da Fazenda.

O artigo de Magno Gomes e Marcelo Kokke dedica-se ao instituto da decisão coordenada, criado pela Lei nº 14.210/2021 como mecanismo de solução de conflitos de atribuições na Administração Pública Federal. Considerando-o como novo paradigma de governança das decisões administrativas em questões ambientais, os autores averiguam a compatibilidade desse instrumento com os princípios da segurança jurídica e da eficiência, bem como com a preservação das esferas de atuação próprias dos órgãos envolvidos em matérias de gestão articulada.

Por fim, Maritana Bevilacqua e Janriê Reck propõem a construção de parâmetros interpretativos para o princípio da moralidade administrativa a partir da concepção de boa administração pública, com a finalidade de contribuir para o aprimoramento das atividades de controle

exercidas pelo Tribunal de Contas da União e para o fortalecimento da segurança jurídica.

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 pela Coordenação dos Cursos de Pós-graduação
da Escola da AGU

RECEBIDO EM: 17/08/2022

APROVADO EM: 31/08/2022

"FREEDOM'S JUST ANOTHER WORD FOR NOTHIN' LEFT TO LOSE":¹ THE ONGOING STRUGGLE TO PROPERLY REGULATE THE GIG ECONOMY IN CALIFORNIA

"LIBERDADE É APENAS OUTRA PALAVRA PARA DIZER 'NÃO HÁ MAIS NADA A PERDER' ": A BATALHA INACABADA PARA A REGULAÇÃO LABORAL DA "GIG ECONOMY" NO ESTADO DA CALIFÓRNIA

Francis J. Mootz III²

Professor of Law, McGeorge School of Law, University of the Pacific, Sacramento, California EUA

Jeffrey Michael

Professor of Public Policy, McGeorge School of Law, University of the Pacific, Sacramento, California EUA

¹ ME AND BOBBY McGee. Intérprete: Janis Joplin. Compositores: Fred Foster e Kris Kristofferson. In: PEARL. Intérprete: Janis Joplin. Los Angeles: Columbia Records, 1971. LP, faixa 7.

² I would like to thank Daniel Pulino, for inviting us to write this article, Maria Beatriz Almeida Brandt, my student, and the Editors of Revista da AGU for publishing the article with their Journal.

SUMMARY: Introduction. 1. The Growth of the Gig Economy in California: Economic and Normative Considerations. 2. Regulating the Gig Economy in California under Competing Definitions of “Employee”. 2-A. A. The Common Law Multi-factor Control Test. 2-B. The California Supreme Court Adopts the “ABC Test” for Wage Order Claims. 2-C. The California Legislature Selectively Extends the ABC Test: AB 5 and AB2257. 2-D. The Empire Strikes Back: Proposition 22 and App-Based Drivers. 3. Thoughts on Ending the Regulatory Chaos Surrounding the Gig Economy. 4. Conclusion.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O Crescimento da “Gig Economy”³ (Setor de Serviços por Aplicativo) na Califórnia: Considerações Econômicas e Jurídicas. 2. Regulando o Trabalho na “Gig Economy” na Califórnia a partir das Definições Concorrentes de “Empregado” no Direito Norte-Americano. 2-A. O Teste Multi-Fatorial do Sistema da “Common Law” para Aferir a Subordinação Trabalhista. 2-B.

3 NdT: Optamos por manter a expressão original “gig economy” não só por sua difusão nos ambientes especializados, mesmo em publicações nacionais, como por sua maior precisão para discussão em nível técnico e acadêmico. Seu significado, no Brasil, vem sendo comumente identificado com o termo “uberização” do trabalho, por simplificação e adoção por prevalência daquela que é talvez a mais característica (embora não a única) das plataformas digitais a que diz respeito o fenômeno. O tema é inserido mais amplamente, no Direito do Trabalho, dentro do estudo da precarização e informalidade laborais e está diretamente ligado às relações de trabalho que decorrem dos serviços oferecidos por aplicativos. Segundo Nogueira e Carvalho (2021, p. 59-61), a “gig economy” ou uberização “[r]eúne o conjunto das atividades cuja ‘alocação’ do trabalhador se dá por intermédio de um aplicativo, seja para telefone celular, seja para computadores – ou, para resgatarmos um elemento utilizado quando descrevemos a terceirização, pela presença de uma empresa operadora de aplicativo que opera como interposto. Esta é, efetivamente, uma modalidade recente de contratação, surgida principalmente a partir da difusão dos aplicativos para smartphones. Trata-se daquilo que Oitaven, Carelli e Casagrande (2018) chamam de ‘economia do bico’. Essa expressão talvez não seja a mais apropriada para descrever esta situação, pois, se por um lado a palavra bico carrega consigo a ideia de precariedade das relações existentes, por outro pode sugerir que se trata de uma ocupação eventual ou secundária, quando muitas vezes, senão na maioria delas, é de fato a ocupação principal do trabalhador”. Segundo os mesmos autores e na mesma passagem, são três as modalidades de relações de trabalho que se enquadram nessa categoria: (i) serviços específicos “on-demand” (p. ex., uber, 99); (ii) entregas “on-demand” (Ifood, Rappi, p. ex.) e; (iii) plataformas de mera intermediação de serviços entre um cliente final e, diretamente com este, um prestador profissional, as quais cumprem papel semelhante ao dos antigos classificados de jornais (p. ex., a plataforma Getninjas).

A Suprema Corte Estadual da Califórnia Adota o “Teste ABC” para Ações Envolvendo Salários e Jornada. 2-C. O Poder Legislativo do Estado da Califórnia Amplia a Aplicação do “Teste ABC”: O Projeto de Lei AB-5 e AB-2257. 2-D. O Império Contra-Ataca: Proposição 22 e os Motoristas de Aplicativo. 3. Reflexões sobre como Encerrar o Caos Normativo na Regulação das Relações Laborais na “Gig Economy”. 4. Conclusão.⁴

ABSTRACT: In this article, a law professor and economist from the United States assess the recent efforts in California to address the gig economy and the designation of workers as either “employees” or “independent contractors.” They offer their suggestions for productive ways forward in this effort.

RESUMO: Neste artigo escrito em coautoria, dois professores de uma faculdade de Direito norte-americana, um deles jurista e o outro economista que é professor de Políticas Públicas, avaliam os recentes esforços adotados pelo estado da Califórnia⁵ visando regular a “gig economy” (o setor de serviços por aplicativos ou plataformas digitais) no que diz respeito especificamente ao tema da qualificação de seus trabalhadores como “empregados” ou “trabalhadores autônomos”. Ao final do artigo, os autores oferecem sugestões para possíveis caminhos produtivos a seguir neste esforço.

4 NdT: Ao texto original, escrito em Inglês, foram acrescentados o sumário e as palavras-chave em Inglês (para atendimento das exigências de publicação, mesma razão aliás que levou à necessidade de adaptar todas as citações e referências, uma a uma) e foi ele livremente traduzido apenas no título, sumário, resumo e palavras-chave, além do acréscimo de algumas poucas notas explicativas (NdT), por Daniel Pulino – que é Procurador Federal, Professor da Faculdade de Direito da PUC/SP, mestre e doutor pela PUC/SP, e participante, entre meados de 2019 e 2020, do programa de “Visiting Scholar” da Faculdade de Direito da Universidade da Califórnia, campus Davis, pela Escola da AGU, período em que o Professor Francis J. Mootz lecionou em referida Universidade. A ele em particular (e agora a Jeffrey Michael) registre-se um grande agradecimento, pelo atendimento ao convite com a produção de tão atual e inédito artigo. E pela oportunidade, aproveitamos para também agradecer, sincera e profundamente, à Escola da AGU, assim como, mais amplamente, à AGU, à PGF e à Procuradoria Federal junto à Previc, pela inestimável oportunidade de estudo, sem a qual aquele encontro e o presente artigo não teriam ocorrido.

5 NdT: Em contraposição à velocidade com a qual passamos a assistir, no mundo todo, à expansão dos serviços por aplicativo ou plataformas digitais na última década (e com acelerada intensidade, particularmente, a partir das transformações impostas pela pandemia da Covid-19), a regulação legal das relações laborais inerentes a esse novo e cada vez mais presente setor da economia tem sido marcada pela lentidão na busca e sobretudo na descoberta de soluções capazes de responder adequadamente aos reais problemas surgidos quanto à precarização e falta de suficiente proteção aos trabalhadores, diante da redução de custos e liberdade de vinculação laborativa que são características do próprio modo de funcionamento do modelo de negócio.

KEYWORDS: Freedom to work. Worker protection. Gig Economy. Employee. Independent Contractor. Dynamex Case. California Assembly Bill 5 (“AB5”). Proposition 22.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de Trabalho. Legislação Trabalhista. Setor de Serviços por Aplicativo. Empregados. Trabalhadores Autônomos. Caso “Dynamex” (da Suprema Corte do Estado da Califórnia). Projeto de Lei Estadual AB 5. Proposição 22.

Vivemos possivelmente ainda uma fase que, se não é de completa desregulação dessas relações de trabalho (comparável talvez à primeira etapa da Revolução Industrial no século XVIII), é ao menos, seguramente, de enorme dificuldade para enquadrar o novo fenômeno nas categorias jurídicas tradicionalmente postas no âmbito legal e jurisprudencial do Direito do Trabalho para enfrentar os desafios surgidos. E justamente visando responder a tais desafios, a recentíssima experiência vivida no estado norte-americano da Califórnia (não por acaso, local de origem e sede de alguma das gigantes companhias do setor, como é o caso de Uber, Lyft, Doordash, para ficar em poucos exemplos), com suas reviravoltas que bem se acham descritas neste trabalho, talvez seja uma das mais ricas e significativas em todo o mundo e, justamente por isso, pode acabar servindo de modelo de análise e ensaio para muitos outros países, como aqui mesmo no Brasil. Vem daí então, não obstante as acentuadas e inegáveis diferenças legais entre os sistemas jurídicos brasileiro e norte-americano, a atualidade e o interesse do presente artigo, que nos é apresentado por dois qualificados estudiosos nativos que acompanham e ainda acompanham de perto a experiência californiana e que podem, assim, nos oferecer sua abalizada visão do momento em que hoje se situam as principais discussões desse assunto, que é, literalmente, da ordem do dia em praticamente todo os países do mundo.

Dentro do federalismo norte-americano, a constituição estadual da Califórnia (como a de vários outros estados) prevê instrumentos de democracia direta (como também há entre nós, na Constituição Federal, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de leis) chamados de “ballot propositions”, que podem ser de vários tipos e finalidades, como emendar leis ou a constituição estaduais, criar novas leis, rejeitar leis existentes etc. A “Proposition 22” resultou formalmente de iniciativa popular mediante coleta de assinaturas, após campanha fortemente financiada justamente pelas maiores companhias do setor de serviços por aplicativo (foram mais de 205 milhões de dólares vertidos por Uber, Lyft, Doordash, Instacart e Postmates, contra aproximados 20 milhões de dólares apenas reunidos pelos sindicatos que fizeram campanha pela rejeição da proposição), resultando na sua aprovação na última eleição geral de 3 de novembro de 2020 (as “propositions” estaduais na Califórnia podem ser votadas juntamente com a eleição geral, e foi este o caso), a mesma que elegeu o atual presidente Joe Biden. A medida acabou sendo aprovada pelos eleitores por cerca de 59% dos votos. Com a vitória, as companhias passaram a poder classificar seus motoristas como trabalhadores autônomos (“independent contractors”), não como empregados (“employees”), o que as isentou da observância das condições legais de proteção a estes, desde que fossem concedidas algumas condições mínimas de trabalho, inferiores, naturalmente, às dos empregados.

INTRODUCTION

Labor economies around the world are being disrupted by a disaggregated mode of production that is organized through numerous short-term contracts rather than stable employment relationships.⁶ This emerging model includes the “platform economy,” in which a company creates an app to connect those seeking services with workers providing them. The most common example are platforms that connect people with a driver who will transport them somewhere (e.g., DoorDash). The relationship between the worker and the person paying for the service is fleeting and potentially a singular event. Just as a band will arrange to play a “gig” at a bar for a few hours without becoming employees of the bar, an Uber driver will accept connections through the Uber app for discrete driving “gigs” without becoming an employee of the riders or of the Uber platform. Many applaud this new reality; many others decry it. But one thing is certain: the “gig economy” is here, and the only real question is how best to foster and regulate this new reality.⁷

In this short article, we will describe how California has addressed the gig economy. Over the past few years, California has acted far more aggressively than most States in the United States, through a combination of court decisions, legislation and a Proposition enacted directly by the people. The California experience has been complex and somewhat convoluted, but the guiding principle is clear. This is the next great moment in the centuries-old contest between management and labor, fought under the competing rhetorical ideals of “freedom of contract” and “worker protection.”

This article is organized in three parts. First, we describe the advent of the gig economy in California and note its rapid expansion. Second, we describe the growth of regulatory structures that govern the gig economy, explaining the transition from the common law definition of employee, to a revision of the definition by the California Supreme Court, to expansive legislation by the California Legislature, and finally to the enactment of Proposition 22 directly by the people in last November’s election. Third, we offer our suggestions for how this chaotic regulatory

6 Nationwide, the United States has experienced a shift from relatively high earning independent contractors who garner large wages (such as lawyers and business consultants) to a fast-growing segment of the economy in which independent contractors are low paid. See Katherine Lim, et al. (2019).

7 Two professors (CHERRY; RUTSCHMAN, 2020, p. 11-16) recently argued that the “essential” status of gig workers during the Covid-19 pandemic may be a step toward eliminating the precarious nature of gig work that is premised on regarding it as a short-term source of supplemental income.

story might better serve the needs of workers and their customers. We write together as a Professor of Law and as a Professor of Public Policy with a focus on economics, because this issue calls for an interdisciplinary approach to understand and react to the rapidly changing legal, economic, political and social contexts.

1. THE GROWTH OF THE GIG ECONOMY IN CALIFORNIA: ECONOMIC AND NORMATIVE CONSIDERATIONS.

The number of self-employed workers in California grew steadily over a recent five-year period, apparently driven largely by the explosion of those participating in the platform economy. The census data on “nonemployer” individual proprietors shows growth from 2.607 million workers in 2012 to 3.066 million workers in 2018 (an increase of 18% in six years). Transportation accounted for the majority of that growth, moving from 121,527 workers in 2012 to 393,340 workers in 2018 (an increase of 224% in six years). While this growth is remarkable, it is certainly an underestimate due to nonreporting on taxes and because nonemployer statistics do not include those with reported business earnings under \$1,000.⁸ The transformation has accelerated over the past several years.

This data concerns all independent contractors, not just those engaged in the platform models of the gig economy. Given current data collection by tax authorities, it is difficult to focus directly on the growth of gig workers (such as a driver for Uber) as opposed to more traditional subcontractors who are self-employed (such as a plumber who markets himself to potential customers).⁹ Nevertheless, a recent study by an economist from UCLA (FELER, 2020, p. 3) provides stunning

8 Compare:

<https://data.census.gov/cedsci/table?q=nonemployer&g=0400000US06&tid=NONEMP2018.NS1800NONEMP&hidePreview=false>.

with:

<https://data.census.gov/cedsci/table?q=nonemployer&g=0400000US06&tid=NONEMP2012.NS1200NONEMP&hidePreview=false>.

The data is difficult to analyze accurately, as acknowledged by Katz and Krueger (2019, p. 3). The authors walk back their 2015 estimate of the enormous growth of “alternative work arrangements” and describe the “difficulty capturing changes in the incidence of casual or intermittent work in the United States” due to a variety of factors.

9 In 2017 the U.C. Berkeley Center for Labor and Research and Education published a white paper that describes the difficulties in quantifying the growth of the gig economy as distinguished from traditional independent contractors. See Annette Bernhardt and Sarah Thompson (2017). The authors suggest that the appropriate inquiry is whether the work performed is the worker’s primary job or for supplemental income, and whether the job is a “quality job”.

confirmation of the rapid expansion of the number of workers participating in the platform economy through rideshare apps such as Uber or Lyft. The study concludes that the apps “expanded the market for ‘taxi and limousine services’ in California by 171,000 drivers and \$3.3 billion” in revenues from 2010 to 2018 (FELER, 2020, p. 3). This growth was in addition to the forecasted steady growth of these services that would have occurred in the absence of the gig economy. Because the majority of drivers use the platforms as a source of supplemental income and to bridge financial challenges, it is critical that these workers have low barriers to entry and flexibility in scheduling (FELER, 2020, p. 5). The study suggests that “by helping workers smooth economic shocks and earn additional income, the gig economy reduces the government’s role in caring for these workers.” (FELER, 2020, p. 5).

Of course, this observation elides important normative considerations. The foremost question is whether drivers should have to submit to the limitations of the gig economy to survive economic challenges that could be addressed by a more robust social safety net. Another way of reading the data is that drivers require and celebrate flexibility in schedules because they are forced to cobble together several jobs in order to earn a living wage. Or that the newly unemployed often turn to ride-share services because unemployment benefits, up until the COVID-19 pandemic, have been too small to cover basic needs. Consider the author’s conclusion about the growth of this sector of the economy:

Even before the current recession, when California’s economy was running at 3.9 percent unemployment, its lowest level in decades, the number of people signing up to work for Uber and Lyft as independent contractors kept increasing. This is a revealing fact. It means that even when there are lots of other jobs available, people still want to drive for Uber and Lyft. [Treating these workers as employees] would ration these opportunities to those who are able to work full-time and would reduce options for people seeking part-time work and supplemental income. (FELER, 2020, p. 7-8).

It is not at all clear that the attraction of rideshare apps to workers seeking supplemental income proves that the gig economy is beneficial to workers in general.¹⁰ Even if converting all drivers to employees would sharply reduce the number of part-time, supplemental jobs, it would likely

10 We put to the side for now the question of the benefits to consumers and the impact on the economy as a whole. The growth in the number of drivers is a direct result of the strong consumer response to the convenience and affordability of these new services.

lead to substantial improvements for full-time workers most dependent on this income. It is reasonable to ask if the focus of regulation of labor policy should be to improve the inadequacies of the employment opportunities that motivate employed workers to supplement their income in the “flexible” gig economy in the first place.

On the other hand, there clearly are a significant number of workers who genuinely took advantage of the flexibility offered by the gig economy. Examples come to mind easily, and are confirmed anecdotally by our conversations with drivers over the years: retirees who want to earn a little extra income at their convenience while enjoying some social interactions; graduate students earning some extra cash in between their classes and teaching obligations; and primary caregivers who are able to drive for a few hours while their children are in school to help supplement their income. These persons are not turning to the gig economy out of desperation, but are more freely choosing a convenient and flexible source of additional income. Assuming that the majority of workers fall back on the gig economy to buffer periodic financial distress might explain why many workers “typically use platforms in short bursts and for limited amounts of time: more than half (52%) of labor platform participants exit within 12 months (40% within the first 6 months) – (BERNHARDT; THOMPSON, 2017, p. 16). But it might equally be the case that the drivers abandon the option because the platform provides insufficient pay and benefits to make it worth the effort. Consequently, there are many “truths” to consider when seeking to regulate a sector of the economy that is not yet fully understood.

The COVID-19 pandemic and the resulting U.S. policy response has added new dimensions. The pandemic caused both consumer demand and driver supply for rideshare apps to plunge due to safety concerns, while demand for gig-workers by food and grocery delivery apps surged. In addition, the U.S. government has temporarily added a large supplement to unemployment benefits and extended unemployment benefits to independent contractors, including rideshare drivers, that were previously exempt. In Spring 2021, consumer demand for travel has started to recover as COVID-19 vaccinations increase, and the rideshare companies have suddenly found themselves with an extreme shortage of drivers that has left them frequently unable to satisfy their customers’ requests for rides (FORMAN, 2021).

The shortage of drivers has temporarily led to higher fares and higher earnings for drivers. Uber and Lyft were reporting hourly driver

earnings were 25% to 75% higher than pre-pandemic earnings in April 2021 (BELLON, 2021).

Historically, newly unemployed workers have been the largest source of new rideshare drivers, but for much of the pandemic, these unemployed workers have received a federal supplemental payment in addition to regular unemployment benefits from their state. Between March and September 2021, the federal supplement to unemployment benefits is an additional \$300 per week. These enhanced safety-net benefits make it harder for rideshare companies to attract new drivers from the ranks of the unemployed. The \$300 weekly unemployment supplement is scheduled to expire in September 2021, and could provide a natural experiment to determine the relationship between a weak social safety net and rideshare driver supply.

2. REGULATING THE GIG ECONOMY IN CALIFORNIA UNDER COMPETING DEFINITIONS OF “EMPLOYEE.”

Under both federal and state law, many protections and social benefits for workers are limited to “employees.” As a result, the worker’s status as an employee is prerequisite for invoking protections under statutes that seek to limit the economic power of the employer. For example, the Fair Labor Standards Act requires certain employers to pay their employees a minimum wage per hour, and to pay an overtime premium for more than forty hours in a week. But if a homeowner hires an electrician to install new lighting fixtures, the homeowner is almost certainly dealing with an independent contractor and need not ensure that the contractor or its employees earn minimum wage and overtime. Only an employee can avail herself of the protections of employment law and secure the benefits of employment law.

The platform economy is built on the categorization of the workers as independent contractors who are connected through the app with people seeking their services. The business model is premised on avoiding the costs and complexity of having continuing employees. In Part A we explain that complex questions for platform workers arise under the traditional common law definition of “employee.” In Part B we describe how this uncertainty was dramatically resolved for purposes of California wage orders under a new definition of “employee” adopted by the Supreme Court of California in the *Dynamex case*. In Part C we describe how the California legislature expanded the new *Dynamex* definition to apply to questions beyond the regulation of hours and wages. Finally in Part D

we describe the adoption of Proposition 22 by the people in a direct vote, overriding the legislative definition of rideshare workers as putative employees.

A. The Common Law Multi-factor Control Test.

Federal and state courts generally have adopted the common law test of “agency” to determine if a worker is an “employee” for purposes of employment law protection. The United States Supreme Court emphasized that the question of the degree of “control” exercised by the hiring entity was central to the determination, but noted the additional considerations: the skill required; the source of the instrumentalities and tools; the location of the work; the duration of the relationship between the parties; whether the hiring party has the right to assign additional projects to the hired party; the extent of the hired party’s discretion over when and how long to work; the method of payment; the hired party’s role in hiring and paying assistants; whether the work is part of the regular business; the provision of employee benefits; and the tax treatment of the hired party (UNITED STATES, 1992).

As with all multi-factor tests, the court must engage in a detailed inquiry to determine how the test applies to particular cases. We now turn to a typical case applying the multi-factor control test.

In *Perez v. SuperMaid LLC* (UNITED STATES, 2014), the court determined that maids hired by a cleaning business were employees because the business exercised extensive control over their work. The maids were provided with vehicles, uniforms, cleaning supplies and tools. They were trained how to clean houses, and their performance was monitored. Their work was scheduled by the home office, and the maids did not manage their own workflow; indeed, they were monitored by GPS and told to hurry up if they were falling behind the established schedule. The maids could not increase their income by performing faster or more efficiently because their schedules were set the day before, in many cases the jobs assigned took longer than allotted, and maids faced pay deductions if rushed work resulted in complaints by clients. Maids were not allowed to hire others to do their work or to assist them. Maids were not paid for time spent traveling to pick up the workers, driving to each jobsite, and returning the workers. Maids testified that it generally took about one hour to travel between jobs, though it could take as little as thirty minutes or as much as two hours. SuperMaid also did not provide maids with paid breaks or meal periods. Maids were required to eat meals in the

vehicle between jobs or when they get home, and they were not entitled to take lunch breaks during the day. On the basis of all these facts, the court concluded that the hiring entity retained extensive control over the work and that the maids should be considered “employees” rather than independent contractors.

The common law multi-factor test that centers on control has been applied differently for claims brought under the Fair Labor Standards Act, given the broader definition of “employee” under that statute. Instead of focusing on “control” over the workers, the courts have looked to the “economic realities” of the relationship to determine if the workers have the “opportunity to earn a profit or a loss.” A leading example is *Secretary v. Lauritzen* (UNITED STATES, 1987), a case considering the status of migrant farmworkers who harvested pickles (cucumbers) from the defendant’s field. The court articulated the “economic realities” test as follows:

In seeking to determine the economic reality of the nature of the working relationship, courts do not look to a particular isolated factor but to all the circumstances of the work activity.... Certain criteria have been developed to assist in determining the true nature of the relationship, but no criterion is by itself, or by its absence, dispositive or controlling.

Among the criteria courts have considered are the following six:

- 1) the nature and degree of the alleged employer’s control as to the manner in which the work is to be performed;
- 2) the alleged employee’s opportunity for profit or loss depending upon his managerial skill;
- 3) the alleged employee’s investment in equipment or materials required for his task, or his employment of workers;
- 4) whether the service rendered requires a special skill;
- 5) the degree of permanency and duration of the working relationship;
- 6) the extent to which the service rendered is an integral part of the alleged employer’s business. (UNITED STATES, 1987, p. 1534-35)

Although the migrant families had “negotiated” to harvest a particular plot on the property, the court found that, as a matter of economic reality, they lacked any genuine opportunity to profit or to risk losing investment in a business. Consequently, the court concluded: “We cannot say that the migrants are not employees, but, instead, are in business for themselves and sufficiently independent to lie beyond the reach of the FLSA. They depend on the defendants’ land, crops, agricultural expertise, equipment, and marketing skills. They are the defendants’ employees” (UNITED STATES, 1987, p. 1538).

Against this legal backdrop, businesses that developed platforms as part of the gig economy have structured the relationship with the worker and customer in an attempt to ensure that the workers are not their employees. Consider the meal delivery platform, Grubhub, which matches customers seeking delivery of food with drivers willing to make that delivery. Grubhub seeks to relinquish almost all control over the work to be done, ensuring that the driver is in charge of whether she makes a profit or suffers a loss. As a result, Grubhub does not need to comply with employment law protections of its drivers. In a recent case, a California court explained in detail why Grubhub did not control the manner and means of the work:

Grubhub exercised little control over the details of Mr. Lawson’s work during the four months he performed delivery services for Grubhub. Grubhub did not control how he made the deliveries—whether by car, motorcycle, scooter or bicycle. Nor did it control the condition of the mode of transportation Mr. Lawson chose. Grubhub never inspected or even saw a photograph of Mr. Lawson’s vehicle.... Grubhub also did not control Mr. Lawson’s appearance while he was making Grubhub deliveries.

...

Grubhub did not require Mr. Lawson to undergo any particular training or orientation. He was not provided with a script for how to interact with restaurants or customers.... No Grubhub employee ever performed a ride along with Mr. Lawson; indeed, no Grubhub employee ever met Mr. Lawson in person before this lawsuit.

...

Grubhub had no control over whom, if anyone, Mr. Lawson wanted to accompany him on his deliveries.

...

Mr. Lawson, rather than Grubhub, controlled whether and when Mr. Lawson worked, and for how long... Grubhub did not require Mr. Lawson to work a minimum number of blocks nor was there a maximum number of blocks; Mr. Lawson was not required to sign up for any particular number of blocks, or any blocks at all. If Mr. Lawson did not want to perform any deliveries for a particular week or month because he was busy with his acting career or simply preferred to do something else, Grubhub did not require him to sign up for any blocks. In sum, Grubhub had no control over what blocks, if any, Mr. Lawson chose to work. Mr. Lawson could decide not to work a block he signed up for right up to the time the block started.

...

Thus, at bottom, Mr. Lawson had complete control of his work schedule: Grubhub could not make him work and could not count on him to work. Even when he signed up for a block, he could cancel his engagement right up to the block start.

...

Grubhub also did not control how and when Mr. Lawson delivered the restaurant orders he chose to accept.

...

No one at Grubhub was Mr. Lawson's boss or supervisor (UNITED STATES, 2018a).

This selective excerpt of the extensive factual analysis in the case provides a sense of how workers in the gig economy would be regarded under the traditional multi-factor control test. If carefully structured by the platform's lawyers, the platform can avoid the legal entanglements of having employees.

The costs and benefits of the platform approach are apparent. On one hand, when platforms consciously structure the relationship with workers to relinquish control, they are providing an important option to workers who seek highly flexible opportunities with minimal entry barriers. For example, if Mr. Lawson needed to attend to a sick

pet on a particular day, he is free to cancel his driving block with Grubhub at his option. He literally has no “boss or supervisor.” On the other hand, the lack of an employment relationship gives rise to potential abuse. Mr. Lawson sought recognition as an “employee” in order to secure certain employment benefits, including minimum wage, overtime and employee expense reimbursement laws. He would argue that any freedom that he had was purchased at the cost of substandard wages.

The *Grubhub* case pointed toward the legal battles on the horizon to determine if gig workers enjoy the flexibility and opportunity for profit and loss associate with independent contractor status, or whether gig workers enjoy the protections of employment laws that assist them to address the superior bargaining power of the platform. Some argued that the test for employee status should be revised. Others argued that a new status was required to address the unique features of the gig economy. For example, two leading commentators argue for a new category of “independent worker” to address the needs of gig workers (HARRIS; KRUEGER, 2015). Against this backdrop, in 2018 the California Supreme Court changed the definition of “employee” under the state version of the Fair Labor Standards Act governing minimum wage, overtime wages and other benefits. We now turn to that development.

B. The California Supreme Court Adopts the “ABC Test” for Wage Order Claims.

In *Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court* (UNITED STATES, 2018b), the California Supreme Court determined that the broadly worded language governing wage claims called for a more liberal test of employee than the multi-factor control test, even when the multi-factor test was attuned to the “economic realities” of the relationship. The case involved “independent drivers” hired by Dynamex to deliver parcels for Dynamex’s customers. The Court begins by succinctly describing the various interests at stake:

Under both California and federal law, the question whether an individual worker should properly be classified as an employee or, instead, as an independent contractor has considerable significance for workers, businesses, and the public generally. On the one hand, if a worker should properly be classified as an employee, the hiring business bears the responsibility of paying federal Social Security and payroll taxes, unemployment insurance taxes and state employment

taxes, providing a worker's compensation insurance, and most relevant for the present case, complying with numerous state and federal statutes and regulations governing the wages, hours and working conditions of employees. The worker then obtains the protection of the applicable labor laws and regulations. On the other hand, if a worker should properly be classified as an independent contractor, the business does not bear any of those costs or responsibilities, the worker obtains none of the numerous labor law benefits, and the public may be required under applicable laws to assume additional financial burdens with respect to such workers and their families (UNITED STATES, 2018b, p. 912-913).

The Court determined that it could balance these interests with regard to wage and hour claims only by adopting a new definition of "employee" under the "ABC Test." The ABC test originated in some states under their unemployment compensation statutes, but had also been used more generally to define employees. The California Supreme Court determined that the ABC test was appropriate for all wage and hour claims, but did not apply to test beyond that context.

The ABC test begins by presuming that a worker is an employee. The hiring entity can overcome this presumption and establish that the worker is an independent contractor only by proving three things, hence the "ABC" name. The court phrased the three-prong test as:

The ABC test presumptively considers all workers to be employees, and permits workers to be classified as independent contractors only if the hiring business demonstrates that the worker in question satisfies each of three conditions: (a) that the worker is free from the control and direction of the hirer in connection with the performance of the work, both under the contract for the performance of the work and in fact; and (b) that the worker performs work that is outside the usual course of the hiring entity's business; and (c) that the worker is customarily engaged in an independently established trade, occupation, or business of the same nature as that involved in the work performed (UNITED STATES, 2018b, p. 955-56).

Element "b" has been the most challenging factor for ride-share businesses.

In an effort to satisfy element "a" and reduce control, Uber announced that California drivers could set their own fares in July 2020 (UBER Blog,

2020). However, Uber revoked that control option for California drivers in April 2021 citing high numbers of customer cancellations due to higher driver-set prices (SAID, 2021). Of course, this change also came after California voters approved Proposition 22 in November 2020 which as discussed in more detail in Part D, relieves rideshare companies from satisfying the ABC test.

Element “b” requires the business to show that the worker is performing work that is outside the usual course of the hiring entity’s business. Consider a platform company such as Uber. What is Uber’s “usual course of business?” If the business is to provide rides to customers, then of course the drivers would be considered employees because they are supplying the core services provided in the course of Uber’s business. This conclusion is difficult to overcome, as the cases following *Dynamex* have made clear. In *Vazquez v. Jan-Pro Franchising Int’l, Inc.* (UNITED STATES, 2022), the Ninth Circuit acknowledged that *Dynamex* was to be applied retroactively to a case involving the sale of cleaning services “franchises” to persons who performed the work. The court acknowledged that element “b” is the element that is most susceptible to a summary judgment, given that there will often be no dispute as to material facts when the question is simply to determine the ordinary course of the hiring entity’s business (UNITED STATES, 2022, p. 15).

The court explained that element “b” has been applied by courts according to several criteria. Courts “have considered whether the work of the [workers] is necessary to or merely incidental to that of the hiring entity, whether the work of the [worker] is continuously performed for the hiring entity, and what business the hiring entity proclaims to be in (UNITED STATES, 2022, p. 16). Although the court remanded to the trial court to assess the facts under the ABC test, it noted that the defendant faced difficulty in proving this element. The defendant’s sole business was to recover payments from its “franchisees” who provided the cleaning services consistently, unlike a plumbing contractor who might be called occasionally to provide services incidental to the defendant’s primary business (UNITED STATES, 2022, p. 17). The defendant’s argument that it was solely a franchisor has not been well-received by other courts, and the court concluded that the franchise arrangement was simply a mode of distributing a service to customers, and not a distinct business (UNITED STATES, 2022, p. 17).

The California Court of Appeal embraced this same approach with regard to litigation seeking a preliminary injunction against rideshare

businesses that orders them to cease mis-characterizing their drivers as independent contractors under the ABC test. The State has the burden of showing, among other elements, that it has a likelihood of success on the merits of the injunction in order to receive a preliminary injunction during the pendency of the litigation. The trial court found that the rideshare platforms provided travel services as the core of the business, and so the State was likely to prevail on the merits. The Court of Appeal agreed that the “facts amply support the conclusion that, whether or not drivers purchase a [platform] service from defendants, they perform services for them in the usual course of defendants business,” and upheld the trial court determination (UNITED STATES, 2020a).

In the wake of the *Dynamex* decision, the die appeared to be cast for hiring entities in the platform economy under the ABC test. Even if they could relinquish control significantly to meet element “a,” and even if their workers conducted an independent business by simultaneously working for multiple entities (such as Uber, Lyft, and Grubhub) that would plausibly meet the “c” element, the hiring entities had no reliable argument for meeting element “b.” Platform entities such as Uber argued that they are in the platform business rather than providing services to riders, but the courts regarded this claim with skepticism and did not endorse it. The imposition of the ABC test had seemingly ended the dispute: rideshare companies were employers of their drivers for the purpose of wage and hour claims. But after the extensive press coverage of the *Dynamex* decision and its aftermath, the legislature was primed to jump into the fray. The result of this intervention complicated matters significantly.

C. The California Legislature Selectively Extends the ABC Test: AB 5 and AB2257.

California Assembly Bill 5 (“AB5”) was signed into law September 18, 2019 and became effective on January 1, 2020. The law codifies the adoption of the ABC test in *Dynamex* and extends the scope of the test beyond wage and hour claims to include eligibility for unemployment compensation and general employee protections under the California Labor Code. Thus, the ABC test now defines employee status for the entire range of employee protections, except for particular occupations that were exempted by statute and therefore continued to be judged under the multi-factor control test. There were approximately 100 exempted occupations, which included licensed insurance agents, registered securities broker-dealers, direct sales salespersons, licensed barbers and cosmetologists, and other enumerated

professionals. These exceptions are sometimes quite detailed. For example, a licensed cosmetologist is exempt, but only if the worker:

(I) Sets their own rates, processes their own payments, and is paid directly by clients.

(II) Sets their own hours of work and has sole discretion to decide the number of clients and which clients for whom they will provide services.

(III) Has their own book of business and schedules their own appointments.

(IV) Maintains their own business license for the services offered to clients.

(V) If the individual is performing services at the location of the hiring entity, then the individual issues a Form 1099 to the salon or business owner from which they rent their business space...(UNITED STATES, 2019)

A cosmetologist who meets this strict test and is therefore exempted from the application of the ABC test would almost certainly be classified as an independent contractor under the multi-factor control test.

There was a storm of protest after AB5 was enacted. On one hand, platform companies such as Uber and Lyft argued that the expansion of the limited *Dynamex* holding to the whole range of employee rights would cause severe stress on their business model and eliminate the flexibility and control the workers currently enjoyed. On the other hand, workers argued that some occupations should have been exempted from the ABC test altogether, given the nature of the work performed. As just one example, publishers would not be able to treat freelance writers, editors and photographers as employees without facing a severe economic strain, and those workers would be worse off than they would be working as independent contractors writing for a number of outlets. Even with AB5 creating an exemption for writers who published fewer than 35 content pieces a year for a single outlet, The American Society of Journalists and Authors joined with the National Press Photographers Association to seek legal relief from AB5 for their members.

AB5 engendered confusion and consternation across a number of occupations beyond the freelance writers. Even the quintessential “gig worker” a musician delivering a single-engagement live performance, was potentially swept up by the broad reach of AB5 (EASTER, 2020).

The law was hurriedly written at the close of the legislative session, and the myriad exemptions were not carefully considered and worked out in a consistent manner. The legislature subsequently passed some quick “fixes,” and ultimately undertook a comprehensive revision of AB5 that was enacted less than a year later.

The California legislature enacted AB2257 on September 4, 2020 to subsequently amend AB5. The new law took effect immediately. Perhaps most prominently, AB2257 addressed the problems facing music performers and freelance journalists that had been widely reported after the passage of AB5. Moreover, B2257 added new exemptions for a variety of occupations, such as licensed landscape architects, real estate appraisers and home inspectors. However, these new provisions detailing exemptions were often quite detailed. For example, the law exempts freelance writers from the ABC test, but only if that person

works under a written contract that specifies that rate of pay, intellectual property rights, and obligation to pay by a defined time, as long as the individual providing the services is not directly replacing an employee who performed the same work at the same volume for the hiring entity; the individual does not primarily perform the work at the hiring entity’s business location....and the individual is not restricted from working for more than one hiring entity [UNITED STATES, 2020c, Sec. 2278(b)(2)(J)].

Although the intent is clear - don’t permit publishers to offload employees into a “contractor” role – the test will likely be difficult to apply in the myriad workplace settings of the rapidly changing business models for contemporary media. This level of precision in the statute will incite the hiring entities for each occupation in the state to lobby for more fairly balanced rules.

One might expect that this would be the end of the story. The *Dynamex* decision introduced the ABC test of employee status for wage and hour claims, disrupting the emerging platform economy. The legislature quickly stepped in and expanded the scope of the ABC test to most employment law protections, but also exempted a number of business models and occupations that appeared to be working well. Those exempted hiring entities were still subject to the multi-factor control test. The balance of labor and capital had been accomplished.

However, California has a very strong tradition of direct democracy, whereby the citizens may directly enact laws in the form of Propositions

that are placed on the ballot if enough voters sign their names requesting that it be subject to vote. In 2020 the voters enacted Proposition 22, which had the effect of exempting rideshare drivers from the scope of AB5, as amended. As we describe in the next section, the Proposition significantly re-calibrated the regulation of the gig economy.

D. The Empire Strikes Back: Proposition 22 and App-Based Drivers.

Drawing from the democratic mythology of citizen initiatives, some might claim that the classification of rideshare workers as employees so offended the populace that they spontaneously arose and sought to change the law. The political reality, of course, is quite different. After the *Dynamex* decision was endorsed and expanded by the legislature in AB5, it was clear that rideshare platforms would find no relief by seeking a legislative exemption. Consequently, Uber, Lyft and DoorDash led other rideshare apps to qualify Proposition 22 for the ballot and to secure its approval by the voters.

The formal name of Proposition 22 was the “Protect App-Based Drivers and Services Act.” The proponents were smart enough to add additional benefits for ride-share drivers to sweeten the pot, and so the Proposition was much more than merely negating the effect of AB5 on Gig workers. As the Proposition summarized:

This chapter is necessary to protect their freedom to work independently, while also providing those workers new benefits and protections not available under current law. These benefits and protections include a healthcare subsidy [..]; a new minimum earnings guarantee tied to one hundred twenty percent (120%) of minimum wage without maximum; compensation for vehicle expenses; occupational accident insurance to cover on-the-job injuries; and protection against discrimination and sexual harassment.¹¹

The public relations campaign was straightforward: allow drivers to have continued flexibility to work as contractors, but provide them with some of the most important “employee” benefits that protect them from exploitation. This campaign was well-funded by the platform companies, who spent more than \$205 million dollars into the effort to enact Proposition 22. In contrast, the labor groups fighting the initiative raised only \$19 million in support. The total spending on Proposition 22

11 Proposition 22, Chapter 10.5, Sec.7449 (f).

was by far the most money ever spent on an initiative in California.¹² The turnout for this election was uncommonly high, given that Donald Trump was running for a second term as President of the United States. More than 80% of the registered voters in California voted on Proposition 22, lending democratic legitimacy to the result.¹³ And the result was definitive: Proposition 22 was adopted by a vote of 58.6% to 41.4%.¹⁴

The implications of Proposition 22 are significant. First, it divides workers into two pools: those who work for transportation and delivery platforms are deemed independent contractors, but those who work in other sectors of the gig economy remain subject to AB5 and are almost certainly to be regarded as employees. The CEO of Thumbtack, a platform company that matches homeowners with personal service workers such as handypersons or tutors, concluded that “the success of Uber, Lyft, and others in essentially writing their own labor law looks bad [...] and makes it harder for everyone to engage in good-faith conversations about how to reconfigure regulations so they’re fairer to everyone, workers included. ‘Proposition 22 takes us further from a fundamental solution and a holistic approach, and sets a terrible precedent,’ he says” (MARSHALL, 2020). Second, the terms of Proposition 22 seek to prevent amendment by the legislature, which would further inhibit any attempt to provide a comprehensive solution to worker categorization.¹⁵ The fragmentation of the law applicable to gig workers means that a reasonable and principled solution will be ever more difficult to find.

3. THOUGHTS ON ENDING THE REGULATORY CHAOS SURROUNDING THE GIG ECONOMY.

12 The campaign finance details can be found at [https://ballotpedia.org/California_Proposition_22,_AppBased_Drivers_as_Contractors_and_Labor_Policies_Initiative_\(2020\)](https://ballotpedia.org/California_Proposition_22,_AppBased_Drivers_as_Contractors_and_Labor_Policies_Initiative_(2020)). Acesso em 12 jul. 2022.

13 2020 CALIFORNIA Proposition 22. In: WIKIPEDIA: the free encyclopedia. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/2020_California_Proposition_22. Acesso em 12 jul. 2022.

Voting results can be found at <https://elections.cdn.sos.ca.gov/sov/2020-general/sov/complete-sov.pdf> (UNITED STATES, 2020d), p. 66.

14 Voting results can be found at <https://elections.cdn.sos.ca.gov/sov/2020-general/sov/complete-sov.pdf> (UNITED STATES, 2020d), p. 66.

15 The Proposition was immediately attacked in court for intruding on the legislature’s plenary power to provide workers’ compensation insurance for all workers and intruding on the Supreme Court’s power to interpret the provisions of the law. See *Castellanos v. California*, “Emergency Petition for Writ of Mandate and Request for Expedited Review,” (January 12, 2021). The Emergency Petition was denied by the Supreme Court on February 3, 2021, and so the plaintiff filed the litigation in the Superior Court and the case will proceed there. The Supreme Court case docket is at: https://appellatecases.courtinfo.ca.gov/search/case/mainCaseScreen.cfm?dist=0&doc_id=2338840&doc_no=S266551&request_token=NilwLSEmTkw8W1AtSCI9SEtIUFG0UDxTJSM%2BUz9TICAgCg%3D%3D. Acesso em 12 jul. 2022.

The principal lesson to be learned from California's attempt to regulate the gig economy is that legal reforms are often piecemeal, subject to powerful interests, and incoherent from a broad policy and economic perspective. We suggest some broad guidelines for a more thoughtful and integrated approach. Some of these speak to aspects of the general U.S. policy issues that are amplified by increasing "gig" employment, and others are changes that are more directly target app-based "gig" employment.

First, the U.S. economy is characterized by a relatively weak social safety net compared to other wealthy nations. For example, unemployment benefits are much less generous and most health insurance is privately provided, most commonly by employers due to tax incentives. At the same time that general social insurance remains low, regulations on employers have strengthened in some states like California. This creates a strong incentive for workers to seek employment status. By decoupling major worker protections from employment status, as was attempted with the Affordable Care Act and health insurance, workers may be best served in a non-employment role. A second area for potential improvement is to expand and modernize the set of legal arrangements for organizing work beyond the current classifications of employee or independent contractor. For example, Harris and Krueger (2015) proposed an "independent worker" category as an intermediate status that blends aspects of employee status with aspects of independent contractor status. Under their proposal,

Independent workers would receive some protections and benefits of employees, such as the right to organize and the requirement that intermediaries contribute half of Social Security and Medicare payroll taxes, but not others, such as time-and-a-half for overtime hours. Most importantly, we think that reforms along the lines that we propose would help to protect and extend the hard-earned social compact that has protected workers and improved living standards over the past century, reduce uncertainty, and enhance the efficient operation of the labor market.

We believe that it is critically important that any such new classifications are created by the government with the broad public interest in mind, rather than created by select, powerful industries to serve their own purposes as app-based transportation companies did with Proposition 22.

Another option to consider is for governments to become more actively involved in creating and supporting the app-based labor market

rather than allowing the market to be created by firms with monopsony power and a significant bargaining advantage over workers. We suggest that internet or app-based matching of workers with those seeing services could be considered vital public infrastructure, and that these marketplaces for gig services are natural monopolies like utilities. Governments could regulate the app-based companies like private utilities are by a public utilities commission, or governments could simply create and operate their own app-based marketplace with an eye to the greater public good. Wingham Rowan (BRIGGS; ROWAN, 2021) has been instrumental in developing and promoting this type of approach.¹⁶

4. CONCLUSION

Those who control the gig economy and the new labor platforms insist that this is a new era of freedom for workers to sell their labor to multiple different purchasers, rather than being constrained through an exclusive employment relationship. Indeed, many workers celebrate their freedom of choice. Of course, this choice is often between working a number of gigs or finding a fully satisfactory job in the traditional employment economy. When that traditional economy stalls and unemployment rises, at least some gig workers find that their freedom to choose quickly becomes a necessary strategy to survive. They then find themselves working outside the protections of employment law, including minimum wage and basic benefits, in a struggle to make ends meet. We have described the California experience of seeking to regulate this “freedom” in a manner that preserves the dignity of workers without erasing the benefits of freedom altogether. Regulatory balancing is an important goal. We cannot simply assume that the “free” market will properly align the interests of workers, hiring entities and society. As Janis Joplin hauntingly reminds us, all too often freedom is just another word for nothing left to lose.

REFERÊNCIAS

2020 CALIFORNIA Proposition 22. In: *WIKIPEDIA: the free encyclopedia*. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/2020_California_Proposition_22. Acesso em 12 jul. 2022.

BELLON, Tina. *Uber dangles higher pay to lure U.S. drivers back, but warns it will not last*. Reuters, Austin, TX, 7 apr. 2021. Disponível em: <https://www>.

¹⁶ See also ROMEO (2021)

reuters.com/article/us-uber-lyft-driver-pay-idUSKBN2BU2AN. Acesso em: 12 jul. 2022.

BERNHARDT, Annette; THOMPSON, Sarah. *What do we know about gig work in California: an analysis of independent contracting*. UC (University of California), Berkeley Center for Labor Research and Education. Berkeley, CA, jun. 2017. Disponível em: <https://laborcenter.berkeley.edu/pdf/2017/What-Do-We-Know-About-Gig-Work-in-California.pdf>. Acesso em 12 jul. 2022.

BRIGGS, Xavier de Souza; ROWAN, Wingham. *Wanted: a public option for finding work in the gig economy*. Brookings Institution Blog, Washington, DC, 19 mar. 2021. Disponível em: <https://www.brookings.edu/blog/the-avenue/2021/03/19/wanted-a-public-option-for-finding-work-in-the-gig-economy/>. Acesso em 12 jul. 2022.

CHERRY, Miriam A.; RUTSCHMAN, Ana Santos. Gig workers as essential workers: how to correct the gig economy beyond the COVID-19 pandemic. *ABA (American Bar Association) Journal of Labor & Employment Law*, v. 35, n. 1., 2020. Disponível em: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/aba_journal_of_labor_employment_law/v35/number-1/gig-workers-as-essential.pdf. Acesso em: 12 jul. 2022.

EASTER, Makeda. *The AB5 backlash: singers, actors, dancers, theaters sound off on freelance law*. Los Angeles Times, Los Angeles, CA, 12 feb. 2020. Disponível em: <https://www.latimes.com/entertainment-arts/story/2020-02-12/how-ab5-is-impacting-california-readers-in-the-performing-arts>. Acesso em 12 jul. 2022.

FELER, Leo. *Proposition 22 and the Reclassification of Uber and Lyft Drivers as Employees versus Independent Contractors*,” UCLA (University of California, Los Angeles) Anderson Forecast. Berkeley, CA, sep. 2020. Disponível em: https://www.anderson.ucla.edu/documents/areas/ctr/forecast/FoDi/ForecastDirect_No_1.pdf. Acesso em: 12 jul. 2022.

FLYNN, Kerry. Publishers prepare for new law that puts limits on freelance journalists. *CNN.com*, New York, NY, 19 dec. 2019. Disponível em: <https://www.cnn.com/2019/12/19/media/california-ab5-freelancers-media/index.html>. Acesso em 12 jul. 2022.

FORMAN, Laura. Uber and Lyft Need a Sharper Turn. *The Wall Street Journal*, Nova York, NY, 13 apr. 2021. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/uber-and-lyft-need-a-sharper-turn-11618311794>. Acesso em 12 jul. 2022.

HARRIS, Seth D.; KRUEGER, Alan B. A proposal for modernizing labor laws for twenty-first century work: the ‘independent worker’. *The Hamilton Project*, Discussion Paper 2015-10. Washington, DC, dec. 2015. Disponível em: https://www.hamiltonproject.org/assets/files/modernizing_labor_laws_for_twenty_first_century_work_krueger_harris.pdf. Acesso em: 12 jul. 2022.

KATZ, Lawrence F.; KRUEGER, Alan B. *Understanding trends in alternative work arrangements in the United States*. NBER (National Bureau of Economic Research), Cambridge-MA, Working Paper n. 25425, jan. 2019. Disponível em: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w25425/w25425.pdf. Acesso em: 12 jul. 2022.

LIM, Katherine, et al. *Independent Contractors in the U.S.: New trends from 15 years of administrative tax data*. Washington, DC: IRS (Internal Revenue Service), 2019. Disponível em: <https://www.irs.gov/pub/irs-soi/19rpindcontractorinus.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2022

MARSHALL, Aarian. *Who’s still covered by California’s gig worker law?* Wired.com. San Francisco, CA, 18 nov. 2020. Disponível em: <https://www.wired.com/story/whos-still-covered-californias-gig-worker-law/>. Acesso em 12 jul. 2022.

ME AND BOBBY McGee. Intérprete: Janis Joplin. Compositores: Fred Foster e Kris Kristofferson. In: PEARL. Intérprete: Janis Joplin. Los Angeles: *Columbia Records*, 1971. LP, faixa 7.

NOGUEIRA, Mauro Oddo; CARVALHO, Sandro Sacchetti. *Trabalho precário e informalidade: desprecarizando suas relações conceituais e esquemas analíticos*. Brasília: Ipea, 2021 (Texto para Discussão, n. 2707). Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10948/1/td_2707.pdf. Acesso em: 10 jul. 2022.

OITAVEN, Juliana Carreiro Corbal; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CASAGRANDE, Cássio. *Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos*. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2018. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/189771>. Acesso em 12 jul. 2022.

ROMEO, Nick. Should gig work be government-run? *The New Yorker*. New York, NY, 23 mar. 2021. Disponível em: <https://www.newyorker.com/tech/annals-of-technology/should-gig-work-be-government-run>. Acesso em 12 jul. 2022.

SAID, Carolyn. Uber axes price-naming feature as ride-hail companies recruit new drivers. *The San Francisco Chronicle*, San Francisco, CA, 8 apr. 2021. Disponível em: <https://www.sfchronicle.com/business/article/Uber-axes-price-naming-feature-as-rideshare-16087206.php>. Acesso em: 12 jul. 2022.

UBER Blog. “*Driver announcements: California drivers: set your own fares when you drive with Uber*”. 25 jun. 2020. Disponível em: <https://www.uber.com/blog/california/set-your-fares/>. Acesso em: 12 jul. 2022.

UNITED STATES: *United States Court of Appeals for the Seventh Circuit. Secretary of Labor v. Lauritzen*, 835 F.2d 1529 (7th Cir. 1987). Chicago, IL, 15 dec. 1987.

UNITED STATES. *Supreme Court of The United States. Nationwide Mutual Ins. Co. v. Darden*, 503 U.S. 318. Washington, DC, 24 mar. 1992.

UNITED STATES: *United States District Court for the Northern District of Illinois Eastern Division. Thomas E. Perez, Secretary of Labor, v Super Maid, LLC*, 55 F. Supp. 3d 1065 (N.D. Ill. 2014). Chicago, IL, 14 jul. 2014.

UNITED STATES. United States District Court for the Northern District of California. *Lawson v. Grubhub, Inc.*, 302 F. Supp. 3d 1071 (N.D. Cal. 2018). San Francisco, CA, 8 feb. 2018a.

UNITED STATES: Supreme Court of California. *Dynarex Operations West, Inc. v. Superior Court*, 4 Cal. 5th 903 (2018). Sacramento, CA, 30, apr. 2018b.

UNITED STATES: *California Legislative Information*. Bill text of Assembly Bill n° 5, AB-5 (worker status: employees and independent contractors). Sacramento, CA, 19 sep. 2019. Disponível em: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=20190200AB5. Acesso em: 12 jul. 2022.

UNITED STATES: Court of Appeal of the State of California, First Appellate District, Division Four. *People v. Uber Technologies, Inc.*, 270 Cal. Rptr. 3d 290 (Cal. App. 2020). San Francisco, CA, 22 oct. 2020a.

UNITED STATES: United States District Court for the Central District of California, Los Angeles. *American Society of Journalists and Authors, Inc. v. Becerra*, 2020 WL 1444909. Los Angeles, CA, 20 mar. 2020b.

UNITED STATES: *California Legislative Information*. Bill text of Assembly Bill n° 2257, AB-2257 (worker classification: employees and independent contractors; occupations: professional services). Sacramento, CA, 9 apr. 2020c. Disponível em: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201920200AB2257. Acesso em: 12 jul. 2022.

UNITED STATES: *STATEMENT of vote in California*: general election, November 3, 2020. Sacramento, CA, 2020d. Disponível em: <https://elections.cdn.sos.ca.gov/sov/2020-general/sov/complete-sov.pdf>. Acesso em 12 jul. 2022.

UNITED STATES: United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. *Gerardo Vazquez et al. v. Jan-Pro Franchising International, Inc.* 2021 WL 403788 (9th Cir., February 2, 2021). San Francisco, CA, 2 feb. 2022.

RECEBIDO EM: 13/03/2022

APROVADO EM: 24/05/2022

DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ADUANEIRO: A PENA DE PERDIMENTO DE MERCADORIAS EM IMPORTAÇÃO E A CONSENSUALIDADE

***ADMINISTRATIVE LAW CUSTOMS SANCTIONS:
THE PENALTY OF LOST GOODS IN IMPORT AND
CONSENSUALITY***

Alessandro Del Col

Especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito (EPD). Especialista em Direito Privado pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Especialista em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Procurador da Fazenda Nacional.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Direito administrativo sancionador e a sanção de perdimento de mercadorias. 2. A consensualidade no direito administrativo sancionador e seus reflexos no Direito Aduaneiro. 2.1 Fundamentos constitucionais da consensualidade no Direito Administrativo Sancionador. 2.1.1 Princípio

constitucional republicano e democrático como fundamento a consensualidade na Administração Pública. 2.1.2 Conceito e evolução do interesse público e sua supremacia sobre o interesse privado. 2.1.3 Princípio constitucional da eficiência e da duração razoável do processo como vetor à consensualidade. 3. Os reflexos da consensualidade no Direito Aduaneiro: pena de perdimento de mercadorias, possibilidades e sua evolução normativa. Conclusões. Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente estudo tem por objeto analisar a evolução do Direito Administrativo Sancionador Aduaneiro sobre a pena de perdimento de mercadorias em importação, numa perspectiva consensual, com apreciação de possível mutação deste ramo do Direito a partir de influências do Direito Constitucional e do Direito Administrativo numa compreensão dogmática. Esta pesquisa científica pretende elucidar a problemática se no regime jurídico aduaneiro existe fundamentos constitucionais e legais para que o Estado adote atos concertados em substituição a imposição unilateral da prerrogativa sancionatória da pena de perdimento de mercadorias. Para tanto, buscará identificar os modelos, mecanismos de atos concertados nesta área, a sua evolução e marcos legislativos. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, por meio de pesquisa legal, doutrinária e jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo Sancionador. Direito Aduaneiro. Perdimento de Mercadorias. Interesse Público. Consensualidade.

ABSTRACT: The present study has as its object the evolution of Sanctioned Customs Administrative Law on the penalty of forfeiture of goods in Administrative Law, with an appreciation of a possible perspective of this analyzer branch from the influences of the Constitution in an Administrative Law dogmatic understanding. This objective scientific research for the problem of customs legal investigation has constitutional and legal grounds for the State not to adopt concerted acts to replace a regime of unilateral replacement of the penalty of forfeiture of goods. To this end, it will seek to identify the models, mechanisms of concerted acts in this area, its evolution and legislative frameworks. The method used is the hypothetical-deductive, through legal, doctrinal and jurisprudential research.

KEYWORDS: Sanctioning Administrative Law. Customs Law. Lost Goods. Public Interest. Consensuality.

INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo Sancionador se desenvolveu nos últimos anos de forma exponencial, com significativa influência do Direito Constitucional, resultado da expansão do Direito Administrativo, caracterizado pelo surgimento de diversas normas jurídicas num movimento de absorção de tutelas de bens jurídicos relevantes que eram objeto de normas penais.

Se traduz no poder punitivo estatal, com a finalidade de proteção dos bens jurídicos de relevância para o Estado e para a sociedade, como forma indutora do comportamento dos administrados, por meio de sistema de responsabilização composto de infrações administrativas, sanções administrativas e processo formal para garantia do direito à ampla defesa e ao contraditório.

A pena de perdimento de mercadorias em importações é uma sanção administrativa não pecuniária, decorrente do Direito Administrativo Sancionador Aduaneiro, que incide em função de infrações cometidas na internalização de mercadorias com impacto no controle aduaneiro, afetando diversos bens jurídicos de interesse da Fazenda Nacional, como a saúde, à economia nacional, ao meio ambiente, dentre outros. Esta sanção administrativa aduaneira é a que possui a maior divergência na doutrina e na jurisprudência, estando no centro do debate a deflagração do dano ao erário como pressuposto e princípios constitucionais eventualmente violados.

A mutação do Direito Administrativo, com a sua processualização, com o alargamento da área de aplicação da legalidade administrativa formal e material, a necessidade de proteção dos direitos e garantias fundamentais e o atendimento aos objetivos da República Federativa do Brasil, impulsionaram novas técnicas de consensualidade nos atos administrativos, sempre com a finalidade de alcançar o bem comum, com eficiência nos resultados a serem alcançados.

A relevância desta pesquisa busca elucidar se existem elementos teóricos e normativos que impulsionem a consensualidade no Direito Administrativo Sancionador Aduaneiro, notadamente sobre a pena de perdimento de mercadorias que possui natureza de sanção não pecuniária, com as características inerentes à área de proteção do comércio exterior.

Este artigo possui como objetivo geral apresentar a consolidação de reflexões teóricas sobre a aplicação de instrumentos que permitam a consensualização dos atos administrativos pela Administração Pública Aduaneira, em ambiente marcado pela cultura do litígio e ausência de uma relação dialógica com o administrado.

O método de investigação científica será hipotético-dedutiva buscado a identificar a consensualidade no Direito Administrativo Aduaneiro como aumento alocativo de eficiência da ação administrativa. Em relação aos meios propõe-se a investigação pesquisa bibliográfica em material publicados em livros, periódicos, redes eletrônicas, dissertações e legislações. E o referencial de análise será a evolução dogmática do Direito Constitucional e Direito Administrativo.

Com esse objetivo, na seção 1 serão apresentadas as discussões doutrinárias sobre o sistema de responsabilização na pena de perdimento de mercadorias, com abordagem das infrações como antecedentes normativos. Trataremos na seção 2 sobre a evolução da consensualidade, seus fundamentos constitucionais, reflexos no Direito Aduaneiro e sua evolução normativa. E, faremos uma reflexão sobre a consensualidade na aplicação da sanção de perdimento de mercadores e sua evolução normativa na seção 3. Ao final, encontram-se as conclusões e as referências bibliográficas desta pesquisa científica.

1. DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ADUANEIRO E A SANÇÃO DE PERDIMENTO DE MERCADORIAS

O Direito Administrativo Sancionador, em linhas gerais, corresponde ao conjunto sistematizado de princípios e normas jurídicas, incluindo as regulamentares, que disciplinam a atividade punitiva do Estado, atribuindo organicidade ao sistema de responsabilização, por meio de instituição de infrações administrativas, das respectivas sanções apuradas mediante processo administrativo, assegurando a ampla defesa e contraditório (FERREIRA, 2012).

Para a exata caracterização do raio de incidência do Direito Administrativo, são necessários (i) a presença formal da Administração Pública lato sensu na relação jurídico, (ii) ser relacionada com uma atividade administrativa permeada pela presença do interesse coletivo, e (iii) a previsão de um regime jurídico publicista conferindo à administração pública poderes públicos para a tutela do interesse público, como a potestade sancionadora (OSÓRIO, 2020, p. RB-2.1).

Este sistema de responsabilização advém da ordem jurídica que possui como finalidade precípua a proteção ao interesse público da coletividade ou da administração pública, que é exercido pela autoexecutoriedade e restrição dos direitos, e provém de uma estrutura lógica da regra sancionadora, pressupondo um antecedente normativo e um conseqüente sancionador, instituídos por norma administrativa anterior, para que se repute válida.

Infração administrativa corresponde ao descumprimento voluntário pelo agente de uma obrigação ou dever previsto em norma jurídica, e constitui uma causa lógica-jurídica para imposição de uma sanção por uma autoridade no exercício de uma função administrativa. Celso Antônio Bandeira de Melo (2014, p. 865) explica que a natureza administrativa da infração decorre da natureza da sanção que lhe corresponde pela autoridade competente para impô-la, não havendo qualquer distinção substancial entre infração administrativa e infração penal.

O conceito analítico de infração administrativa resulta da violação de um dever decorrente de um comportamento, típico, antijurídico e administrativamente reprovável, constatado através de um processo administrativo (FERREIRA, 2012), a ensejar uma sanção, no desempenho de uma atividade administrativa.

Uma das facetas do poder de polícia, que corresponde ao dever de repressão no que toca a imposição de correções e penalidades, justifica a existência das sanções na atividade administrativa. Este meio repressivo, de sanções aplicadas pela Administração Pública, visa o controle da atividade do particular, tem por objeto a prevenção e a segurança frente aos perigos dos bens jurídicos tutelados.

Fabio Medina Osório (2020, p. RB-2.1) ao conceituar a sanção administrativa propõe a existência de quatro elementos fundamentais: i) a presença da autoridade administrativa (elemento subjetivo), ii) o efeito aflitivo (elemento objetivo), iii) a finalidade punitiva (elemento teleológico), iv) natureza administrativa do procedimento (elemento formal). E destaca que a sanção administrativa deve corresponder ao campo de incidência do Direito Administrativo formal e material, permitindo uma ampliação da abrangência das sanções na perspectiva dos mais variados bens jurídicos.

A sanção administrativa deve possuir efeitos aflitivos, no sentido que representa um sofrimento, um castigo imposto ao infrator, conseqüentemente implicando um regime de privação de direitos, imposição

de deveres e condicionamentos à prática de um ilícito administrativo. A natureza deste elemento é de ordem objetiva, não sendo necessário estar presente a sensação do efeito aflitivo pelo infrator em determinado caso em concreto ou que tenha cumprido voluntariamente e pessoalmente com a consequência de seu ato.

O requisito do elemento teleológico da teoria da sanção administrativa, é a finalidade punitiva estatal, elevado ao elemento central da sanção. Fabio Medina Osório (2020, p. RB-2.1) destaca que o Supremo Tribunal Federal adota a teoria retributiva e preventiva geral da sanção penal, que influencia a teoria a ser adotada pelo Direito Administrativo Sancionador. Porém, para o Direito Administrativo, diferente da sanção penal, a finalidade punitiva da administração pode ser variada e multifacetada, mas que não objetiva a recuperação do infrator.

Alice Voronoff (2018, p. 82) ao realizar uma abordagem sobre a justificação da sanção, destaca a teoria dissuasória da sanção administrativa, com base na análise econômica do direito ("*Law and Economics*"), com influência da Escola de Chicago. Esta teoria trabalha com uma lógica de incentivos, e os indivíduos são orientados pela razão, realizam escolhas mediante prognoses com o objetivo de alcançar os maiores ganhos ou benefícios.

Segundo referida autora, prevalecem nos modelos sancionatórios administrativos uma complexa e específica lógica de incentivos para dissuadir o não cometimento da infração, e assim, proporcionar os resultados esperados na atividade administrativa que objetiva a proteção do interesse público. O Direito Administrativo Sancionador possui uma faceta como ferramenta institucional e meio ou medida de gestão, pois a teoria dissuasória permite conduzir o comportamento dos agentes em atendimento aos objetivos escolhidos pela norma administrativa.

A teoria retributiva visualiza a pena como um ato de punição, que causa um mal ou um castigo ao infrator por merecimento, na medida de sua culpabilidade, fundada numa intensa carga de reprovação moral. É um modelo que apura a violação da infração e a imposição de uma sanção numa perspectiva retroativa, e não visa coibir comportamentos futuros.

Já pela teoria dissuasória o sistema de responsabilização busca a conformação da conduta dos administrados aos objetivos tutelados pelo ordenamento jurídico, possuindo um caráter indutor do comportamento com a apreciação dos custos com uma análise pelo destinatário da norma.

Sua instrumentalização é mensurada numa perspectiva prospectiva e conformativa, não possuindo um juízo de reprovação moral.

A princípio cada setor que o Direito Administrativo intervém possui suas próprias características e peculiaridades, nos quais, a finalidade da sanção administrativa criará uma otimização para atingir o interesse público preconizado pela atividade administrativa, de modo que uma teoria não prevalece prioristicamente sobre a outra. Deveras, é no campo normativo que se delineará com maior precisão o modelo sancionatório adequado.

Verdadeiramente notável, que os instrumentos jurídicos do Direito Administrativo, como as infrações e as sanções administrativas, possuem o objetivo de tutelar, densificar e concretizar os mais variados interesses públicos, conectados com as garantias individuais, e direitos sociais, difusos e coletivos contemplados na Constituição Federal (OLIVEIRA; GROTTI, 2020, p. 84). E, as normas jurídicas-administrativas tem especial função de garantir efetividade destes interesses públicos, protegendo os anseios da coletividade, instituindo regras sobre as condutas dos administrados.

O Direito Administrativo Sancionador constitui em relevante ferramenta para assegurar o cumprimento dos valores e princípios constitucionais orientadores da atividade estatal, sofrendo influências de circunstâncias sociais, econômicas e políticas em constante processo de mutação, reformulando o conceito do interesse público.

Esta área da ciência do Direito atua em vários setores ou campos materiais com o sistema de responsabilização que possui papel fundamental para a compreensão dos fundamentos, abrangência e limites, e outrossim, delimitar os interesses públicos que deve tutelar.

Com a abordagem sobre os aspectos gerais e teóricos do Direito Administrativo Sancionador, cabe investigar neste momento, o conceito e conteúdo da infração e respectiva sanção tributária *lato sensu* e penalidade de perdimento de mercadorias no sistema de responsabilização.

Paulo de Barros Carvalho (2007, p. 549) aduz que a sanção como um consequente normativo se desenvolve através da relação jurídica tributária, por força de um ato ilícito cometido pelo infrator, desrespeitando um dever jurídico de origem obrigacional, com características de penalidade ou de indenização quando se tratar de sanções pecuniárias, ou veiculadora de deveres de fazer ou se abster, se não possuem conteúdo patrimonial.

Regina Helena da Costa (2020, p. 163), na mesma linha visualiza a atividade sancionatória tributária pelo descumprimento da prestação, objeto da obrigação principal ou acessória. As sanções punitivas tributárias traduzem a prática de um ilícito tributário, a falta de pagamento de um tributo ou da inobservância de uma obrigação acessória.

O ilícito tributário decorre da violação, por parte do administrado ou do contribuinte, das obrigações tributárias principais ou acessórias, previstas em lei.

O Direito Tributário por envolver uma relação jurídica obrigacional que tutela as imposições tributárias decorrentes do poder de tributar, que se relaciona com a instituição, arrecadação e fiscalização do cumprimento da obrigação tributária e não constitui em sanção. O ilícito tributário possui como consequente normativo, em sua grande maioria sanções pecuniárias. Adepto deste conceito, Luís Eduardo Schoueri (2019, p. 856) adverte que por incidência do artigo 157 do Código Tributário Nacional evidencia-se a natureza punitiva.

As sanções administrativas tributárias podem ser divididas em pecuniárias como as imposições de multas punitivas em sentido amplo (de ofício, qualificadas, agravadas e isoladas), e em não pecuniárias como a apreensão de bens e mercadorias, a cassação ou suspensão de regime especial de tributação e outras restritivas de direitos (ABRAHAM, 2020, p. 283; PAULSEN, 2020, p. 259).

As normas tributárias *stricto sensu* visam resguardar a relação jurídica obrigação de incidência para a instituição, a arrecadação e a fiscalização no cumprimento do dever de pagar tributos e contribuir com o Tesouro Nacional para garantir a implementação das mais variadas políticas públicas e serviços públicos destinado ao bem comum da sociedade. Possuindo uma alta carga valorativa de solidariedade.

As sanções administrativas tributárias pecuniárias possuem como objetivo a proteção do interesse da arrecadação, correspondendo ao bem jurídico tutelado a relação obrigacional, procurando estimular o cumprimento voluntário por meio do pagamento tempestivo (caráter dissuasório). No entanto, as demais sanções administrativas tributárias não pecuniárias, a exemplo suspensão de regime especial de tributação, visa a proteção de deveres instrumentais que denotam o cumprimento da legislação tributária e relação jurídica especial no interesse da fiscalização (caráter retributivo).

O Direito Administrativo Sancionador Aduaneiro, por integrar um dos modelos de proteção aos bens jurídicos e interesse públicos proclamados pela Constituição Federal e legislação correlata, compõe uma das vertentes do poder punitivo administrativo do Estado, mas se distinguindo do sistema de responsabilização administrativa tributária, por possuir outros objetivos, funcionalidades e finalidades, em especial, no tocante a sanção de perdimentos de mercadorias em operações de importações.

O Direito Aduaneiro tem por objetivo a regulamentação, o controle e fiscalização da entrada e saída de mercadorias, veículos e pessoas do território nacional, ainda que secundariamente, exerça a fiscalização no pagamento de tributos incidentes sobre o comércio exterior.

Laercio Cruz Uliana Junior e Amanda Caroline Goularte Vieira (2019, p. 314) informam que o bem jurídico tutelado corresponde a proteção à saúde, a segurança, a economia, o meio ambiente, no controle de entrada e saída de bens no comércio exterior, no que se distanciam dos objetivos meramente arrecadatórios de impostos sobre importações, por exemplo.

A Constituição Federal, ao estabelecer o regime de competência institucional da União¹ indica que o bem jurídico tutelado corresponde ao controle e à fiscalização sobre o comércio exterior, com imprescindibilidade à defesa dos interesses fazendários, atribuindo esta atividade administrativa ao extinto Ministério da Fazenda, hodiernamente estabelecida ao Ministério da Economia.

Ilação que indica um caráter multifacetado dos bens jurídicos tutelados no controle sobre atividades decorrente da internalização de mercadorias no território nacional ou remessa destes a outros territórios alienígenas, que pode envolver desde as relações comerciais, os combates à ilícitos criminais e de bens jurídicos elevados à categoria de direitos fundamentais como a saúde, ao desenvolvimento tecnológico e industrial, à soberania e segurança nacional, dentre outros. Cabendo a legislação ordinária indicar qual interesse público a ser tutelado, possuirá primazia na atividade administrativa e resguardado pelo Direito Administrativo Sancionador Aduaneiro.

A pena de perdimento de mercadoria em operações de importações é uma modalidade de sanção administrativa aduaneira, objeto deste

1 Cf. art. 22, inciso VIII e art. 237.

artigo científico, no qual passaremos a incursionar sobre seu sistema de responsabilização.

As infrações aduaneiras sujeitas à pena de perdimento de mercadorias caracterizadas como ilícitos relacionam-se à diversas posturas no regime de importação como mercadorias importadas ocultadas, clandestinas, com falsa declaração de conteúdo ou com ocultação do sujeito passivo mediante fraude ou dissimulação, dentre outros. E tem como pressuposto danos ao erário, possuindo fundamento de validade no conceito de defesa dos interesses fazendários previsto no artigo 237 da Constituição Federal.

Essencialmente, as infrações administrativas aduaneiras como antecedentes normativos deste sistema de responsabilização estão tipificadas em normas especiais, constantes do Decreto-lei nº 37, de 18 de novembro de 1966 e no Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976.

O artigo 105 do Decreto-lei nº 37, de 18 de novembro de 1966, prescreve que se sujeitam as seguintes infrações à pena de perdimento de mercadorias, *in verbis*:

Art.105 - Aplica-se a pena de perda da mercadoria:

I - em operação de carga ou já carregada, em qualquer veículo ou dele descarregada ou em descarga, sem ordem, despacho ou licença, por escrito da autoridade aduaneira ou não cumprimento de outra formalidade especial estabelecida em texto normativo;

II - incluída em listas de sobressalentes e provisões de bordo quando em desacordo, quantitativo ou qualificativo, com as necessidades do serviço e do custeio do veículo e da manutenção de sua tripulação e passageiros;

III - oculta, a bordo do veículo ou na zona primária, qualquer que seja o processo utilizado;

IV - existente a bordo do veículo, sem registro um manifesto, em documento de efeito equivalente ou em outras declarações;

V - nacional ou nacionalizada em grande quantidade ou de vultoso valor, encontrada na zona de vigilância aduaneira, em circunstâncias que tornem evidente destinar-se a exportação clandestina;

VI - estrangeira ou nacional, na importação ou na exportação, se qualquer documento necessário ao seu embarque ou desembarque tiver sido falsificado ou adulterado;

VII - nas condições do inciso anterior possuída a qualquer título ou para qualquer fim;

VIII - estrangeira que apresente característica essencial falsificada ou adulterada, que impeça ou dificulte sua identificação, ainda que a falsificação ou a adulteração não influa no seu tratamento tributário ou cambial;

IX - estrangeira, encontrada ao abandono, desacompanhada de prova de pagamento dos tributos aduaneiros, salvo as do art.58;

X- estrangeira, exposta à venda, depositada ou em circulação comercial no país, se não for feita prova de sua importação regular;

XI - estrangeira, já desembaraçada e cujos tributos aduaneiros tenham sido pagos apenas em parte, mediante artifício doloso;

XII - estrangeira, chegada ao país com falsa declaração de conteúdo;

XIII - transferida a terceiro, sem o pagamento dos tributos aduaneiros e outros gravames, quando desembaraçada nos termos do inciso III do art.13;

XIV - encontrada em poder de pessoa natural ou jurídica não habilitada, tratando-se de papel com linha ou marca d'água, inclusive aparas;

XV - constante de remessa postal internacional com falsa declaração de conteúdo;

XVI - fracionada em duas ou mais remessas postais ou encomendas aéreas internacionais visando a elidir, no todo ou em parte, o pagamento dos tributos aduaneiros ou quaisquer normas estabelecidas para o controle das importações ou, ainda, a beneficiar-se de regime de tributação simplificada;

XVII - estrangeira, em trânsito no território aduaneiro, quando o veículo terrestre que a conduzir, desviar-se de sua rota legal, sem motivo justificado;

XVIII - estrangeira, acondicionada sob fundo falso, ou de qualquer modo oculta;

XIX - estrangeira, atentatória à moral, aos bons costumes, à saúde ou ordem públicas.

Consoante depreende das diversas infrações tipificadas pelo Decreto-lei, com força de lei ordinária, envolve desde a ocultação de operações no comércio exterior à fiscalização tarifária, à fraude fiscal, ao crime de contrabando, a internalização de mercadorias que atentem contra os bons costumes e à saúde ou a ordem pública.

E o artigo 23 do Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, define quais infrações administrativas aduaneiras que acarretam danos ao erário, recaindo em todas as disposições do artigo 105 do Decreto-lei nº 37, de 18 de novembro de 1966, e as seguintes hipóteses:

Art. 23. Consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias:

I - importadas, ao desamparo de guia de importação ou documento de efeito equivalente, quando a sua emissão estiver vedada ou suspensa na forma da legislação específica em vigor;

II - importadas e que forem consideradas abandonadas pelo decurso do prazo de permanência em recintos alfandegados nas seguintes condições:

a) 90 (noventa) dias após a descarga, sem que tenha sido iniciado o seu despacho; ou

b) 60 (sessenta) dias da data da interrupção do despacho por ação ou omissão do importador ou seu representante; ou

c) 60 (sessenta) dias da data da notificação a que se refere o artigo 56 do Decreto-lei número 37, de 18 de novembro de 1966, nos casos previstos no artigo 55 do mesmo Decreto-lei; ou

d) 45 (quarenta e cinco) dias após esgotar-se o prazo fixado para permanência em entreposto aduaneiro ou recinto alfandegado situado na zona secundária.

III - trazidas do exterior como bagagem, acompanhada ou desacompanhada e que permanecerem nos recintos alfandegados por prazo superior a 45 (quarenta e cinco) dias, sem que o passageiro inicie a promoção, do seu desembarço;

IV - enquadradas nas hipóteses previstas nas alíneas “ a “ e “ b “ do parágrafo único do artigo 104 e nos incisos I a XIX do artigo 105, do Decreto-lei número 37, de 18 de novembro de 1966.

V - estrangeiras ou nacionais, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros.(Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

§ 1o O dano ao erário decorrente das infrações previstas no *caput* deste artigo será punido com a pena de perdimento das mercadorias.

§ 2o Presume-se interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados.

§ 3o As infrações previstas no *caput* serão punidas com multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, na importação, ou ao preço constante da respectiva nota fiscal ou documento equivalente, na exportação, quando a mercadoria não for localizada, ou tiver sido consumida ou revendida, observados o rito e as competências estabelecidos no Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972.

§ 4o O disposto no § 3o não impede a apreensão da mercadoria nos casos previstos no inciso I ou quando for proibida sua importação, consumo ou circulação no território nacional.

Parte da doutrina tem asseverado que a pena de perdimento de mercadorias é uma sanção não pecuniária de caráter interventivo, decorrente do exercício do poder de polícia (TORRES, 2006, p. 1), com função repressiva (SEIXAS FILHO, 2006, p. 1), retributiva e preventiva (BRUYN JÚNIOR, 2016, p. 220).

No entanto, pela necessidade de configuração de danos ao erário para aplicação da pena de perdimento de mercadorias, autores como Jean

Marcos Ferreira (2000, p. 205), Vera Lúcia Feil Ponciano (2008, p. 275) e Antônio Airton Ferreira (2015, p. 3) aduzem que a pena de perdimento de mercadorias possui uma natureza dúplice ou mista, com finalidade repressiva e compensatória.

Associa-se do entendimento dos autores, na medida que o pressuposto da existência de danos ao erário destaca uma função compensatória, mas, contudo, não retira a natureza sancionatória pela violação às infrações aduaneiras.

Danos ao erário não se restringe ao aspecto financeiro-fiscal de ausência de recolhimento de tributos, incluindo-se a transgressão das normas aduaneiras, ao serviço de fiscalização aduaneira, ao prejuízo à indústria nacional, e aos demais bens jurídicos tutelados.

A competência para apuração de infração administrativa para a aplicação da pena de perdimento de mercadorias em operações de importação é da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil através de suas Alfândegas em portos, aeroportos e pontos de fronteira, sempre supervisionada e executadas por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil.

O procedimento administrativo deve seguir o rito estabelecido pelo Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, conforme prevê o § 3º do artigo 23 do Decreto-lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976.

Assim, o início do procedimento administrativo fiscal ocorre com a apreensão da mercadoria, como medida acautelatória, com a emissão de auto de infração, termo de apreensão ou termo de guarda fiscal e expedição de notificação de lançamento e imposição de penalidade ao infrator para o exercício da defesa administrativa², com efeito meramente devolutivo. E, a decisão sobre o auto de infração compete ao Delegado da Alfândega da Receita Federal do Brasil, com possibilidade de aplicação concomitante à pena de multa.

Em seguida, a legislação oportuniza a possibilidade de apresentação de recurso administrativo às Delegacias de Julgamento da Receita Federal do Brasil, subordinadas à Subsecretaria de Tributação e Contencioso. E ainda, de recurso administrativo em segunda instância ao Conselho

2 Cf. artigos 7º e 8º do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

Administrativo de Recursos Fiscal, órgão paritário, integrante da estrutura do Ministério da Economia.

As mercadorias sujeitas a penalidade de perdimento podem ser destinadas à alienação mediante licitação ou doação, incorporadas ao patrimônio de órgão da Administração Pública, destruídas ou inutilizadas. E, regra geral somente é exequível após decisão administrativa definitiva ou imediatamente após a formalização do procedimento administrativo fiscal quando se tratar de semoventes, perecíveis, inflamáveis, explosivos, mercadorias deterioradas, danificadas ou estragadas, cigarros ou derivados do tabaco.

Destarte, a sanção administrativa aduaneira de pena de perdimento de mercadorias é uma consequência jurídica prevista em norma secundária de violação a determinada regra de conduta ou obrigacional, constituindo num ilícito, que se caracteriza pelos seguintes elementos, a presença de uma autoridade administrativa (Auditor-Fiscal da Receita Federal) no exercício de funções típicas do Estado, o efeito aflitivo da medida com a privação de direitos existentes ou imposição de novos deveres (impossibilidade ou restrição de internalização de mercadorias com restrição cadastral, conforme o caso³), a finalidade repressora (perdimento de mercadorias) com o restabelecimento da ordem jurídica, e natureza administrativa do procedimento (processo administrativo fiscal). Penalidade que possui características, finalidades e objetivos próprios, distanciando das sanções tributárias, aos quais não se confundem.

2. A CONSENSUALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E SEUS REFLEXOS NO DIREITO ADUANEIRO

No Direito Administrativo Sancionador, como destacado no item anterior, os elementos constitutivos do sistema de responsabilização são compostos pela tipificação das infrações administrativas, sanções administrativas e processo administrativo. E acompanha a construção instrumental deste sistema, o qual se incorpora, mas não se confundem, a inserção de medidas administrativas acautelatórias, medidas preventivas e atos consensuais com natureza substitutiva ou integrativos de uma sanção administrativa (OLIVEIRA; GROTTI, 2020, p. 122).

3 Cf. art. 81, Parágrafo 1º da Lei nº 9.430/96.

2.1 Fundamentos constitucionais da consensualidade no Direito Administrativo Sancionador

Princípios são normas jurídicas ou vetores que possuem uma forte contação axiológica, inserindo no ápice da estrutura hierárquica normativa, introduzindo valores relevantes para a sociedade que orientam todo o sistema jurídico, ou impondo limites objetivos na interpretação das demais regras jurídicas. Consubstanciam, ainda, juízos condutores de alto grau de generalidade e baixa densidade normativa que proporcionam uma estruturação lógica no sistema jurídico, fazendo parte, que sustentam e projetam luzes na construção interpretativa do Direito.

O Direito Administrativo como instrumento jurídico de concretização dos valores do Estado Democrático de Direito deve otimizar a construção de suas ações administrativas num regime de ponderação de interesses e valores que são obtidos dos princípios constitucionais, impondo ao administrador, especialmente em processos decisórios, exercer em sua prerrogativa pública um juízo de valor com máxima efetividade dos princípios constitucionais.

Nesta toada, ingressa-se na investigação dos princípios constitucionais informadores e dos elementos ou condicionantes que permitem aplicar métodos de consensualidade no Direito Administrativo Sancionador e possíveis reflexos no Direito Aduaneiro, objeto deste trabalho.

2.1.1 Princípio constitucional republicano e democrático como fundamento a consensualidade na Administração Pública

Com a ruptura do sistema constitucional anterior, foi promulgada a Constituição Federal de 1988, em 5 de outubro de 1988, que adotou como princípio fundamental o pluralismo⁴, possuindo como objetivos fundamentais a constituição de “uma sociedade livre, justa e solidária⁵”, no plano internacional a “solução pacífica dos conflitos⁶”, o fortalecimento dos direitos e garantias fundamentais⁷, erigindo-se em cláusulas pétreas, não podendo ser suprimidas por eventual reforma constitucional, revelando a vedação de retrocesso no âmbito dos direitos e garantias fundamentais.

4 Cf. inciso V do art. 1º da CF.

5 Cf. inciso I do art. 3º da CF.

6 Cf. inciso VII do art. 4º da CF.

7 Cf. *caput* do art. 5º da CF

A Magna Carta, ainda, trouxe diversos instrumentos de participação popular, de fiscalização e controle dos atos da Administração Pública, como o acesso à informação⁸, à publicidade dos atos da administração e orçamentária⁹, o direito de petição¹⁰, a ação popular¹¹, o plebiscito, o referendo¹², denúncias contra atos ou omissões de autoridades públicas¹³, exame e apreciação das contas Municipais¹⁴, processo participativo¹⁵, que surgem como modelos embrionários da aproximação entre a Administração Pública e o particular.

O Estado Democrático de Direito foi edificado com estatura fundamental da República Federativa do Brasil, de destaque à democracia e a participação popular nos atos da administração. E a sua consagração conferindo o pleno exercício da democracia e estruturando a República Federativa, exige da Administração Pública uma mudança de paradigmas na sua atuação e relação jurídica com o indivíduo, não se compatibilizando mais, com um modelo burocrático e de segregação na busca do interesse público, autoritário e unilateral, com relação de sujeição, sendo transformado em um sistema de complementaridade entre o público e o privado, de paridade com o indivíduo, criando ambiente propício ao movimento dialógico e participativo da gestão pública (PIERONI, 2018, p. 95).

Nesse contexto, evidencia-se que a Constituição Federal robusteceu a função garantidora do Estado e obrigacional de efetividade e concretude dos mais variados direitos fundamentais do cidadão, geradores de custos financeiros elevados e sempre crescentes de acordo com o desenvolvimento econômico e social, reclamando a expansão e melhoria qualificativa dos serviços públicos, com a alteração de modelo de gestão administrativa em rede e de Governança Pública.

Segundo Gustavo Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka (2009, p. 305) fundado no ideal democrático e alargamento da legitimação do poder estatal, a figura do Estado mediador sofre uma mutação de garantia dos

8 Cf. inciso XXXIII, do art. 5º da CF.

9 Cf. parágrafo 1º do art. 37 e art. 163-A, ambos da CF.

10 Cf. inciso XXXIV, do art. 5º da CF.

11 Cf. inciso LXXIII, art. 5º da CF.

12 Cf. incisos I e II, art. 14 da CF

13 Cf. inciso IV, Parágrafo 2º, art. 58 e parágrafo 2º art. 74, ambos da CF.

14 Cf. parágrafo 3º, art. 31 da CF.

15 Cf. art. 10; parágrafo 3º do art. 37; inciso III do art. 198; inciso II, do art. 204; art. 216-A e art. 82 do ADCT, todos da CF.

canais e modelos participativos para um sistema de constante integração entre o indivíduo e a Administração Pública, como indispensável à eficácia e efetividade das ações estatais, passando a compor conflitos dos interesses estatais e interesses privados em um processo de determinação e densificação do interesse público, que não figura mais como monopólio do Estado.

2.1.2 Conceito e evolução do interesse público e sua supremacia sobre o interesse privado

O Direito Administrativo brasileiro foi estruturado sob influência do sistema francês e inspirado pelas construções teóricas no início do século XX, baseado na indisponibilidade do interesse público e a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, de modo que as soluções consensuais não seriam compatíveis com o regime jurídico-administrativo, na medida em que importaria em renúncia pela Administração Pública da tutela do interesse público. Nessa linha de inteligência, a solução consensual implicaria a prevalência do interesse privado que não terminaria com o processo administrativo por um ato unilateral e imperativo, vulnerando o sistema de prerrogativas públicas da relação jurídica-administrativa (PALMA, 2010, p. 149).

Deveras, é indispensável uma releitura dos pilares estruturantes do regime jurídico-administrativo da indisponibilidade do interesse público e a supremacia do interesse público sobre o interesse particular, sob a vertente da mutação administrativa em face da crescente utilização da consensualidade em um novo paradigma de atuação da Administração Pública.

Interesse público é um conceito jurídico indeterminado, dotado de interpretação jurídica e efêmero, sujeitando-se a novas exegeses resultantes de processos de transformações sociais, econômicas e políticas, que caracterizam a sociedade contemporânea.

Conceitualmente, segundo lições de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 60), o interesse público não destoa completamente do privado, vez que corresponde a dimensão pública dos interesses individuais, enquanto partes integrantes da coletividade em que estão inseridas, isto é, deve-se buscar atender os anseios da sociedade direcionadas a alcançar o bem comum. Pondera que interesse público não se encontra relacionado com a pessoa, mas com a finalidade buscada por meio de seus atos jurídicos, pois nem todos os interesses do Estado, ipso facto, constitui em interesse público propriamente dito.

A concepção jurídica de interesse público corresponde a finalidade ou alcance dos valores adotados pela Constituição Federal (MELLO, 2014, p. 68), do qual sofre influências dos direitos, liberdades e às prerrogativas quanto à nacionalidade, à soberania e à cidadania, e a Constituição Federal delegou ao legislador ordinário a tarefa de especificar concretamente os referentes interesses públicos (“clausula de reserva de legal de eficácia”), sem que exista alguma primazia subjacente (MOREIRA NETO, 2003, p. 140).

Parte da doutrina não efetua a distinção entre o interesse público, se primário ou secundário, afirmando que a Administração Pública não possui a discricionariedade ou a livre disposição dos bens ou interesses públicos que somente se admite diante de expressa previsão legal (CARVALHO FILHO, 2015, p. 34). Para outros a indisponibilidade do interesse público dever ser avaliada com a finalidade administrativa e a subsunção de vontade traçada pela Constituição Federal e a lei (MARINELA, 2017, p. 75).

O interesse público pode ser classificado em interesse primário e secundário (MOREIRA NETO, 2003, p. 139). O primeiro corresponde em essência na busca do bem comum da sociedade, que objetiva a realização da dimensão pública do interesse de seus membros. Já o secundário é a realização de interesse meramente individual do Estado, de cunho particular, concebido em sua individualidade, como uma pessoa dotada de direitos, no qual os atos consensuais não sofrem a influência da indisponibilidade (MELLO, 2014, p. 73), sem considerar as peculiaridades no Direito Administrativo atual.

Deveras, o administrador não detém a liberdade ou autonomia de dispor livremente dos bens ou do interesse público, mas isso não significa que os atos concertados pela Administração Pública são vedados pelo ordenamento jurídico, em regra. A ação administrativa deve ser direcionada a satisfação do interesse público, que se insere na esfera do mérito do ato administrativo, devendo ser demonstrado pelo administrador que a escolha de sua atuação, no exercício da discricionariedade permitida pela norma, com esforço argumentativo, os atos consensuais atingem o interesse público, sempre pautado pelo princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade que se revestem de limites intransponíveis a motivação do ato administrativo.

Com o advento dos direitos fundamentais pela Magna Carta e pela crescente constitucionalização do Direito Administrativo (BARROSO, 2005

apud BINENBOJM, 2014, p. 65), houve a necessidade de reformulação do interesse público, que se encontra marcado pela multiplicidade de interesses relevantes tutelados pelo Estado, admitindo a proliferação e adoção de novos mecanismos consensuais entre a Administração e o particular, em direção ao alcance do interesse público.

A supremacia do interesse público sobre o interesse privado correlaciona-se à relação de superioridade ou primazia que possui a atividade administrativa de tutela do interesse público que é desenvolvido em benefício da coletividade e da sociedade, em detrimento de interesse individual e pessoal dos indivíduos que nem sempre se conciliam com a dimensão pública dos direitos em conflito. Constitui em fundamento da existência do sistema de prerrogativas da Administração e sujeições dos interesses particulares aos interesses públicos.

A investigação de preponderância de interesses ou a execução da atividade administrativa deve ser realizada, por meio de um juízo de ponderação entre os interesses supostamente conflitantes, recorrendo ao princípio da proporcionalidade (MONTEIRO, 2012, p. 1), realizando um juízo de adequação da medida para alcance do resultado pretendido, a necessidade da medida quando outros meios menos gravosos não estejam dispostos, e a proporcionalidade em sentido estrito, no qual se investigam se os valores justificam o ônus imposto e o benefício trazido, para saber se a medida é legítima (BARROSO, 2010, p. 347).

A supremacia do interesse público sobre o interesse privado, deve ser investigado sob um novo olhar, concluindo que não pode ex ante caracterizar um impedimento absoluto à celebração de atos consensuais entre a Administração Pública e o particular, que no caso em concreto pode vislumbrar o alcance do próprio interesse público (PALMA, 2010, p. 154).

2.1.3 Princípio constitucional da eficiência e da duração razoável do processo como vetor à consensualidade

A reforma constitucional promovida pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, alterou o *caput* do artigo 37 da Constituição Federal e objetivou a reforma administrativa do Estado, elevando a eficiência administrativa como um princípio constitucional a ser alcançado pela Administração Pública em sua atividade administrativa, a ser desempenhada em busca do bem comum da sociedade.

O princípio da eficiência possui dois aspectos nucleares (PIERONI, 2018, p. 105), relacionado ao modo de atuação do agente público, que no exercício de suas atribuições alcance o melhor desempenho para lograr os melhores resultados; e de outro, relativo ao modo de organização administrativa que detém o mesmo objetivo na prestação dos serviços públicos.

O núcleo deste princípio é a perseguição do binômio produtividade e economicidade impondo a execução dos serviços públicos com presteza, qualidade, celeridade, desburocratização e flexibilização (RODRIGUES, 2012 apud CARVALHO FILHO, 2015, p. 31). E o âmbito de aplicação não se restringe aos serviços diretos à coletividade, mas incluindo os serviços administrativos internos, devendo recorrer à moderna tecnologia e aos métodos de administração gerencial que se revelam compatíveis com as necessidades comuns da Administração sem prejuízo para o interesse público que norteia toda a atividade administrativa.

A ação administrativa deve possuir orientação pelo resultado, conduzir ao aumento da eficiência, eficácia e efetividade do gasto público. A eficiência, eficácia e efetividade, no sentido semântico do texto, relacionado ao modo pelo qual se processa o desempenho, com os meios e instrumentos, e voltado aos resultados obtidos, são três aspectos que se buscam através dos programas e ações realizadas pela Administração Pública, não dotados de primazia (CARVALHO FILHO, 2015, p. 33). Esses aspectos se relacionam não apenas com os gastos públicos, mas também com as ações, ou seja, a norma não estabelece de forma isolada quais objetivos devem ser priorizados, incumbência a ser pautada pelo princípio da razoabilidade para alcançar a finalidade pública, que é o alcance primordial da atividade do Estado.

A adoção pela Administração Pública da consensualidade em sua ação administrativa em busca da proteção do interesse público importa em maior eficiência alocativa da atuação estatal, permitindo uma maior proteção aos bens jurídicos tutelados, com menor oneração do particular, que diante da concertação dos atos, geram efeitos persuasivos na correção das condutas em direção ao cumprimento das normas jurídicas, evitando-se as práticas ilícitas.

Juliana Bonacorsi de Palma (2010, p. 94) informa que na interpretação do princípio da eficiência a Administração Pública deve promover a escolha do meio mais adequado para determinar decisões eficientes no caso em concreto, em busca de uma “decisão ótima”, através dos critérios utilitaristas

e da proporcionalidade. E a consensualidade se transformaria num terceiro critério para uma decisão administrativa eficiente, com primazia da escolha dos meios pelos efeitos.

A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, inseriu o inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição Federal, assegurando como garantia fundamental, que no âmbito administrativo é assegurado a razoável duração do processo e meios que assegurem a celeridade do processo, que busca a resolução do litígio no menor espaço de tempo possível. Este preceito constitucional possui ligação direta com o princípio da eficiência, na medida em que a Administração Pública possui o dever de realizar suas atribuições em busca do menor custo e maior benefício social, voltado ao melhor desempenho para o alcance dos resultados esperados.

A princípio da duração razoável do processo projeta luzes interpretativas sobre todo o sistema processual brasileiro, servindo de norte para reformulação de instituições e instrumentos processuais mais eficientes na relação jurídica administrativa. Esta proteção constitucional não se destina exclusivamente a inserção de celeridade na prolação de uma decisão final, no sentido de compulsoriedade, pelo contrário, é um preceito valorativo que se adequa perfeitamente aos atos e condutas consertadas entre o particular e a Administração Pública, que possibilita a abreviação do curso do processo administrativo, alcançando a pacificação social, através de métodos de solução de conflitos consensuais (PIERONI, 2018, p. 39).

Em tema relacionado à consensualidade na Administração Pública, revela-se que ao lado da função administrativa de proteção dos interesses coletivos existe a atribuição de composição de interesses, que pode ser considerado como o próprio interesse público, de forma que qualquer atuação consensual estatal não significa que estaria prevalecendo o interesse privado em detrimento do interesse coletivo. Não é somente o ato administrativo que corporifica o interesse privado, no entanto, a negociação da prerrogativa pública de natureza imperativa, mediante decisão bilateral pode ser mais eficiente, e atinge o escopo dos interesses tutelados (PALMA, 2010, p. 153).

3. OS REFLEXOS DA CONSENSUALIDADE NO DIREITO ADUANEIRO: PENA DE PERDIMENTO DE MERCADORIAS, POSSIBILIDADES E SUA EVOLUÇÃO NORMATIVA

A mutação do Direito Administrativo em uma nova concepção, decorrente de alterações resultantes de processos de transformação sociais,

econômicas e política e da noção de interesse público multifacetado, desembocou num movimento de expansão do diálogo entre a Administração e o administrado, com a participação nas decisões administrativas em busca do consenso na solução das lides, prestigiando o agir comunicativo (PALMA, 2010, p. 100), em busca do interesse comum, reduzindo o poder extroverso decorrente da imperatividade do ato administrativo (MONTEIRO, 2012, p. 1), no qual promoveu influências significativas em diversas áreas da ciência do direito, incluindo o Direito Aduaneiro.

O regime jurídico da sanção administrativa da pena de perdimento de mercadorias em importações não se submete ao princípio da legalidade estrita¹⁶, no qual impõe o delineamento através de norma aprovada pelo Poder Legislativo (aspecto formal) e define em abstrato todos os aspectos relevantes ao crédito (aspecto material), sendo aplicável o princípio da legalidade ao poder sancionatório, que orienta toda a atividade administrativa como regra geral¹⁷.

A Constituição Federal de 1988 enquanto norma fundamental vincula todos os poderes e estabelece uma primazia dentro do sistema normativo nacional, no aspecto formal e material, servindo como norma parâmetro para o controle de constitucionalidade. A Magna Carta consagrou a República Federativa do Brasil como fundamento o Estado Democrático de Direito, outorgando uma garantia aos direitos fundamentais das pessoas e estabelecendo limites aos poderes do Estado, cabendo a lei fundamental a definição de sujeição ou densidade normativa mínima na relação jurídica administrativa.

Neste cenário, a Magna Carta pode estabelecer uma reserva legal de natureza absoluta ou relativa. A reserva legal é absoluta quando a Constituição Federal exige que a matéria somente possa ser disciplinada por ato normativo emanado de lei em sentido restrito, criada pelo Poder Legislativo, excluindo a competência de outros Poderes. A reserva legal relativa, ocorre quando as normas constitucionais exigem a edição de lei formal, fixando parâmetros de atuação de um órgão administrativo, mas que permitirá a completação de diversos aspectos por atos infralegais pelo Poder Executivo, respeitando sempre os limites estabelecidos pelo legislador (NOHARA, 2019, p. 67).

16 Cf. inciso I do Art. 150 e art. 9, ambos da CF c/c art. 97 do CTN.

17 Cf. inciso II, do art. 5 c/c art. 37, ambos da CF.

A Constituição Federal, com exceção das sanções administrativas tributárias e penais¹⁸, não estabelece de forma direta que todas as sanções administrativas são reservas legais absolutas¹⁹ ou sujeita a determinada densidade normativa.

Alice Voronoff (2018, p. 232) aduz que em matéria de sanção administrativa se submete à reserva legal relativa, encontrando fundamento de validade no artigo 170 da Constituição Federal, na medida em que o livre exercício da atividade econômica pode ser restringida nos casos previstos em lei, no qual se incluem os tipos e sanções administrativas, conformando a atividade econômica que deve se coadunar os ditames da justiça social e na valorização da pessoa humana.

Em matéria de Direito Administrativo Sancionador, por envolver a disciplina de infrações e consequências jurídicas mais gravosas, que outros temas administrativos, a reserva legal relativa exige que a Administração desenvolva a sua atividade sancionadora *sucundum legem*, por meio de uma lei aprovada pelo Poder Legislativo (critério formal) e a densidade normativa pelo menos contemple o regime de competência e a criação das sanções administrativas (critério orgânico e material), permitindo ao poder regulamentar a disciplina das infrações, a dosimetria e outros assuntos adequados ao regime administrativo, como a consensualidade (VORONOFF, 2018, p. 232; PALMA, 2010, p. 279).

Seguindo esta diretriz, o Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966, que dispõe sobre o imposto de importação e os serviços aduaneiros estabelece em tema de infrações e penalidades a reserva legal relativa para definição de infrações, como a pena de perdimento de mercadorias.

Sob a influência do regime constitucional e administrativo antecedente, no qual prevalecia a concepção de uma Administração Pública burocrática, em que o administrador caberia apenas aplicar a legislação, com restrição ao exercício da discricionariedade e a busca da eficiência, como demonstramos no tópico anterior, criou impedimentos de repartições públicas, autarquias, empresa pública e sociedades de economia mista em transacionar a qualquer título com o devedor ou fiador declarado remisso.

18 Cf. inciso XXXIX do art. 5º e inciso II e III do art. 146, ambos da CF.

19 Cf. art. 220, parágrafo § 4º da CF.

Entretanto, a melhor leitura do dispositivo, considerando o contexto normativo da época, refere-se a outros órgãos da Administração Pública, especialmente as empresas públicas e sociedade de economia mista que atuam no setor econômico ou prestam os mais variados serviços públicos, não correspondo a administração aduaneira.

Nesse diapasão, todos argumentos favoráveis aos atos concertados nos itens anteriores se aplicam a Administração Pública Aduaneira, entretanto, torna-se indispensável enveredar sobre as peculiaridades desta área e verificar se existe fundamento à consensualidade, e a densidade do princípio da legalidade.

Com as profundas alterações da Administração Pública burocrática para uma Administração Pública gerencial que passa a buscar a eficiência como uma forma de se atender ao interesse público, aliada as mutações sociais, inserindo o Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais, de natureza prestacional, consoante advertência da doutrina deflagrou uma “crise do princípio da legalidade”, culminando numa mitigação ou temperamento do princípio da legalidade (OLIVEIRA, 2013, p. 120), permitindo uma maior flexibilidade da noção tradicional do princípio da legalidade, notadamente em matéria de consensualidade.

A complexidade das normas no que se refere ao direito aduaneiro, muitas vezes influenciado por regras de Direito Internacional insertas em tratados e convenções internacionais, exige do legislador uma maior tecnicidade, o que não se mostra suficientemente adequado e eficaz uma disciplina através de lei ordinária, acabando por resultar uma maior proliferação de normas regulamentares (BRASIL, 2009).

Outro fator relevante no Direito Aduaneiro é a característica sempre presente da extrafiscalidade (COELHO, 2015, p. 396) que se utiliza de instrumentos ou mecanismos com a finalidade indutora da atividade econômica, ora incentivando-a ou restringindo-a, o que transfere ao Poder Executivo a utilização de poder regulamentar para o alcance desta finalidade, amparando-se na tecnicidade das áreas administrativas e a exigências de respostas céleres.

Segundo Heleno Taveira Torres (2013, p. 12), o princípio da praticabilidade ou praticidade que se constitui em método de simplificação com a economia de procedimentos e potencialidade para conferir uma maior participação dos administrados na gestão tributária, ampliou as possibilidades de solução extrajudicial de conflitos entre a Administração

e os contribuintes, possuindo uma relação de pertinência com o princípio da eficiência e estabelecendo uma maior isonomia na sujeição passiva.

A praticabilidade permite que o legislador utilize o emprego de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, dotados de baixa densidade e precisão, permitindo uma maior maleabilidade e conformação das normas jurídicas às situações concretas, evitando-se que a todo o momento seja alterada ou promulgada novas legislações, possuindo grande relevância em movimentos à solução pacífica de conflitos, por meio da discricionariedade administrativa.

A atividade discricionária justifica a ponderação de conflitos e permite uma efetiva participação do administrado em processo dialógico e equitativo fiscal (OLIVEIRA, 2013, p. 122), em suas diversas facetas e mecanismos de resolução pacífica de lides administrativas fiscais.

Entretanto diversos doutrinadores afirmam ser necessário a promulgação de lei que permita a consensualidade (BUÍSSA e BEVILACQUA, 2015, p. 4; GUEDES, 2009, p. 260), , ainda que na perspectiva tributária (TORRES, 2003, p. 12).

Existe corrente doutrinária (BINENBOJM, 2014, p. 170), que defende a valorização da infralegalidade na consensualidade em atos administrativos, encontrando fundamento de validade na incidência direta de princípios constitucionais, no conceito de juridicidade ou bloco de legalidade²⁰. E, autores como a professora Juliana Bonacorsi de Palma (2010, p. 282-283), defende a prevalência da vinculação negativa à lei formal e a determinação de regra de competência para transacionar as prerrogativas públicas.

Entretanto, percebe-se que na área do Direito Aduaneiro o legislador não conferiu uma discricionariedade ou uma regra de competência para resolução alternativa e pacífica de lides, preferindo a adoção de normas especiais que reconhecem fundamento para a alteração de efeitos jurídicos mais tênues, convertendo a pena de perdimentos de bens em multa administrativa fiscal, isto é, tornando o ato administrativo vinculando.

A Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, com enfoque no combate ao contrabando e descaminho, oriundos especialmente dos países com a fronteira do sul do Brasil, criou uma sanção administrativa (multa de R\$

20 Art. 2º, parágrafo único, inciso I da Lei nº 9.784/99

15.000,00) ao proprietário do bem com caráter subsidiário, na hipótese de não ser o caso de aplicar a perda de perdimento (PINTO, 2015, p. 12). Entretanto, o § 7º do artigo 74 especifica que enquanto não destinado o veículo apreendido na hipótese à pena de perdimento poderá ser relevada caso haja o pagamento correspondente ao dobro da multa aplicada.

Em outra proposição, o artigo 23 do Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, instituiu as infrações administrativas, especialmente nas importações em que se oculte o real vendedor, comprador pela operação, mediante fraude ou simulação, que acarrete danos ao erário, com aplicação de multa equivalente ao valor da operação aduaneira aos participantes, no caso de não localização da mercadoria consumida ou revendida (o que inviabiliza a pena de perdimento).

Dentro deste contexto, o artigo 33 da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, autoriza a pessoa jurídica que comprovar a real sujeição passiva, terá a conversão da multa à 10% da imposta, como benefício à manifestação e esclarecimento da fraude ou simulação desvendando os beneficiários.

Efetivamente, estes exemplos de alterações de posturas administrativas, por lei, relativas à aplicação de sanção administrativa aduaneira, com o perdão de pena de perdimento de veículo e redução da multa no esclarecimento de fraude ou simulação na ocultação do real sujeito passivo, revelam que o Estado vem promovendo iniciativas de dialógicas com o particular, em hipóteses específicas, sem conceder a discricionariedade à autoridade administrativa, conferindo alguns benefícios como ato vinculado.

Necessário ainda destacar que em regime de atos concertados com a Administração Pública não se constitui em ato de benevolência, mas que ocorram a transferência de incentivos e benefícios, que atendam ao interesse público.

Na atual conformação do sistema jurídico brasileiro, o Direito Aduaneiro e as sanções administrativas em tema de consensualidade sofreram as influências do Direito Constitucional, do qual possui relações de subordinação e adequação, submetendo a vinculação à juridicidade, e incidência dos critérios da extrafiscalidade, possibilitando a atuação consensual por atos normativos secundários, estabelecendo incentivos e benefícios mútuos que atendam ao interesse público identificável em cada caso em concreto, sendo um marco em direção aos atos concertados, que extrapolem a contratualização, a Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de

2003 e a Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, que versam sobre a pena de perdimento de veículos e de mercadorias, com substituição da multa aduaneira.

CONCLUSÃO

O Direito Administrativo Sancionador é um conjunto de normas que sistematiza o sistema de responsabilização, com a finalidade primordial de proteção dos bens jurídicos conferidos pela Constituição Federal e as leis administrativas, que objetiva a indução de comportamentos dos administrados ao interesse público. Este sistema jurídico é composto do estabelecimento de regime de competências, a tipificação de infrações como antecedente normativo necessário e criação de sanções administrativas como consequente, e previsão de um procedimento formal.

Na seara aduaneira, a pena de perdimento de bens em regime de importações é uma sanção administrativa decorrente do poder de polícia sujeitando a disciplina do Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966 e Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, possuindo como pressuposto a existência de danos ao erário. No entanto, esse dano não se restringe ao aspecto financeiro-fiscal de ausência de recolhimento de tributos, incluindo-se a transgressão das normas aduaneiras, ao serviço de fiscalização aduaneira, ao prejuízo à indústria nacional, e aos demais bens jurídicos tutelados.

A pena de perdimento de mercadoria possui todos os elementos essenciais ventilados pela doutrina para caracterizar como sanção administrativa, pela presença de uma autoridade administrativa (Auditor-Fiscal da Receita Federal) no exercício de funções típicas do Estado, o efeito aflitivo da medida com a privação de direitos existentes ou imposição de novos deveres (impossibilidade ou restrição de internalização de mercadorias), a finalidade repressora (perdimento de mercadorias) e natureza administrativa do procedimento (processo administrativo fiscal).

A sanção administrativa aduaneira não pecuniária, como a pena de perdimento de mercadorias, objeto do presente estudo, possui como objetivo a intervenção da atividade econômica e proteção de diversos bens jurídicos como destacados acima, se distanciando do aspecto arrecadatório, protegendo indiretamente a economia nacional e a soberania estatal.

A Administração Pública, após a Constituição Federal de 1988, especialmente com Emenda Constitucional nº 19, de 1998, com a inclusão do princípio da eficiência como norma principiológica a ser alcançada na atividade administrativa e criação de mecanismo de gestão, voltada a profissionalização da administração, com estabelecimento de cumprimento de metas e direcionadas ao resultado, com a demonstração a passagem da atuação burocrática para a gerencial, assim, sofrendo a influência de novos paradigmas para enfrentamentos dos desafios da pós-modernidade corrobora uma nova relação dialógica com a sociedade no trato das coisas públicas.

Neste contexto, com a constitucionalização do Direito Administrativo e a primazia que se insere o Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana, a valorização da solução pacífica dos conflitos e os direitos e garantias fundamentais, condicionaram a democratização da gestão dos atos administrativos com a processualização da atividade administrativa justifica a implementação da consensualidade na formação dialógica na tomada de decisão concertada.

A atividade administrativa deve ser direcionada ao alcance do interesse público, que corresponde aos valores adotados pela Constituição Federal e legislações regulamentadoras dos direitos, liberdades e às prerrogativas quanto à nacionalidade, à soberania e à cidadania, sempre pautada pelo princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade que se revestem de limites intransponíveis a motivação do ato administrativo.

E numa sociedade fragmentada, com uma multiplicidade de interesses, a ponderação entre o interesse público e o interesse privado deve ser sopesado, para verificar qual valor preponderará, não podendo ser refutado que a realização de atos concertados pode atingir o interesse público, demonstrando a existência de um novo paradigma na Administração Pública.

Entretanto, na conformação do sistema jurídico brasileiro, em tema de consensualidade na sanção administrativa aduaneira, que é caracterizado por uma rigidez maior que outros temas, é indispensável que o Poder Legislativo outorgue o regime de competência para celebrar atos concertados, com adoção de *standarts* mínimos com o estabelecimento de incentivos e benefícios mútuos que atendam ao interesse público identificável em cada caso em concreto, sem prejuízo da atividade regulamentar que caracteriza a atividade extrafiscal e consensual, relativizando o princípio da estrita legalidade, com a incidência direta de princípios constitucionais, no conceito de juridicidade ou bloco de legalidade.

Deveras, relevante destacar que nos últimos anos, algumas legislações como a Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003 e a Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, que versam sobre a pena de perdimento de veículos e de mercadorias, com substituição da multa aduaneira, iniciaram um movimento nesta área, de forma embrionária na relação dialógica entre a Administração Pública Aduaneira e o administrado.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito tributário brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Ano CXXVI, n. 191-A, 05 out. 1988. Seção 1, p. 1

BRASIL. Decreto-lei nº 37, de 18 de novembro de 1966. Dispõe sobre o imposto de importação, reorganiza os serviços aduaneiros e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 nov 1966. Seção 1, p. 13.403.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976. Dispõe sobre bagagem de passageiro procedente do exterior, disciplina o regime de entreposto aduaneiro, estabelece normas sobre mercadorias estrangeiras apreendidas e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 08 abr 1976 Seção 1, p. 4.543

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 1966, 27 out 1966. Seção 1, p. 12.452.

BRASIL. Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003. Altera a Legislação Tributária Federal e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Ano CXL, n. 253-A, 30 dez. 2003. Seção 1, p. 1.

BRASIL. Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007. Que altera a Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Ano CXLIV, n. 114-A, 15 jun. 2007. Seção 1, p. 2.

BRASIL. Decreto nº 6.759, de 5 de fevereiro de 2009. Regulamenta a administração das atividades aduaneiras, e a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Ano CXLVI, n. 26, 6 fev. 2009. Seção 1, p. 1.

BRUYN JÚNIOR, Herbet Cornélio Pieter de. *A pena de perdimento no direito aduaneiro brasileiro*. 2016. 430 f. Dissertação (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

BUÍSSA, Leonardo; BEVILACQUA, Lucas. *Consensualidade na Administração Pública e transação tributária*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 15, n. 174, p. 46-54, ago. 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário – constituição e código tributário nacional*. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2020.

FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas: entre direitos fundamentais e democratização da ação estatal*. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. Curitiba, v. 12, n. 12, p. 167-185, jul/dez de 2012.

GUEDES, Jefferson Carús. *Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública*.

GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de estado – questões institucionais para a construção de um Estado de justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antônio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novos institutos consensuais da ação administrativa*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 129-56, jan./mar. 2003.

MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rego. *A Administração Pública consensual e a arbitragem*. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 35, out 2012, p. 1. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/301811/mod_resource/content/0/ADMINISTRACOPCABLICA20CONSENSUAL20E20A20ARBITRAGEM20-20Alexandre20Luiz20Moraes20do20Rego20Monteiro.pdf. Acesso em 09 nov 2020.

NOHARA, Patrícia Irene. *Direito Administrativo*. 9ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2019.

OLIVERIA, Gustavo Justino de. SCHWANKA, Cristiane. *A Administração Pública consensual como a nova face da Administração Pública do séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão, instrumentos de ação*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan./dez. 2009.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti Grotti. *Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020.

OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. *A transação em matéria tributária*. 2013. 245 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação do Departamento de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020. E-book. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/107536121/v7/page/RB-2.1>. Acesso em 25 nov 2020.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *A atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. 2010. 332 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação do Departamento de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

PIERONI, Fabrizio de Lima. *A consensualidade e a Administração Pública: a auto composição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos*. 2018. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Núcleo de Pesquisa em Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2018.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Sanções administrativas tributárias*. *Revista Fórum de Direito Tributário*, ano 4, n. 21, mai./jun 2006. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

TORRES, Heleno Taveira. *Transação, arbitragem e conciliação judicial como Medidas alternativas para resolução de conflitos entre administração e contribuintes: simplificação e eficiência administrativa*. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*. Belo Horizonte, ano 1, n. 2, mar./abr. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=12926>>. Acesso em: 21 nov. 2020.

ULIANA JUNIOR, Laércio Cruz; VIEIRA, Amanda Caroline Goularte. *Da Aplicação da Pena de Perdimento de Bens na Ocultação do Real Adquirente ou Aplicação da Multa de 10% (Dez por Cento) do Art. 33 da Lei n. 11.488/2007*. *Revista Direito Tributário Atual*, ano 37, n.42. São Paulo: IBDT, 2º semestre 2019.

VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador no Brasil – justificação, interpretação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

RECEBIDO EM: 17/03/2019

APROVADO EM: 09/07/2019

A ATA NOTARIAL COMO INSTRUMENTO PROBATÓRIO NA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL

THE NOTARY MINUTE AS PROOF IN THE EXTRAJUDICIAL USUCAPTION

Denise Teresinha Almeida Marcon

Especialista em Direito Notarial e Registral pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus (FDDJ). Especialista em Advocacia e Dogmática Jurídica pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Advogada

Gabriela Almeida Marcon Nora

Mestre em Administração pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL) e em Engenharia e Gestão do Conhecimento pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Jurisdição Federal pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) e em Direito Notarial e Registral pela UNIDERP. Procuradora Federal.

SUMÁRIO: Introdução. 1 A Usucapião Extrajudicial, 1.1 Generalidades e Procedimento. 2 Conceito e Finalidade da Ata Notarial. 3 Ata Notarial para

Usucapião Extrajudicial. Considerações Finais. Referências.

RESUMO: Por intermédio de pesquisa bibliográfica e exame da legislação de regência, este artigo objetiva analisar, de forma argumentativa e raciocínio indutivo-dedutivo, a Ata Notarial como instrumento de prova para a Usucapião Extrajudicial. Apresenta-se uma breve introdução com os aspectos históricos e as diversas modalidades de usucapião existentes na legislação brasileira. Analisa-se o procedimento previsto para a Usucapião Extrajudicial inserido no novo Código de Processo Civil. Apresenta-se o conceito de ata notarial, a sua finalidade, bem como o procedimento a ser adotado pelo Tabelião de Notas para que seja lavrada. Analisa-se a ata notarial no contexto da usucapião extrajudicial e sua importância como instrumento probatório, colaborando para a desjudicialização dos procedimentos e celeridade processual.

PALAVRAS-CHAVE: Ata Notarial. Usucapião Extrajudicial. Processo Civil. Instrução Probatória. Direito Notarial.

ABSTRACT: This article aims to analyze, in an argumentative and inductive-deductive reasoning, the Notarial Minute as an instrument of proof for the extrajudicial acquisition of real estate property through usucaption. It was performed a bibliographical research and an analysis of the legislation. A brief introduction is presented with the historical aspects and the different modalities of usucaption existing in the Brazilian legislation. The procedure established for the extrajudicial usucaption inserted in the new Code of Civil Procedure is analyzed. It presents the concept of notarized minutes, its purpose, as well as the procedure to be adopted by the Notary of Notes to be drawn up. It analyzes the notarial deeds in the context of extrajudicial misappropriation and its importance as a probative instrument, collaborating to the efficiency of the procedures.

KEYWORDS: Notary Minute. Extrajudicial Usucaption. Civil Procedure. Evidence Instruction. Notarial Law.

INTRODUÇÃO

O instituto jurídico da Usucapião originou-se do direito greco-romano e, por conseguinte, a etimologia do termo caracteriza-se pela união do vocábulo *cap-êre*, que significa tomar, aprisionar, com *usus*, isto é, uso, e significa, portanto, “tomar pelo uso” (MELLO, 2016). Em outras palavras, o ato de usucapir pode ser definido como a aquisição do domínio pela posse prolongada (BEVILÁQUA, 1950) ou, ainda, como o “[...] modo originário de aquisição do domínio, através da posse mansa e pacífica, por determinado espaço de tempo, fixado na lei” (RODRIGUES, 2002).

Sendo assim, pode-se dizer que a Usucapião ocorre quando o cidadão adquire a propriedade de bens móveis ou imóveis pelo uso continuado da coisa durante um determinado lapso de tempo, de acordo com requisitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico. A fundamentação básica para se obter a usucapião é o exercício da posse contínua e incontestada com *animus domini*, ou seja, com a intenção de ser dono, proprietário ou titular da coisa (BRANDELLI, 2016).

No Brasil o instituto jurídico da usucapião, tem suas raízes do Direito Português. A prescrição era tratada na Colônia as Ordenações do Reino. Essa legislação, das ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, vigeu após a independência e ao longo de todo o Império. O afastamento desta legislação só ocorreu quando do surgimento do Código Civil de 1916, no período republicano.

Deste modo, de início não se poderia dispensar o justo título nem a boa-fé, ou seja, não era admitida a aquisição da propriedade somente pelo transcurso do tempo.

Benedito Silvério Ribeiro (2012) em sua obra Tratado de Usucapião assinala a existência da usucapião imemorial, com a dispensa do justo título e boa-fé, o que veio a influenciar o direito brasileiro.

No Brasil, a Coroa portuguesa tomou posse de todas as terras, parte das terras foi doada, por meio de cartas de sesmarias, que se caracterizavam por lotes de terras abandonadas ou sem cultivo, para que fossem ocupadas e cultivadas. Os donatários das capitânicas hereditárias tornaram-se grandes proprietários de terras.

José de Arimatéia Barbosa (2014, p. 73) em sua obra Usucapião de terras devolutas leciona que “[...] a partir de 1822, com a independência

política e administrativa, gradativamente a propriedade no Brasil foi passando para o domínio privado e surge a obrigatoriedade dos registros de terras”.

A Usucapião, enquanto gênero, está prevista no Código Civil de 2002, mais precisamente nos artigos 1.238 a 1.244. O ordenamento pátrio vigente, no entanto, comporta diversas espécies de prescrição aquisitiva, as quais guardam conexão com a evolução histórica do direito de propriedade. Assim, são modalidades de usucapião previstas na legislação vigente: a Extraordinária (art. 1.238, Código Civil de 2002); a Ordinária (art. 1.242, Código Civil de 2002); a Especial Rural (art. 1.239, Código Civil de 2002); a Indígena (art. 33 da Lei 6.001/73); a Especial Urbana (art. 183 da CF/88); a Familiar (art. 1.240-A do Código Civil de 2002); a Secundum Tabulas ou Tabular (art. 1.242, parágrafo único, do Código Civil de 2002 e art. 214, §5º, da Lei de Registros Públicos); e a Usucapião Extrajudicial (Art. 216-A da Lei de Registros Públicos).

Com o intuito de aumentar significativamente o campo de aplicação do instituto, o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), recentemente alterado pela Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, instituiu mais uma espécie de Usucapião: a Extrajudicial.

Por intermédio de pesquisa bibliográfica e exame da legislação de regência, objetiva-se neste artigo, argumentativo, de raciocínio indutivo-dedutivo, analisar a ata notarial como instrumento de prova para a usucapião extrajudicial.

1. A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL

A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (BRASIL, 2015), que criou o Novo Código de Processo Civil, sancionada na mesma data, introduziu no ordenamento jurídico o instituto da Usucapião Extrajudicial. A seguir tecer-se-á considerações gerais acerca do instituto e do procedimento.

1.1. Generalidades e Procedimento

Conforme disposto no artigo 1.071, a Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73) passa a ser acrescida do artigo 216-A, que regula o procedimento da usucapião a ser requerida perante o oficial de registro de imóveis.

O dispositivo não cria a usucapião administrativa, haja vista que o artigo 60 da Lei 11.977/09, conhecida como Lei do Programa Minha Casa,

Minha Vida, já trazia a possibilidade da usucapião administrativa para os que detinham a posse comprovada pelo título. A novidade foi a ampliação do procedimento a qualquer modalidade de usucapião consensual visando aumentar significativamente o campo de aplicação do instituto.

No *caput* deste último artigo lia-se, conforme redação inicial, que:

[...] sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado.

Na sequência, elenca os elementos que devem acompanhar o requerimento, dentre os quais apontava no inciso II a exigência de:

[...] planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes.

As exigências, de início, dificultaram sobremaneira a usucapião na sua forma extrajudicial e passaram a ser um sério entrave para a sua realização. Ainda, a lei, na sua redação original, que tornava imperiosa a concordância expressa do proprietário do imóvel, estava mais perto de ser uma de uma escritura de Venda e Compra e não se coadunava com o que se pretendia, ou seja, a Usucapião.

É consabido no processo de usucapião que a regra é o não conhecimento do proprietário do bem. O que ocorre normalmente é o desconhecimento da existência de registro do imóvel que se pretende usucapir.

O artigo 216-A, como foi escrito inicialmente, ainda dispunha, no parágrafo 2º, que:

[...] se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, esse será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar seu consentimento expresso

em 15 (quinze) dias, interpretado o seu silêncio como discordância. (BRASIL, 1973a).

A interpretação do silêncio como discordância vinha a colidir com o entendimento judicial ou mesmo com a redação da Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009 (BRASIL, 2009). Sendo assim, a Lei 13.465/17, publicada em 11 de julho de 2017, alterou o artigo 216-A da Lei de Registros Públicos, dissipando a principal polêmica existente para a realização da usucapião nos Cartórios de Registro de Imóveis, que era a questão do silêncio dos titulares de direitos registrados na matrícula do imóvel e na matrícula dos imóveis confinantes, ser interpretado como discordância. Conforme o novo parágrafo 2º do referido artigo:

[...] se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes, o titular será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar consentimento expresse em quinze dias, interpretado o silêncio como concordância. (BRASIL, 2017).

Assim dispõe a Lei nº 13.465 de 11 de julho de 2017, que:

[...] caso não seja encontrado o notificando ou caso ele esteja em lugar incerto ou não sabido, tal fato será certificado pelo registrador, que deverá promover a sua notificação por edital mediante publicação, por duas vezes, em jornal local de grande circulação, pelo prazo de quinze dias cada um, interpretado o silêncio do notificando como concordância (§ 13º). (BRASIL, 2017).

Além disso, estabelece que o “[...] regulamento do órgão jurisdicional competente para a correição das serventias poderá autorizar a publicação do edital em meio eletrônico, caso em que ficará dispensada a publicação em jornais de grande circulação (§ 14º).” (BRASIL, 2017).

O procedimento segue o rito que se encontra explicitado no art. 216-A da Lei Registros Públicos, alterada pela Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017 (BRASIL, 2017).

Impende ressaltar que, por se tratar de processo administrativo, não há regras procedimentais rígidas da forma que há no procedimento judicial e, caso exista alguma lacuna deverão ser aplicadas as normas no

novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), subsidiariamente ou supletivamente, conforme os consta no artigo 15 do diploma citado.

O requerimento da usucapião feito no Registro de Imóveis competente, ou seja, na circunscrição territorial em que o imóvel estiver situado, deve ser prenotado - inscrito no protocolo. A prenotação tem validade pelo prazo de trinta dias, nos termos do artigo 188 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), passado o qual será automaticamente cancelada.

O processo de Usucapião tende a demorar mais de trinta dias, tendo em vista que é necessária uma completa análise das provas. Necessário lembrar, ainda as notificações necessárias e os editais, por conta disso o parágrafo primeiro do artigo 216-A, da Lei nº 6.015/73 disciplina que o prazo de prenotação ficará prorrogado até que o Oficial registrador analise o pedido, acolhendo-o ou rejeitando-o, ou até que seja encaminhado ao juiz competente, em caso de impugnação do pedido.

Deverão ser apresentados ao oficial de Registro de Imóveis os seguintes documentos: ata notarial, a planta e o memorial, as certidões dos distribuidores da comarca aonde se situa o imóvel, além do justo título e outros documentos que comprovem o direito da parte de usucapir o imóvel. O oficial registrador fará a qualificação registral, ou seja, examinará o preenchimento dos requisitos de admissibilidade e a viabilidade jurídica do pedido da usucapião extrajudicial. Forma sua convicção tecnicamente, com total independência, e não poderá ser responsabilizado por sua decisão, salvo comprovação de dolo ou culpa. Em caso de rejeição do pedido caberá suscitação de dúvida nos termos dos artigos. 216-A, § 7º, e 198 da Lei nº 6.015/73.

O pedido deve ser feito pela parte legítima, representada por advogado. O instrumento de procuração dado ao advogado deve ter a firma reconhecida ou em caso de atuação em própria, deve vir acompanhado da prova de ser advogado, devidamente inscrito na OAB competente.

Um ponto importante para a reflexão versa sobre a previsão da assinatura do proprietário do imóvel usucapiendo e dos proprietários confrontantes na planta, que constava da redação original do artigo 1071 do Código de Processo Civil de 2015. Tratava-se de enorme obstáculo para a efetivação da Usucapião Extrajudicial, porque estava previsto na lei a assinatura na planta, do proprietário anterior, além dos confrontantes. Os confrontantes que assinam deveriam, também, ser proprietários. A exigência das assinaturas era uma grande dificuldade a superar, principalmente,

fazer os proprietários anteriores assinarem a planta; muitas vezes estes não eram sequer encontrados.

Houve uma flexibilização, com o advento da Lei n. 13.465 de 11 de julho de 2017, com a finalidade de simplificar e ser atingido objetivo de dar eficácia à Usucapião Extrajudicial.

Antes da edição da Lei nº 13.465/2017, a concordância dos confinantes e cônjuges logo no memorial descritivo se mostrava como requisito intransponível para a Usucapião Extrajudicial, porém, após a edição da nova lei, se o confinante, seu cônjuge ou mesmo aqueles que possuem direitos averbados ou registrados na matrícula do imóvel ficam silentes, há presunção de concordância com o pedido.

Impende ressaltar que, por se tratar de processo administrativo, não há regras procedimentais rígidas da forma que há no procedimento judicial e, caso exista alguma lacuna deverão ser aplicadas as normas no novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

2. CONCEITO E FINALIDADE DA ATA NOTARIAL

Ata notarial é um instrumento público dotado de fé pública, autorizado pelo notário, que visa atestar fatos percebidos pelo notário para a produção de prova. Serão aprofundadas as considerações acerca do conceito e da finalidade do instituto. É possível afirmar que o primeiro ato notarial brasileiro foi lavrado à época do descobrimento, a saber: a carta de Pêro Vaz de Caminha ao então Rei de Portugal.

É um instrumento pelo qual o notário dará seu testemunho de fé, em razão dos fatos que observa, levando em consideração a percepção de seus sentidos. Para Ceneviva (2002), a ata notarial é um registro de ato ou fato solicitado ao tabelião de notas por um interessado.

É lavrada e conservada perpetuamente no livro de notas do notário e essa é uma das razões porque não se confunde com outros documentos públicos, realizados por autoridade administrativa ou judicial, tais como certidões de inexistência de ações judiciais, boletins de ocorrência, certidões narrativas, entre outros. É destinada ao registro de fatos jurídicos - sejam eles naturais ou voluntários - com consequências efetivas ou potenciais para o ordenamento jurídico (PEREIRA, 1996).

Conforme ensina Luiz Guilherme Loureiro (2016, p. 814):

Ata notarial é o documento notarial que se destina à constatação de fatos ou a percepção que dos mesmos tenha o notário sempre que por sua índole não possam ser qualificados de contratos, assim como seus juízos e qualificações. Em outras palavras é o instrumento público que tem por finalidade conferir fé pública a fatos constados pelo notário, por meio de qualquer dos seus sentidos, destinando-se a produção de prova pré-constituída.

Neste norte também se colhe das lições de Mello:

Como depositário da fé pública, o notário é também um observador que pode atestar um ou mais fatos que presencia, o que a doutrina qualifica de certificação. Na realidade, o notário dá seu testemunho de fé objetivamente, levando em consideração a percepção de seus sentidos: visual. Auditiva. Táctil, olfativa e gustativa, sobre determinado objeto, mais precisamente de um ou mais de um fato. Em sentido negativo, o objeto da ata notarial é todo aquele não reservado exclusivamente para as escrituras públicas (MELLO, 2016, p. 337).

Para Leonardo Brandelli (2016, p. 74) seria o instrumento público por meio de que o notário “capta, por seus sentidos, uma determinada situação, um determinado fato, e o translada para seus livros de notas ou para outro documento. É a apreensão de um ato ou fato, pelo notário, e a transcrição dessa percepção em documento próprio”.

Na ata notarial o tabelião narra fatos que percebe para fins de prova e tais fatos não se qualificam como atos ou negócios jurídicos. Assim, embora seja documento protocolizado tal qual a escritura pública, com esta não se confunde. Neste contexto é obrigação do notário fazer o uso adequado da forma instrumental, verificando a sua previsão legal.

A finalidade do instituto é, justamente, a constatação de fatos para fazer prova administrativa ou judicial. Neste sentir:

A finalidade da ata notarial é a constatação de fatos pelo notário com a finalidade de formar prova para fins administrativos ou judiciais. De acordo com a teoria da representação, a prova é sempre dirigida a um terceiro (dentro do processo, o juiz) e se destina a formar o seu convencimento da realidade do fato afirmado. Para tanto, deve colocar em relação ao destinatário da prova o objeto desta. Essa relação pode ser imediata quando o próprio destinatário, por meio de seus sentidos, constatar a existência do fato a ser provado (v.g., juiz se dirige até a

casa do interditando para constatar a sua incapacidade de manifestar a própria vontade). No mais das vezes, por circunstâncias várias, essa relação é mediata, porque se consegue através de um fato diverso daquele que deve ser provado, o qual serve para que o destinatário, com ajuda de regras de experiência formule um valor. (LOUREIRO, 2014, p. 815).

O instrumento observa o princípio da rogação. Somente poderá ser lavrada a ata notarial a requerimento prévio e formal do interessado. Deve ser verificado o conteúdo do artigo 187 do Código Civil. Verificar ainda o conteúdo dos artigos relacionados, mormente o 384 do Código de Processo Civil.

O pedido deve ser possível e delimitado. O notário não é obrigado a constatar fatos em lugares de difícil acesso e que possam comprometer a sua saúde ou integridade física. Devem estar definidos os fatos e circunstâncias a serem constatadas pelo notário. O notário não deve atender aos pedidos de lavratura de ata com fundamento em interesses ilegítimos.

3. ATA NOTARIAL PARA FINS DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL

A introdução da Ata Notarial como instrumento probante para início do procedimento da Usucapião Extrajudicial foi considerada uma grande inovação. A ata notarial lavrada por Tabelião de Notas que esteja sediada na circunscrição em que se localize o imóvel, conforme art. 384 do novo Código de Processo Civil tem por finalidade fazer prova documental de atos e fatos que possam ser percebidos e consignados pelo Notário.

Pode-se dizer, também, que é instrumento público através do qual o tabelião vai atestar o fato do qual teve contato. A ata notarial, regulada no artigo 384 do novo CPC, “[...] é o instrumento público por meio do qual o tabelião atesta fato com o qual travou contato por meio de seus sentidos.” (BRANDELLI, 2011, p. 344).

Um dos grandes debates entre os estudiosos do assunto em relação à ata notarial para fins da usucapião extrajudicial é de que o tabelião não poderá atestar o tempo de posse, haja vista que o tempo de posse é acidental e está fora dos sentidos do tabelião que não poderá atestá-lo.

Conforme entendimento de Mello (2016, p. 337):

[...] há engano na leitura deste dispositivo. Não se diz que o tabelião atestará o tempo de posse, mas a ata que é o meio gráfico de

representação dos fatos atestados pelo tabelião, com sua fé, do que presenciou, como é o caso da coleta de declarações de testemunhas.

Cumpra consignar, consoante decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina em pedido de usucapião judicial, que a ata notarial que contenha apenas a declaração unilateral da parte interessada não se presta a provar a posse mansa, pacífica e ininterrupta a ensejar o reconhecimento da prescrição aquisitiva (SANTA CATARINA, 2019).

O Tabelião vai transpor para a ata todos os fatos que presenciou, como por exemplo, o tempo da existência daquela moradia naquele local:

Mello (2016, p. 337) continua:

São evidências aparentes da posse colhidas no local e em seus arredores pelo tabelião que irão ser transpostas para a ata. A fé pública do tabelião consiste em dar autenticidade à existência dessas evidências físicas, como é o caso, por exemplo, do relato de testemunhas. Há outras evidências que podem ser naturalmente apreendidas pelos sentidos do tabelião. Como é o estado e a idade provável das construções, se isso for possível.

Desta forma conclui-se que o atestado do tempo da posse é acidental e relativo, mas a reunião das provas poderá demonstrar de modo claro que a posse é contínua, ininterrupta e, principalmente, com animus domini do requerente da Usucapião e neste contexto, acredita-se que a ata notarial poderá ser instrumento competente para conter todo o material necessário a formação de um júízo que leve a procedência do pedido.

É preciso saber que o procedimento de usucapião só se ultimarará com o registro imobiliário, por intermédio do qual haverá a aquisição da propriedade, sendo necessário o cumprimento dos demais requisitos da lei. Desta forma é muito importante ressaltar que a ata notarial deverá estar acompanhada de uma planta e memorial descritivo assinada por profissional habilitado, pelo proprietário anterior ou pelos confrontantes do imóvel.

Na ata notarial o tabelião pode fazer constar o valor do imóvel, que será aquele informado pelo requerente, caso não haja valor de referência para ser lançado o imposto. Neste caso o valor cobrado é sobre a importância declarada.

O notário deverá ter muita cautela, pois a polêmica reside também no fato de que para muitos ele irá praticamente emitir um juízo, quase um julgamento, segundo alguns, posto que deve ingressar no mérito da existência da posse e levando-se em consideração de que a posse é que irá levar a usucapião, neste caso, extrajudicial, posto que é o exercício pleno ou não de um dos poderes inerentes ao domínio (Código Civil, art. 1.196) poderá, o tabelião responder pelos prejuízos que causar ao proprietário ou a terceiros em decorrência deste “julgamento” emitido na ata.

Resta pacífico que deverá o notário acautelá-lo de todas as formas fazendo todas as exigências pertinentes a prova da posse perseguida pelo usucapiente, para que possa corretamente lavrar a ata notarial, tais como: contas de cartões de crédito enviadas ao endereço, cartas, avisos de corte de árvores, de interrupção de luz, fotografias da pessoa na casa, de declarações de bens que mencionem o imóvel, instrumentos particulares e respectivos recibos comprovantes de recolhimento de IPTU ou foro/laudêmio, conforme o caso, contas de água e energia elétrica, plantas do imóvel com anotação de responsabilidade técnica e memorial descritivo e tudo o mais que possa comprovar posse e animus domini.

Enfatize-se que, o tabelião deverá dirigir-se ao local do bem pretendido e ouvir os confrontantes do imóvel sobre o tempo de posse do requerente, bem como se exerce a posse com animus domini e certificar-se de que não há qualquer oposição contra a posse.

O tabelião deverá ouvir testemunhas que devem ser maiores e capazes, serem identificadas pelo tabelião, ter conhecimento real do fato, ouvir vizinhos, pois será uma aferição da verdade na percepção do tabelião.

Resta claro que o notário para constatar todos os fatos deverá dirigir-se ao local do imóvel para poder fazer a aferição e lavrar a ata notarial, neste contexto, só terá competência para lavratura desta ata o notário que estiver empossado para exercer as suas funções no mesmo Município do imóvel a ser usucapido. Isso consta de parecer dos juízes auxiliares da Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo:

Como o tabelião de notas precisará comparecer ao imóvel usucapiendo para constatar fatos, examinar documentos e ouvir testemunhas, atos típicos da função notarial, somente o notário do mesmo Município do imóvel poderá lavrar a ata notarial (Processo nº 24.480/2012/CGJSP, publicado no DJE, de 15.01.2015). (SÃO PAULO, 2015).

A ata notarial poderá ser lavrada por qualquer Tabelião de Notas; segundo o artigo 8º, da Lei nº 8.935/94, sendo exigido, o comparecimento do solicitante da usucapião e de eventuais testemunhas, se for o caso, no Cartório onde será lavrada a ata notarial.

No entanto, se houver a necessidade de diligência ou a verificação no local do imóvel, situado em comarca distinta da qual recebeu a delegação, o Tabelião de Notas estará impedido de lavrar a ata notarial. Deste modo conclui-se que é possível a lavratura de ata notarial tendo como objeto imóvel situado em outra comarca, desde que não sejam necessárias diligências ou o deslocamento do notário ao local.

Rodrigo Reis Cyrino (2016, p. 4), assinala quanto às obrigações do Tabelião de Notas para a prática do ato:

a) Sobre DOI – Declaração de Operação Imobiliária “entende que ela deverá ser transmitida sim, mas pensa que a Receita Federal no futuro terá que implementar e inserir o campo: “sem CPF/CNPJ por ato notarial/registral”, tal como existe hoje o campo para “decisão judicial”. Quando houver um transmitente dessa posse através de recibo ou contrato particular, pensa que poderá ser utilizado o campo: “inscrito no CPF/CNPJ”;

b) Sobre Central Nacional de Indisponibilidade de Bens - CNIB que é um sistema de alta disponibilidade, criado e regulamentado pelo Provimento Nº 39/2014, da Corregedoria Nacional de Justiça para integrar todas as indisponibilidades de bens decretadas por Magistrados e por Autoridades Administrativas, entende que “seja mais prudente para o notário fazer a consulta na CNIB antes da lavratura do ato, para que as partes já estejam cientes de quaisquer restrições, até mesmo porque isso será feito no Cartório de Imóveis. Acrescenta que a consulta à CNIB hoje é feita pelos notários para citar até mesmo em algumas procurações;”

c) Sobre a CENSEC - Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados “pensa que não seja necessária a busca da existência de ato anterior já informado por se tratar de forma originária de aquisição da propriedade, mas entende que seja interessante que o CNB-CF- Colégio Notarial do Brasil - Conselho Federal, abra um campo na CENSEC para informar a lavratura dessas atas notariais de usucapião, haja vista, que a lógica da edição do Provimento do CNJ foi no sentido de dar acesso aos órgãos públicos dos atos praticados

e interligar a comunicação entre esses atos em todos os Cartórios do país. Informa ainda para corroborar o seu entendimento que todas as procurações são informadas à CENSEC na CEP (Central de Escrituras e Procurações), mas ainda não existe ainda o campo “ATA NOTARIAL” para informar à CENSEC.

A CENSEC é a Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados, que visa à compilação de informações acerca dos atos lavrados pelos notários. Acredita-se que a CENSEC deve, em futuro próximo estar estruturada para receber, também todas as informações da existência das atas notariais para fins de usucapião.

Com toda certeza, com o recebimento das atas notariais lavradas em todo o Brasil o sistema confere mais eficácia e segurança nas relações jurídicas e poderia terceiros que poderiam obter informações sobre as atas notarias lavradas referentes ao imóvel pretendido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ata notarial é a comprovação oficial, escrita e com fé pública, de fatos presenciados pelo notário ou seu representante, no exercício da delegação. Diversos são os questionamentos diante do uso de referida ata como instrumento de prova para obtenção da Usucapião Extrajudicial diante das recentes alterações legislativas.

Evidencia-se, por intermédio da pesquisa desenvolvida, que a Ata Notarial na Usucapião Extrajudicial é um documento indispensável para realizar a prova da posse da Usucapião. Os elementos que exteriorizam a posse e o ânimo de dono podem ser aferidos pelo notário no local dos fatos.

É possível analisar a legislação registral e processual civil sobre a ata notarial, destacando o conceito e suas peculiaridades e investigar os aspectos polêmicos do uso da ata notarial como meio probatório na Usucapião Extrajudicial, identificando os principais debates e possíveis soluções.

Os documentos exigidos para a lavratura da Ata Notarial foram repassados um a um conforme a legislação vigente e foi verificado que o valor do imóvel deve ser declarado na Ata Notarial.

Constata-se que para fins de usucapião é necessário especificar qual o tipo da usucapião que se busca na Ata Notarial. Ressalta-se

que é aplicado o princípio da territorialidade na Ata Notarial, quando forem necessárias diligências no local do imóvel, mas que se não houver necessidade de tais diligências, a Ata Notarial poderá ser lavrada por qualquer tabelião de notas.

Verificou-se, ademais, no presente estudo, que ata notarial deve ser lavrada com muito cuidado pelo Tabelião de Notas para que não cause prejuízos, que se ocorrerem poderão ser cobrados do notário.

Ressalta-se que através da presente pesquisa foi possível verificar que ata notarial, por si só, não poderá atingir a finalidade para a realização da Usucapião Extrajudicial, haja vista que são necessários outros documentos exigidos pela lei, mas, sem qualquer sombra de dúvida, é o principal meio de prova da posse daquele que pretende realizar a usucapião de modo extrajudicial.

No requerimento formulado pela parte interessada ao Oficial do Registro de Imóveis, representada por advogado, conforme artigo 216-A da Lei de Registros Públicos e incluída pelo artigo 1.071 do Novo Código de Processo Civil, a ata notarial, necessariamente deve estar acompanhada de planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, além de outros documentos.

Ficará ao critério do Oficial do Registro a suficiência ou não das provas obtidas através da ata notarial. A ata poderá certificar a posse, desde que estejam presentes todos os requisitos que atestem que o usucapiente provou a lapso temporal para aquela modalidade de usucapião prevista na legislação.

Acredita-se que após a mudança na legislação, mormente a da Usucapião Lei nº 13.465 de 11 de julho de 2017, que permite que o silêncio dos notificados seja interpretado como concordância, a Usucapião Extrajudicial poderá ser atingida com mais eficácia, colaborando para a chamada desjudicialização.

A lei é taxativa no sentido de que a planta e o memorial descritivo deverão ser assinados não só pelo profissional legalmente habilitado, mas também pelos titulares de direitos reais ou de outros direitos registrados

ou averbados na matrícula, tanto do imóvel usucapiendo como pelos titulares dos imóveis confinantes, porém com a recente alteração legal, após notificação dos titulares, o silêncio destes será interpretado como concordância.

Esta era a principal dificuldade do interessado para a eficácia da Usucapião Extrajudicial, haja vista que num primeiro momento o silêncio era interpretado como discordância.

Com o presente estudo conclui-se que a ata notarial lavrada no tabelionato de notas é o principal meio de prova e atingirá a sua finalidade probante, se não deixar dúvidas acerca da posse do requerente, com a apresentação de todos os documentos exigidos para a realização da Usucapião Extrajudicial.

Assim a força probante da ata será suficiente, diante da dispensa da assinatura dos antigos proprietários e confinantes nos documentos que a lei elenca se notificados, e não comparecerem basta, apenas a sua notificação, haja vista que o silêncio implica, agora, em concordância.

Antes da recente mudança, que ocorreu, somente em julho de 2017, com a Lei nº 13.465/2017, tais documentos eram um percalço, haja vista que, diferentemente do que acontece na Usucapião judicial, o silêncio dos confrontantes e dos proprietários de direitos reais sobre o imóvel usucapiendo, importava em discordância.

Além da dificuldade de localização dos confinantes e proprietários do imóvel, assunto abordado no presente estudo, até julho de 2017, era necessário fazê-los concordar com o pedido da Usucapião Extrajudicial.

Resta claro que a ata notarial ganhou, ainda mais importância, na prova da posse e que o Tabelião poderá, através de um de contexto de provas robustas e, se necessário, de diligências ao local do imóvel atestar a posse através da ata notarial.

Uma vez correta a documentação exigida, juntamente com a ata notarial lavrada pelo Tabelião que certifica a posse e notificados os demais interessados, conforme prevê a lei, com a assinatura de concordância ou silêncio destes, poderá restar atingida a Usucapião Extrajudicial, colaborando para a desjudicialização dos procedimentos e celeridade processual.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, José de Arimatéia. Usucapião de terras devolutas. *Boletim IRIB em Revista*, São Paulo, n. 351, p. 73, dez. 2014.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. v. III. Rio de Janeiro: Edição Histórica, 1950.

BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião administrativa: de acordo como novo código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. BRASIL.

BRASIL. *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. 1973a. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 20 maio 2017.

BRASIL. *Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994*. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). 1994a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm>. Acesso em 23 jul. 2017.

BRASIL. *Lei nº 8.951, de 13 de dezembro de 1994*. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre as ações de consignação em pagamento e de usucapião. 1994b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8951.htm>. Acesso em 23 jul. 2017.

BRASIL. *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. 2001. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em 15 jul. 2017.

BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 20 maio 2017.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 20 maio 2017.

BRASIL. *Lei nº 13.286, de 10 de maio de 2016*. Dispõe sobre a responsabilidade civil de notários e registradores, alterando o art. 22 da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13286.htm>. Acesso em 23 jul. 2017.

BRASIL. *Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017*. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana [...]. 2017. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13465.htm>. Acesso em 22 jul. 2017.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos Notários e dos Registradores Comentada* (4ª. ed. rev. ampl. E atual.). São Paulo: Saraiva, 2002.

CYRINO, Rodrigo Reis. *Usucapião Extrajudicial: aspectos práticos e controvertidos*. 2006. Disponível em <<http://www.notariado.org.br/index.php?pg=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NzIwNA==>>. Acesso em 22 maio 2017.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos: teoria e prática*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MELLO, Henrique Ferraz Corrêa de. *Usucapião Extrajudicial*. São Paulo: YK Editora, 2016.

MELLO, Henrique Ferraz Corrêa de. *Regularização fundiária inominada urbana*. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, v. 36, n. 74, jan./jun.2013.

PEREIRA, Antonio Albergaria. *Ata Notarial*. Boletim Cartorário, DLI, 6ª Edição, 1996.

RIBEIRO, Benedito Silvério, *Tratado de usucapião*. v. 1. 8. ed. rev. e atual. Com a usucapião familiar. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 5º volume: direito das coisas. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Apelação Cível n. 0001469-39.2010.8.24.0050*, de Pomerode, Relator Desembargador Tulio Pinheiro, Terceira Câmara de Direito Comercial, julgado em 04.04.2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Corregedoria Geral de Justiça. *Processo nº 24.480/2012/CGJSP*, publicado no DJE, de 15 jan. 2015.

RECEBIDO EM: 13/04/2022

APROVADO EM: 13/07/2022

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA
PREVISÃO DE INELEGIBILIDADE
ESTABELECIDADA PELO ART. 1º, I, I, DA LEI
COMPLEMENTAR 64/90**

***THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE INELEGIBILITY
FORECAST BRINGED BY ART. 1º, I, I, OF THE
COMPLEMENTARY LAW 64/90***

João Paulo de Souza Oliveira

*Mestrando em Direitos Fundamentais e Alteridade na Universidade Católica do
Salvador. Professor de Direito Administrativo e Direito Eleitoral. Advogado.*

Fábio Roque da Silva Araújo

*Doutor e mestre em Direito Público (UFBA). Professor do programa de pós-
graduação em Direito Fundamentais e Alteridade na Universidade Católica do
Salvador. Juiz Federal.*

SUMÁRIO: Introdução. 1 Reconstrução dos Direitos Políticos na Constituição Federal de 1988. 2 A Garantia Constitucional do Estado de Inocência e a Inelegibilidade. 3 Inconstitucionalidade do Art. 1º, I, i, da Lei Complementar 64/90. 4 Conclusão;.Referências

RESUMO: Os direitos políticos são direitos fundamentais. Em assim sendo, devem ser aplicados na maior medida possível. Isso significa que qualquer restrição aos direitos políticos deve ser expressa e ocorrer de acordo com os valores contidos na Constituição da República Federativa do Brasil. Como as hipóteses de inelegibilidade só podem ser criadas pela Constituição Federal e por Lei Complementar, foi publicada a Lei Complementar 64/90. Uma hipótese de inelegibilidade, no entanto, será destacada no presente artigo: a do art. 1º, I, i, da Lei Complementar 64/90, sobre a qual incide a questão: é essa hipótese citada de restrição aos direitos políticos compatível com a Constituição da República Federativa do Brasil? O trabalho científico, por meio do método dedutivo e utilizando-se da análise de doutrina e jurisprudência. A pesquisa conclui sinalizando para um cenário de inconstitucionalidade do art. 1º, I, i, da Lei Complementar 64/90.

PALAVRAS-CHAVE: Inelegibilidade. Constituição. Direitos Políticos. Direito Eleitoral. Presunção da Inocência.

ABSTRACT: Political rights are fundamental rights. As such, they should be applied to the fullest extent possible. This means that any restriction on political rights must be expressed and take place in accordance with the values contained in the Constitution of the Federative Republic of Brazil. As the hypotheses of ineligibility can only be created by the Federal Constitution and by Complementary Law, Complementary Law 64/90 was published. A hypothesis of ineligibility, however, will be highlighted in this article, that of art. 1º, I, i, of Complementary Law 64/90, on which the question focuses: is this cited hypothesis of restriction on political rights compatible with the Constitution of the Federative Republic of Brazil? Scientific work, through the deductive method and using the analysis of doctrine and jurisprudence. The research concludes pointing to a scenario of unconstitutionality of art. 1º, I, i, of Complementary Law 64/90.

KEYWORDS: Ineligibility. Constitution. Political Rights. Electoral Law. Presumption of Innocence.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como problema de pesquisa: o art. 1º, I, i, da Lei Complementar 64/90 é compatível com a Constituição da República Federativa do Brasil?

Os direitos políticos são fundamentais de primeira geração. Estão diretamente relacionados com a soberania popular. Isso faz com a que a interpretação deva sempre levar em conta a mais ampla eficácia possível.

O sufrágio universal é o direito político que fundamenta a democracia representativa. Foi elevado à categoria de cláusula pétrea pelo Texto Constitucional. Encontra-se dividido em capacidade eleitoral ativa e capacidade eleitoral passiva.

A capacidade passiva representa o direito de ser votado. No sistema jurídico brasileiro o cidadão pode se candidatar a mandato eletivo desde que possua todas as condições de elegibilidade e não apresente quaisquer das causas de inelegibilidade. Essas estão ligadas ao previsto no art. 14, § 9º, da Constituição Federal.

De acordo com o citado dispositivo, as causas de inelegibilidade podem ser criadas por lei complementar, desde que estabeleça prazo para sua cessação, além de descrever conduta que ofenda os valores da probidade, moralidade, normalidade e legitimidade das eleições.

A Lei Complementar 64/90 acabou por determinar a inelegibilidade dos que tenham exercido as funções de direção, representação ou administração em entidades de crédito, seguro ou financiamento nos 12 meses anteriores a sua liquidação judicial ou extrajudicial e enquanto não houver a sua exoneração. A hipótese a ser considerada no presente trabalho é que como está redigido o dispositivo há clara ofenda à Constituição Federal Brasileira, tanto em relação ao Princípio da Inocência quanto ao art. 14, § 9º, do Texto Constitucional.

Tem o trabalho como estrutura, além da introdução, o capítulo 2 que trata da natureza principiológica dos direitos fundamentais, o capítulo 3 que fala sobre a aplicação do princípio da inocência e as inelegibilidades, o terceiro capítulo que desenvolve acerca das inconstitucionalidades do art. 1º, I, i, da Lei Complementar 64/90 e a conclusão.

O presente artigo utiliza fontes doutrinárias e jurisprudenciais, partindo de premissas referentes à proteção dos direitos fundamentais para analisar a constitucionalidade de regra sobre inelegibilidade, posta na Lei Complementar 64/90 e de precedentes do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal. O método utilizado é o dedutivo (MEZZARROBA; MONTEIRO, 2009, p. 65), em que se apresenta como premissa maior a proteção constitucional aos direitos políticos no Direito Brasileiro e como premissa menor que qualquer limitação ao sufrágio universal deve ocorrer apenas nas situações permitidas pelo Texto Constitucional, chegando à conclusão que a inelegibilidade trazida pelo art. 1º, I, i, da Lei Complementar 64/90 é inconstitucional.

Em assim sendo, os argumentos utilizados no presente texto partem da análise da Constituição Federal Brasileira e da lógica aplicada ao sistema jurídico para deduzir a interpretação mais consentânea com o exercício dos direitos políticos e com a axiologia constitucional.

1. RECONSTRUÇÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece em seu art. 1º, parágrafo único, a soberania popular. Dessa forma, todo o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente nos termos constitucionais.

A soberania popular necessita de instrumentos para a sua efetividade. De nada adiantaria redação tão bela do Texto Constitucional se na prática não houvesse como o povo exercer esse poder. Daí surgem os chamados direitos políticos, que são instrumentos necessários para que o povo interfira nas decisões estatais (OLIVEIRA, 2019, p. 24). Os direitos políticos são direitos fundamentais (GOMES, 2020, p. 9). Por isso possuem caráter principiológico e devem ser aplicados na maior medida possível (ALEXY, 2008, p. 118).

A Constituição Federal veda expressamente (art. 15) a cassação dos direitos políticos que, enquanto direitos fundamentais, são cláusulas pétreas, sendo proibida a sua supressão mesmo por emenda constitucional. Enquanto interferência nas decisões estatais, os direitos políticos podem atuar de forma direta ou indireta. O exercício dos direitos políticos é característica do cidadão. A cidadania, por sua vez, está ligada à participação política. É um direito público subjetivo (COSTA, 2009, p. 23).

A interferência direta se dá por meio de plebiscitos, referendos e iniciativa popular de leis, conforme determinado pela Constituição Federal Brasileira. A interferência indireta, por sua vez, ocorre por intermédio da escolha de representantes no poder, formando a chamada democracia representativa (GOMES, 2020, p. 67).

Sobre a democracia representativa, o sufrágio universal é o que a caracteriza. Universal porque não é possível que haja impedimento ao seu exercício por meio de discriminações ilegítimas. Essas são discriminações que não possuem fundamento na Constituição Federal. Ou seja, o sufrágio universal é aquele atribuído ao maior número possível de nacionais (GOMES, 2020, p. 73). No passado já se falou em sufrágio censitário, com cujo exercício dependia do patrimônio do nacional. Apenas pessoas que possuíam patrimônio significativo é que tinha condições de exercê-lo. Ou seja, só podiam votar aqueles que tivessem um patrimônio mínimo previsto na legislação. Por outro lado, houve também o sufrágio capacitário, que afastava do exercício dos direitos políticos os analfabetos, além de outras restrições como o sexo biológico, uma vez que até 1932 (SOUZA; CASTILHO, 2019, p. 17), no direito brasileiro, apenas pessoas do sexo masculino tinham o direito de votar.

O sufrágio universal se concretiza por meio do voto. Pode-se afirmar que o sufrágio é um direito enquanto o voto é o instrumento de exercício deste direito. No sistema constitucional brasileiro, o voto deve ser secreto, direto, livre, obrigatório (MENDES; BRANCO, 2015, p. 137) e personalíssimo (OLIVEIRA, 2019, p. 27). O voto secreto é cláusula pétrea, de acordo com o art. 60, § 4º, da Constituição Federal. O sigilo no sufrágio é a garantia necessária para que seja livre.

Por outro lado, o voto deve ser direto, o que significa que apenas nas situações expressamente estabelecidas no ordenamento jurídico é que o eleitor não dará o voto diretamente para aqueles que entende mais capacitados para o exercício do mandato. O voto é livre, o que mostra que o conteúdo do voto não pode ser predeterminado. É possível que o cidadão vote em qualquer dos candidatos registrados, ou ainda anule seu voto ou vote em branco.

O voto é periódico, por uma determinação do princípio republicano, o que traz uma necessária alternância de poder. Todas essas características servem para que o sufrágio, enquanto direito político, seja realizado de acordo com os valores constitucionais.

O sufrágio universal se subdivide nas chamadas capacidades eleitorais. Há a capacidade eleitoral ativa (o direito de votar) e a capacidade

eleitoral passiva (o direito de ser votado) (GOMES, 2020, p. 72). O direito de votar surge com o alistamento eleitoral (ZÍLIO, 2010, p. 98). O direito de ser votado com as condições de elegibilidade (CASTRO, 2012 p. 142).

Elegibilidade é o conjunto de requisitos necessários para o exercício da capacidade eleitoral passiva. Encontram-se previstos principalmente no art. 14 da Constituição Federal. No entanto, no direito brasileiro, para que alguém possa candidatar-se, além de possuir todos os requisitos de elegibilidade, é necessário que não possua qualquer das causas de inelegibilidade.

Inelegibilidade, por sua vez, é o conjunto de causas que impedem o exercício da capacidade eleitoral passiva (OLIVEIRA, 2019, p. 147). De acordo com a determinação contida no art. 14, § 9º, da Constituição Federal, são fontes de inelegibilidade apenas o próprio Texto Constitucional e a lei complementar.

A inelegibilidade é conceito jurídico indeterminado (GODOY; ARAÚJO, 2018, p. 61). Isso gera uma série de questionamentos no que tange a sua natureza jurídica. Além disso, a legislação brasileira traz diversas hipóteses de inelegibilidade. Como são situações bem diferentes, não se pode pensar que possuam a mesma natureza jurídica. Há um sistema dual de inelegibilidades. Algumas possuem a natureza jurídica de sanção (são as chamadas inelegibilidades cominadas) (COSTA, 2009, p. 155) enquanto outras trazem requisitos negativos de adequação (inelegibilidades inatas).

A diferença entre tais situações não é meramente acadêmica, pois a sua aplicação sofre efetivas modificações dependendo de se tratar de hipótese de inelegibilidade cominada ou inata. Vale, no entanto, ressaltar que o Supremo Tribunal Federal (RE 929670) já teve oportunidade de se manifestar sobre a inelegibilidade aplicada em virtude de abuso de poder. Ora, o abuso de poder é ilícito. A consequência por cometimento de ilícito é a sanção. Mesmo assim, a Suprema Corte Brasileira asseverou naquele mesmo julgado que a inelegibilidade é requisito negativo de adequação, sem levar em consideração os diversos aspectos do instituto de acordo com a legislação. Parte da doutrina também entende dessa forma, como ocorre com a lição de Edson Resende de Castro (2012, p. 162).

Tal entendimento não tem sustentação jurídica razoável. Não considerar que a inelegibilidade pode ser sanção implica trazer uma limitação inadequada à capacidade eleitoral passiva. Se a lógica dos direitos políticos é que a interpretação deve levar em consideração a

maior efetividade possível, qualquer regra que limite o exercício dos direitos políticos deverá ser interpretada restritivamente. Isso ocorre com as regras sobre inelegibilidade.

Essa é a lógica que deve ser seguida na hermenêutica eleitoral. Todos os valores envolvidos, pois, devem ser considerados, com a devida ponderação perante o caso concreto. Apesar de essa restrição ocorrer para todas as situações de inelegibilidade, com mais razão a interpretação daquelas que se constituem em sanções deve seguir tal lógica.

A relação entre valores e princípios traz um mínimo ético com a eficácia das normas jurídicas, tendo por fundamento a Constituição Federal (CAVALCANTI, 2017, p. 103). Aqui não apenas o valor exercício de direitos políticos deverá ser considerado, mas também outros devem ser utilizados na medida do sopesamento para a aplicação da norma no caso concreto. Valores tais como ampla defesa e contraditório e estado de inocência devem ser levados em consideração nessa análise, sob pena de o sistema constitucional brasileiro acabar desrespeitado.

2. A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE INOCÊNCIA E A INELEGIBILIDADE

A Constituição Federal Brasileira estabelece o estado de inocência como direito fundamental, logo possui natureza principiológica. (ALEXY, 2008, p. 118) Trata-se de mandamento de otimização, devendo ser aplicado na maior medida possível. O chamado princípio da inocência significa que ninguém pode ser considerado culpado sem decisão condenatória transitada em julgado, conforme determina o art. 5º, LVII, do Texto Constitucional Brasileiro. Dessa maneira, há o estabelecimento de uma presunção de não culpabilidade (HIRSCH; ARCHANJO, 2020, p. 325).

É direito fundamental de primeira geração, de origem iluminista, com surgimento no final do século XVIII (ROCHA; BITTENCOURT, 2018, p. 321). A presunção da não culpabilidade não se resume à esfera penal. É possível, pois, associar tal presunção ao exercício dos direitos políticos (MENDES; BRANCO, 2015, p. 538). Até mesmo porque é muito difícil separar a presunção de inocência no âmbito eleitoral e no campo penal (ROCHA; BITTENCOURT, 2018, p. 331). A inelegibilidade é uma limitação importante ao exercício dos direitos políticos. As hipóteses de inelegibilidade cominada possuem natureza jurídica de sanção (COSTA, 2009, p. 155). Aqui é que a discussão sobre o princípio do estado de inocência tem mais razão.

Evidentemente, a presunção aqui tratada é relativa, uma vez que cede com a condenação. Mas é necessário se fazer uma ponderação. É que mesmo não havendo condenação definitiva, é possível a aplicação de hipóteses de inelegibilidade. Ou seja, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, alguns efeitos sancionatórios já podem ser aplicados.

O Supremo Tribunal Federal (ADC 29) se manifestou no sentido de no sopesamento entre a moralidade e a presunção de inocência, a primeira ser preponderante. Essa seria a interpretação mais condizente com o efeito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal. Ou seja, a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2010), ao estabelecer em diversos dispositivos do art. 1º, I, da Lei Complementar 64/90 a inelegibilidade em virtude de condenação por órgão judicial colegiado, respeita a Constituição Federal, pois esse seria o thêlos da regra prevista no citado dispositivo constitucional. E mais, decidiu ainda a Suprema Corte Brasileira naquela ação declaratória de constitucionalidade que o princípio da inocência teria aplicação relacionada ao Direito Penal.

É necessário, no entanto, analisar os limites dessa argumentação lançada. Há diversos métodos de interpretação. Embora nem sempre seja simples padronizar o sentido que a norma traz. Ronald Dworkin chega a criar um juiz Hércules (2010, p. 165), com sabedoria sobre-humana, para destacar a atuação nos casos difíceis e a importância dos princípios nessa questão. Kelsen (2009, p. 389), por outro lado, negava a existência de apenas uma resposta interpretativa possível. Isso mostra que há uma certa atividade criadora por parte dos juízes, sendo o magistrado uma espécie de artista (MELLO, 2011, p. 1234), embora não se possa confundir a sua atividade com a atividade legislativa (CAPPELLETTI, 1993, p. 74).

Apesar de possibilidades hermenêuticas grandes para verificar o alcance dos dispositivos constitucionais, é certo que limites devem ser impostos. Há um grau de razoabilidade que deve ser considerado. Deve existir uma hermenêutica dita eleitoral que garanta uma eficácia dos direitos políticos. Lênio Streck (2018, p. 17) propõe utilizar a expressão hermenêutica no Direito Eleitoral, como forma de compreender seus limites e possibilidades, além de caminhos adequados de acordo como sistema constitucional.

Essa hermenêutica deve considerar a maior eficácia possível das normas eleitorais. Pois, como afirmado, os direitos políticos possuem natureza principiológica, uma vez que são direitos fundamentais. (ALEXY, 2008, p. 118). A efetividade aqui mostra a necessidade de ampliação no gozo

desses direitos. Efetividade no sentido não apenas de produção de efeitos jurídicos, mas também de efeitos sociais (SILVA, 2010, p. 228). Por isso, as normas que tratam acerca de elegibilidade devem ser interpretadas de forma ampliativa, enquanto as normas que trazem limitações ao gozo de direitos políticos devem ser interpretadas de forma restritiva.

Ou seja, no caso discutido, não há inconstitucionalidade na imposição de inelegibilidade sem o trânsito em julgado da decisão. Mas alguma condenação deve existir.

Pode-se perceber esse ponto por meio da análise de alguns posicionamentos do Tribunal Superior Eleitoral. Para ilustrar, cabe trazer duas súmulas do Tribunal Superior Eleitoral. A primeira é a súmula 43, que afirma que as condições fáticas e jurídicas supervenientes ao registro e que beneficiem o candidato devem ser admitidas para as condições de elegibilidade.

Trata-se de interpretação ampliativa para maior eficácia dos direitos políticos. É uma compreensão do art. 11, § 10, da Lei 9.504/97, que, por sua vez, estabelece que as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser observadas quando do registro de candidatura, ressalvadas as alterações que afastem a inelegibilidade. Ou seja, pela análise literal do dispositivo, a ausência de condições de elegibilidade quando do registro de candidatura impede seu deferimento, pois o dispositivo legal cita apenas o afastamento de causas de inelegibilidade como apto a permitir nessas situações o registro de candidatura e, portanto, o exercício da capacidade eleitoral passiva.

Nesse mesmo sentido, o Tribunal Superior Eleitoral editou a súmula 50 de sua jurisprudência. Nela, o tribunal permite o deferimento de registro de candidatura do cidadão que quando da formalização do registro de candidatura não possuía quitação eleitoral, mas a obtém até seu julgamento. Mais uma vez, a interpretação dada ao dispositivo é ampliativa, para que a efetividade dos direitos políticos seja a maior possível. Com efeito, o art. 11, § 8º, I, da Lei 9.504/97 afirma que estão quites com a Justiça Eleitoral aqueles que pagarem os débitos ou os parcelarem até a formalização do registro de candidatura. O Tribunal Superior Eleitoral vai além e permite tal quitação até antes do julgamento do registro.

Para se compreender a discussão, é comum a aplicação da teoria clássica das inelegibilidades no direito brasileiro (COSTA, 2009, p. 148). Por essa teoria, elegibilidades e inelegibilidades não se confundem, embora

ambas estejam relacionadas ao exercício da capacidade eleitoral passiva. A elegibilidade corresponde a um conjunto de requisitos necessários ao exercício da capacidade eleitoral passiva (OLIVEIRA, 2019, p. 133). Por outro lado, as inelegibilidades são causas que impedem o exercício da capacidade eleitoral passiva.

Para a maior eficácia dos direitos políticos, a inelegibilidade só pode ser aplicada quando expressamente prevista na lei, pelo que se pode falar de um rol taxativo (DECOMAIN, 2004, p. 10). Isso ocorrerá em qualquer hipótese de inelegibilidade. Com mais razão ainda nas hipóteses de inelegibilidade que possuem a natureza jurídica de sanção. É aqui que ocorre a aplicação da presunção de inocência com o Direito Eleitoral.

3. INELEGIBILIDADE DO ARTIGO 1º, I, I, DA LEI COMPLEMENTAR 64/90

Serve a presunção de inocência para controlar as iras do jus puniendi (ROCHA; BITTENCOURT, 2018, p. 323). As hipóteses previstas no art. 1º, I, alíneas b e seguintes da Lei Complementar 64/90 trazem hipóteses de inelegibilidade cominada (COSTA, 2009, p. 157), ou seja, oriundas de ilícitos e que, portanto, possuem a natureza jurídica de sanção. O Supremo Tribunal Federal acabou por entender que mesmo as inelegibilidades decorrentes de abuso de poder não podem ser consideradas como sanção (RE 929670).

Lógico que a prática do Direito está relacionada diretamente com a argumentação (ATENZA, 2003, p. 17). Mas é necessário que a argumentação tenha lógica dentro do sistema jurídico discutido. O raciocínio de afastar a natureza de algumas hipóteses de inelegibilidade como sanção é, de fato, incoerente. Jaime Barreiros Neto (2018, p. 245), por exemplo, indaga se o abuso de poder não é ilícito e a inelegibilidade não é sanção, qual seria de fato a sua natureza jurídica. Colocar todas as hipóteses de inelegibilidade sob a mesma natureza jurídica não parece ser o raciocínio mais adequado.

Toda essa discussão ganha relevo na redação do art. 1º, I, i, da Lei Complementar 64/90. Nele, a lei das inelegibilidades determina a aplicação de inelegibilidade para aqueles que tenham exercido funções direção, administração ou representação em entidades de financiamento, crédito ou seguro, nos 12 meses anteriores à decretação de liquidação judicial ou extrajudicial. Essa é a única hipótese de inelegibilidade que não está submetida a termo, mas sim a condição. Isso porque a inelegibilidade será aplicada enquanto não for o cidadão exonerado de qualquer responsabilidade.

Ou seja, o dispositivo legal cria uma presunção de culpabilidade, em contradição clara à presunção de inocência. Ora, a liquidação extrajudicial é procedimento, em regra, aplicado para instituições financeiras que tenham quebrado, nos termos do art. 15 da Lei 6.024/1974.

Por isso, as instituições financeiras, enquanto submetidas ao regime especial da Lei 6.024/1974 ou do Decreto-lei 2.321/1987 não se submetem à lei 11.101/2005, que regula a falência. Evidentemente, o tratamento diferenciado deve ser justificado em virtude da quantidade de pessoas que podem ser atingidas pela bancarrota dessas entidades (GOMES, 2020, p. 312).

O problema está em considerar que pelo fato de um cidadão ter exercido função em tais pessoas jurídicas nos 12 meses que antecedem a sua liquidação haverá uma responsabilização imediata, com uma inelegibilidade que durará enquanto ele não conseguir provar que não tem responsabilidade no ocorrido.

Não há direitos absolutos, incluindo os direitos fundamentais. Mas há uma perigosa relativização, não apenas da presunção de inocência, mas também de outras garantias fundamentais (ROCHA; BITTENCOURT, 2018, p. 323). Essa relativização coloca em risco a efetividade que se pretende dar aos direitos políticos, permitindo que seu âmbito de proteção seja diminuído sem qualquer justificativa constitucional para tanto.

Deve-se admitir que a redação do art. 1º, I, i, da Lei Complementar 64 poderia ser muito melhor, assim não haveria o desrespeito a valores constitucionais. Por se tratar de um dispositivo com aplicação bastante específica e, por isso, não trazer uma grande quantidade de casos práticos, a jurisprudência sobre o assunto ainda está muito aquém do necessário para que se possa trazer uma interpretação de acordo com a Constituição Federal (ROLLO, 2018, p. 417).

Mesmo assim, ainda há alguns precedentes do Tribunal Superior Eleitoral acerca do dispositivo legal citado. Nesses precedentes, a hipótese de inelegibilidade é considerada constitucional, apesar de seus defeitos. É o caso do Recurso Especial Eleitoral 34.115, no qual o Tribunal Superior Eleitoral afirma que a responsabilidade ocorre em relação ao que presumivelmente exerceu o ato que levou ao estado falimentar da entidade de crédito, seguro ou financiamento. Ou ainda o Recurso Especial Eleitoral 22739, em que o Tribunal Superior Eleitoral assentou que não havia qualquer inconstitucionalidade da norma legal.

Em outro caso concreto (RESPE 16477), o Tribunal Superior Eleitoral determinou a aplicação da inelegibilidade do art. 1º, I, i, da Lei Complementar 64/90 a administrador de empresa de consórcio, pois equiparada a instituição financeira. Há doutrina também nesse sentido. Pedro Roberto Decomain (2004, p. 193) entende ser a hipótese de inelegibilidade citada necessária por verificar inicialmente se o administrador, representante ou diretor das entidades financeiras não agiu com dolo ou culpa para causar a quebra da empresa. Nesse sentido, se não há certeza de que não houve engajamento no sentido de causar a perda da liquidez da entidade é que será possível a candidatura a cargo eletivo. Esses fundamentos, no entanto, não se sustentam.

Todos esses precedentes não levam em consideração a discordância do dispositivo com os valores constitucionais. Como visto, a causa de inelegibilidade cria uma presunção de culpabilidade, o que contraria frontalmente o princípio do estado de inocência. Não se trata sequer de aguardar o trânsito em julgado de decisão condenatória. A inelegibilidade discutida não traz como requisito uma decisão condenatória. Simplesmente há a criação de uma presunção relativa. É relativa porque acaba afastada quando a pessoa é exonerada de qualquer responsabilidade. Essa exoneração, inclusive, pode ocorrer tanto na esfera judicial quanto na administrativa, uma vez que o dispositivo legal se refere a liquidação judicial ou extrajudicial.

Presumir é tomar como certo algo que é apenas provável. A presunção de inocência tem fundamento constitucional. A presunção de culpabilidade não. Assim, estarão inelegíveis os diretores, administradores e representantes das instituições de crédito, financiamento e seguro. Não importa quem deu causa, ou se o diretor foi o único responsável, pois hierarquicamente superior aos administradores ou ainda que os administradores e representantes sequer tenham tido conhecimento do ato que levou à quebra da empresa. Todos estarão inelegíveis até que consigam ser exonerados dessa responsabilidade (ROLLO, 2018, p. 419).

A inconstitucionalidade é evidente. Não se conhece outra situação, dentre as inelegibilidades, semelhante a essa. Ou seja, um ilícito cuja presunção de culpabilidade traz automaticamente inelegibilidade apenas pelo fato de a pessoa ter exercido certas funções nos 12 meses anteriores à liquidação judicial ou extrajudicial de algumas entidades.

Para além da consideração da inversão da presunção trazida enquanto valor pela Constituição Federal, a inelegibilidade do art. 1º, I, i, da Lei Complementar 64/90 está submetida a condição e não a termo. Nas outras

hipóteses de inelegibilidades cominadas, há um termo. É o que acontece com a prevista no art. 1º, I, b, da Lei Complementar 64/90, prevista para os membros do Poder Legislativo que tenha perdido seus cargos por infringência a dispositivos da Constituição Federal, da Constituição Estadual e das Leis Orgânicas, em que a afetação à capacidade eleitoral passiva do cidadão ocorre pelo remanescente do mandato e mais 8 anos.

Ou ainda nos termos do art. 1º, I, d, da Lei Complementar 64, em que se estabelece, para os condenados por abuso do poder político ou econômico, por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, cujo prazo é de 8 anos contados da decisão em que o abuso se verificou. Há aqui termo, ou seja, evento futuro e certo. Se esse termo se verificar até antes da realização da eleição, poderá o cidadão ter seu registro deferido. O termo permite uma previsibilidade e uma estabilidade. A própria segurança jurídica é valor. Se assim não o fosse, o constituinte de 1988 não teria estabelecido o princípio da anualidade, insculpido no art. 16 da Constituição Federal.

Por esse princípio, a lei que altera o processo eleitoral entra em vigor com a sua publicação, mas só é aplicada nas eleições que ocorrerem pelo menos 1 ano após a sua publicação. O propósito do dispositivo é evitar surpresas para os *players* do processo eleitoral, permitindo que sejam empregados planejamento e organização necessários para o pleito eleitoral (ZÍLIO, 2010, p. 24). Isso também vai ocorrer em hipóteses de inelegibilidade. O valor segurança jurídica deve permear o processo eleitoral. Não há razão para que não seja assim entendido.

Se não há prazo definido, como no caso da inelegibilidade do art. 1º, I, i, da Lei Complementar 64/90, a segurança jurídica é afetada em seu núcleo, uma vez que da forma em que está posta a questão, durante a restrição à capacidade eleitoral passiva até a exoneração de toda a responsabilidade por parte daquele que exerce função de direção, administração ou representação em entidade de crédito, financiamento ou seguro, estará submetido a condição que, por sua vez, é evento futuro e incerto. Assim, simplesmente não há prazo específico, pelo que é praticamente impossível saber quando o cidadão será considerado inocente dos atos de má administração e que acabaram levando à quebra da empresa (CASTRO, 2012, p. 242).

Outro aspecto também deve ser considerado. As causas de inelegibilidade devem levar em consideração do art. 14, § 9º, da Constituição Federal. Segundo ele, outras hipóteses de inelegibilidade podem ser trazidas por lei complementar. Cabe a tal norma estabelecer também o prazo de

sua cessação, para a proteção da probidade administrativa, da moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, além da normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou abuso de autoridade.

São perceptíveis duas incompatibilidades entre o art. 1º, I, i, da Lei Complementar 64/90 e o dispositivo constitucional citado. A Constituição possibilita que a lei complementar estabeleça outras hipóteses de inelegibilidade, bem como o prazo de sua cessação. Ora, não é possível que se crie hipótese de inelegibilidade sem estabelecimento de prazo. Como já afirmado, prazo é termo, portanto evento futuro e certo. Se o dispositivo infraconstitucional não estabelece prazo, como ocorre com o art. 1º, I, i, da Lei das Inelegibilidades, não é possível que se aplique tal hipótese de inelegibilidade, por não ter atendido o requisito constitucional para tanto.

Por outro lado, as novas hipóteses de inelegibilidade não são livremente definidas pelo legislador infraconstitucional. Isso porque há o estabelecimento de valores pelo citado art. 14, § 9º, da Constituição Federal. Quando qualquer hipótese de inelegibilidade é criada, faz-se necessário que o seja para a proteção dos valores probidade administrativa, moralidade no exercício do mandato ou ainda legitimidade e normalidade do pleito eleitoral (ROLLO, 2018, p. 416).

O art. 1º, I, i, da Lei Complementar 64/90 impõe uma presunção de responsabilidade para quem exerceu função de direção, administração ou representação nos 12 meses anteriores à liquidação judicial ou extrajudicial da entidade de crédito, financiamento ou seguro. Ou seja, não há qualquer relação lógica entre tal presunção e os valores protegidos pelo art. 14, § 9º, da Constituição Federal.

Se a hipótese de inelegibilidade não protege qualquer dos valores previstos no dispositivo constitucional não poderia ter sido criada. Isso mostra igualmente a sua incompatibilidade com o Texto Constitucional. Ofende a presunção do estado de inocência para uma situação que sequer poderia ser punida com inelegibilidade. Também por isso, apesar do quanto estabelecido nos precedentes do Tribunal Superior Eleitoral, o art. 1º, I, i, da Lei Complementar 64/90 é inconstitucional.

4. CONCLUSÃO

O presente artigo tratou das inconstitucionalidades do art. 1º, I, i, da Lei Complementar 64/90. Esse dispositivo legal traz uma limitação

indevida ao exercício da capacidade eleitoral passiva, direito político, logo fundamental, previsto pelo Texto Constitucional. Em sendo direito fundamental, deve ser aplicado na maior medida possível.

Logo, as hipóteses de inelegibilidade devem ser interpretadas restritivamente. Nesse sentido, inelegibilidade que surge apenas pelo exercício de funções de direção, administração e representação em entidades de crédito, financiamento e seguro nos 12 meses anteriores à quebra é incompatível com a Constituição Federal.

Essa incompatibilidade surge principalmente porque o aludido dispositivo legal cria uma presunção de culpabilidade, uma vez que o diretor, administrador ou representante das entidades indicadas permanecerá inelegível até ser exonerado de qualquer responsabilidade. Há uma completa inversão da presunção de inocência prevista no art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Nesse caso, a ofensa à Constituição Federal é clara, expressa e direta, apesar de esse não ser o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral.

Além disso, há outras duas incompatibilidades com o Texto Constitucional. Dessa vez com a norma prevista no art. 14, § 9º, da Constituição Federal. A primeira é que esse dispositivo permite a criação de outras hipóteses de inelegibilidade por intermédio de lei complementar, desde que se estabeleça o prazo durante o qual não haverá exercício da capacidade eleitoral passiva, e a conduta ofenda os valores da probidade, moralidade administrativa e legitimidade e normalidade das eleições.

A inelegibilidade do art. 1º, I, i, da Lei Complementar 64/90 não estabelece prazo, mas apenas condição. Esta é baseada na expressa exoneração de qualquer responsabilidade pela quebra da entidade. Enquanto o prazo é futuro e certo, a condição não.

A segunda incompatibilidade com o Texto Constitucional está no fato do exercício de função de diretor, administrador ou representante não ofender os valores citados pelo Texto Constitucional, apenas por ter exercido a pessoa tais funções nos 12 meses anteriores à liquidação judicial ou extrajudicial da instituição de financiamento, seguro ou de crédito. Não há ofensa direta a moralidade ou probidade, além de não atentar contra a legitimidade e normalidade nas eleições.

Com isso, o art. 1º, I, i, da Lei Complementar 64/90 é inconstitucional, em que pese a opinião de parte da doutrina e dos precedentes do Tribunal Superior Eleitoral. É necessário que tais precedentes sejam superados,

em respeito à proteção aos direitos políticos e ao princípio da inocência, temas tão caros ao Regime Constitucional Brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3 ed. São Paulo: Landy Editora, 2003.

BARREIRO NETO, Jaime. *Direito Eleitoral*. 8 ed. Rev. Ampl. e Atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

BRASIL, *Decreto-Lei 2.321*, de 25 de fevereiro de 1987. Institui, em defesa das finanças públicas, regime de administração especial temporária, nas instituições financeiras privadas e públicas não federais, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2321.htm. Acesso em 08 jul. 2022.

BRASIL, *Lei 4.595*, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595compilado.htm. Acesso em 07 jun. 2021.

BRASIL, *Lei 6.024*, de 13 de março de 1974. Dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6024.htm. Acesso em 07 jun. 2021.

BRASIL, *Lei 9.504*, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm. Acesso em 29 mai. 2021.

BRASIL, *Lei 11.101*, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em 07 jun. 2021.

BRASIL, *Lei Complementar 64*, de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º, da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm. Acesso em 07 jun. 2021.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADC 29; Órgão julgador: Tribunal Pleno; Relator(a): Min. LUIZ FUX; Julgamento: 16/02/2012; Publicação: 29/06/2012. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADC%2029%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em 06 jun. 2021.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. RE 929670; Órgão julgador: Tribunal Pleno; Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI; Redator(a) do acórdão: Min. LUIZ FUX; Julgamento: 01/03/2018; Publicação: 12/04/2019. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20929670%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em 23 mai. 2021.

BRASIL, *Tribunal Superior Eleitoral*. RESPE 16.447. Relator Min. Fernando Neves. Relator designado Min. Maurício Corrêa. Acórdão de 5/9/2000. Disponível em <https://inter03.tse.jus.br/sjur-pesquisa/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT1740885675§ionServer=TSE&docIndexString=8>. Acesso em 07 jun. 2021.

BRASIL. *Tribunal Superior Eleitoral*. RESPE 22739. Relator Min. Gomes de Barros. Publicado em sessão em 01/10/2004. Disponível em <https://inter03.tse.jus.br/sjur-pesquisa/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT1740885675§ionServer=TSE&docIndexString=6>. Acesso em 07 jun. 2021.

BRASIL. *Tribunal Superior Eleitoral*. RESPE 34.115. Relator Min. Arnaldo Versiani. Publicado em sessão em 17/12/2008. Disponível em <https://inter03.tse.jus.br/sjur-pesquisa/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT295917428§ionServer=TSE&docIndexString=1>. Acesso em 07 jun. 2021.

BRASIL, *Tribunal Superior Eleitoral*. Súmula 43. Disponível em <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-tse/sumula-tse-no-43>. Acesso em 07 jun. 2021.

BRASIL, *Tribunal Superior Eleitoral*. Súmula 50. Disponível em <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-tse/sumula-tse-no-50>. Acesso em 07 jun. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CASTRO, Edson de Resende. *Curso de Direito Eleitoral*. 6 ed. Rev. e Atual. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2012.

CAVALCANTI, Thais Novaes. Os princípios enquanto normas éticas e o mínimo irreduzível da Constituição. *Revista Direitos Fundamentais e Alteridade*. Salvador, V. I, N° 01, p. 99-114, jul-dez, 2017. Disponível em <https://periodicos.ucsal.br/index.php/direitosfundamentaisalteridade/article/view/431/350>. Acesso em 09 jun. 2021.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 8 ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Elegibilidade e inelegibilidades*. 2 ed. São Paulo: Editora Dialética, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

GODOY, Miguel Gualano de; ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola. Diálogos em torno de um conceito indeterminado: as inelegibilidades, o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). *Direito Constitucional Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 49-66.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 16 ed. Rev. Atual. Amp. São Paulo, Atlas, 2020.

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida; ARCHANJO, Camila Celestino Conceição. *Direito fundamentais do Brasil: teoria geral e comentários ao artigo 5° da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

OLIVEIRA, João Paulo. *Direito Eleitoral*. 3 ed. Rev. Atual. e Ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

MELLO, Baptista de. Interpretação e humanização da lei. In: MENDES, Gilmar; STOCO, Rui (Org.). *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. – (Coleção doutrinas essenciais: direito civil, parte geral, v. 1), p 1227-1238.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEZZAROBIA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia de Pesquisa no Direito*. 5 ed. Saraiva, 2009.

ROCHA, Virgínia Afonso de Oliveira Morais da; BITTENCOURT, Mateus Salles. A presunção de inocência no Brasil contemporâneo: aspectos eleitorais e criminais. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). *Elegibilidade e inelegibilidades*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 321-338.

ROLLO, Alexandre Luís Mendonça. A inelegibilidade de dirigentes de estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro em processo de liquidação judicial e extrajudicial e suas inconstitucionalidades. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). *Elegibilidade e inelegibilidades*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 415-426.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SOUZA, Leonardo Fernandes de; CASTILHO, Rodrigo Brunieri. *O processo civil eleitoral: teoria crítica de adequação ao Código de Processo Civil de 2015*. Rio de Janeiro: Kumen Juris, 2019.

STRECK, Lenio. Um olhar hermenêutico sobre o Direito Eleitoral. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). *Direito Constitucional Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 17-28.

ZÍLIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral*. 2 ed. Rev. e Atual. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2010.

RECEBIDO EM: 14/03/2022

APROVADO EM: 05/08/2022

A CONSTRUÇÃO DA CULTURA DO CONSENSUALISMO NAS AGÊNCIAS REGULADORAS E SEUS DESAFIOS

THE CONSTRUCTION OF THE CULTURE OF CONSENSUALISM IN PUBLIC ADMINISTRATION AND ITS CHALLENGES

Julia Maurmann Ximenes

Pós-doutora pela Universidade da Califórnia. Doutora em Sociologia Política pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Professora do corpo permanente do Doutorado Profissional em Políticas Públicas da ENAP e do Mestrado da ENAP. Professora do curso de Pós-Graduação lato sensu (EAD) “Controle da Desestatização e da Regulação” e do curso de “Análise Econômica do Direito” do Instituto Serzedello Corrêa/TCU.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Cultura da sentença. 3. Cultura do consensualismo. 4. O desafio do consensualismo nas agências regulatórias. 5. Conclusões.

RESUMO: A consensualidade tem sido incentivada no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive no âmbito da atuação da Administração Pública. Contudo, consolidar uma cultura jurídica que retire o foco da decisão judicializada de conflitos demanda tempo. Este é o problema de pesquisa: em que medida a cultura jurídica tem incorporado a cultura do consensualismo? A metodologia sociojurídica permite refletir sobre quanto os atores do campo jurídico estão assumindo novas práticas na solução dos conflitos, e assim incorporando uma racionalidade consensual. A abordagem Direito e Políticas Públicas permanece um desafio de pesquisa para compreender as possibilidades de arranjos institucionais e ferramentas que permitam o consenso.

PALAVRAS-CHAVE: Mecanismos Adequados Solução de Conflitos. Direito Administrativo Consensual. Direito e Políticas Públicas. Cultura Jurídica. Agências Reguladoras.

ABSTRACT: Consensus has been encouraged in the Brazilian legal system, including within the scope of Public Administration activities. However, consolidating a legal culture that removes the focus from the judicialized decision of conflicts takes time. This is the research problem: to what extent is the legal culture adapting to the demands of consensualism? The socio-legal methodology allows us to reflect on how actors in the legal field are assuming new practices in conflict resolution, and thus incorporating a consensual rationality. The Law and Public Policy approach remains a research challenge to understand the possibilities of institutional arrangements and tools that allow consensus.

KEY-WORDS: Adequate conflict Resolution Mechanisms. Consensual Administrative Law. Law and Public Policies. Legal Culture. Socio-Legal Research.

INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é um direito fundamental (art. 5, XXXV da Constituição Federal), cabendo ao Estado promover o acesso aos órgãos judiciários e meios adequados para solução dos litígios de forma eficiente e em um prazo de tempo razoável. (art. 5, LX-XIV)

No Brasil, o contexto democrático e a presença do direito nas relações sociais¹ acarretou uma demanda judicial robusta. O conflito é inerente à sociedade, contudo, nem sempre o Judiciário precisa ser demandado – as partes precisam ser valorizadas, com oportunidade e responsabilidade pela solução de seus conflitos.

Este é o cenário do surgimento dos mecanismos adequados² de solução de conflitos: mediação, conciliação e arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro.

O presente artigo tem como objetivo abordar o surgimento do Direito Administrativo Consensual com o seguinte problema de pesquisa: em que medida a cultura jurídica tem incorporado a cultura do consensualismo?

A noção de cultura aqui utilizada não é a de cultura em geral, mas de um conjunto de ideias, valores, expectativas e atitudes em relação à lei e às instituições jurídicas, ou seja, dentro de um determinado campo,

- 1 Esta presença é conhecida como “juridicização” ou seja, “a vocação expansiva do princípio democrático tem implicado uma crescente institucionalização do direito na vida social, invadindo espaços até há pouco inacessíveis a ele, como certas dimensões da esfera privada” (Vianna et al., 1999, p. 15).
- 2 Há uma controvérsia sobre a utilização do termo “alternativo” ou “adequado” diante dos paradigmas que apresentaremos no decorrer deste artigo. Contudo, apenas registramos algumas reflexões sobre a controvérsia doutrinária: “Se por um lado, é possível afirmar que o Judiciário é meio adequado para solução de uma série de conflitos, por outro lado, a conciliação, a mediação, a negociação e a arbitragem são meios alternativos ao Judiciário para a solução de controvérsia. Ser uma via alternativa significa que constitui um desvio autorizado às partes, com renúncia ao caminho ordinário representado pelo recurso à jurisdição estatal. Esses meios alternativos são, na verdade, meios mais adequados para a solução de controvérsias. Tal expressão vem se consagrando na medida em que se percebe que para determinados tipos de conflitos a solução pela via do Poder Judiciário não se mostra conveniente ou adequada, de forma que a negociação, a mediação, a conciliação ou a arbitragem proporcionam uma melhor resposta aos interessados, isto é, mais adequada e eficiente. Isso não significa, contudo, que a expressão “meios alternativos” esteja equivocada ou ultrapassada. Primeiro, porque efetivamente os meios citados são alternativos ao processo judicial no Poder Judiciário, que seria o meio ordinário de solução de conflitos. Segundo, porque a utilização da expressão é amplamente difundida e conhecida, de forma que o destinatário da comunicação identifica de pronto qual o assunto tratado. Inclusive, a expressão é derivada da homônima em língua inglesa *alternative dispute resolution* – ADR. Por fim, porque nem sempre será simples e unânime identificar qual o meio é o mais adequado para a solução de determinado conflito.” (TONIN, 2016, p. 33-4)

especificamente o campo jurídico (espaço de luta simbólica entre os atores jurídicos e suas respectivas interpretações). E neste sentido, a “cultura” (ideias compartilhadas ou não) do campo jurídico sobre o consensualismo: uma Administração Pública dialógica, que salienta, também, a administração por acordos, negociação, coordenação, cooperação, colaboração, conciliação e transação. (OLIVEIRA, 2010, p. 218)

A proposta é refletir sobre os percalços ainda encontrados para a efetivação de uma cultura de mediação e negociação nos conflitos com a Administração Pública. A hipótese apresentada é que a cultura ainda não está totalmente consolidada, e para demonstrar isso faremos a análise comparativa entre a judicialização das políticas públicas e regulatórias e a arbitragem nas agências reguladoras, a partir das práticas desenvolvidas na primeira no sentido de cooperação institucional. O caminho que os dois fenômenos têm percorrido para avançar em práticas consensuais será objeto de análise.

A pesquisa utiliza uma abordagem sociojurídica: o conceito de cultura jurídica³ permite compreender o processo de construção de uma racionalidade, de uma lógica interpretativa sobre o papel de institutos jurídicos (negociação e mediação) e de atores jurídicos (Poder Judiciário, Ministério Público, advogados, Agências Reguladoras, Tribunal de Contas, e outros) na efetivação de determinados direitos, mais especificamente na solução de conflitos.

No campo jurídico a doutrina como sinônimo de referencial teórico, reconhecido e legítimo, e a jurisprudência, exercem o papel de convencimento e de construção de novas abordagens. Este é o contexto de problematização do presente trabalho: diante de controvérsias entre doutrina e jurisprudência judicial e do Tribunal de Contas da União (TCU), como construir uma lógica consensual dominante? Quais são os desafios?

Para tanto o artigo foi construído da seguinte forma: no primeiro momento a apresentação da cultura da “sentença” e o cenário da judicialização após a Constituição de 1988. Em seguida apresentaremos a cultura do consensualismo e os elementos mais questionados por atores que resistem aos novos paradigmas do Direito Administrativo. Para ilustrar o processo de transição, apresentaremos as controvérsias da utilização da arbitragem pelas Agências Reguladoras.

3 Esta cultura é construída a partir de embates simbólicos sobre o “dizer o Direito” mais reconhecido entre os próprios atores do campo, entre os pares. Assim, compreender a “mentalidade” dominante entre os atores sobre determinados temas explica o movimento de consolidação ou não de novas tendências interpretativas pelos diversos atores jurídicos, a forma como eles atribuem significado e reconhecem uma determinada interpretação sobre o papel do Direito. (BOURDIEU, 1989; JUNQUEIRA, 2001; VILLEGAS, 2010)

A consensualidade cunhada na eficiência, na participação administrativa e na governança pública, que preza pela maior horizontalização das relações travadas entre Administração e administrados (PALMA, 2014) demanda uma cultura, uma lógica interpretativa sobre o “dizer o Direito” e o papel de instituições jurídicas que ainda está em processo de consolidação. Vamos compreender como e por que.

2. “CULTURA DA SENTENÇA”

Desde a promulgação da Constituição de 1988, muito se fala sobre direitos, em uma perspectiva mais ampla, de reivindicação, de efetivação e de acesso. Na mesma linha, os operadores do Direito (Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, advogados, doutrinadores) passam a atuar cada vez mais na efetivação desses direitos. O texto constitucional e a retomada democrática são percebidos como um cenário sociopolítico e constitucional que provocou a estruturação de uma cultura jurídica inovadora na compreensão e leitura do fenômeno jurídico.

Essa inovação reside basicamente na superação do paradigma positivista que apregoava o distanciamento entre direito e política. O positivismo jurídico enquanto sistema e teoria jurídica é bastante complexo, mas a pretensão de construir um objeto e um método seguro, ou seja, isolar o direito de qualquer racionalidade que não fosse a jurídica, a partir das regras e segundo critérios emanados de uma lógica formal rígida, tem sido questionada.

Nesta linha, o debate surge quando há mais de uma norma possível para solucionar o conflito e até normas contraditórias. Isso ocorre com frequência com os dispositivos constitucionais, exigindo outra técnica metodológica: a ponderação, que é o método de fundamentação de um enunciado de preferência em um caso concreto.

No âmbito internacional, o paradigma positivista foi superado após a Segunda Guerra Mundial, quando a questão da legitimidade dos atos do Estado passa a ser questionada, utilizando textos constitucionais como parâmetro. Nesse sentido, surgem as constituições com textos que tratavam não apenas da organização do poder político e dos direitos individuais, mas incorporaram direitos sociais que exigem a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, incluindo ainda princípios que expressariam os valores da sociedade, permitindo uma vasta possibilidade de interpretação. Assim, o sentido da palavra política na relação com o direito designa a expressão de valores, de princípios compartilhados em uma sociedade plural e democrática.

Portanto, reconhece-se a centralidade das dimensões social e política no Direito. Essa percepção é importante para o novo posicionamento do Poder Judiciário como ator de caráter decisório em questões até então restritas às esferas políticas, Poder Legislativo e Executivo.

Contudo, no âmbito da formação acadêmica dos operadores do Direito, a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos e interesses também foi e ainda é robusta.

... toda ênfase é dada à solução dos conflitos por meio de processo judicial, em que é proferida uma sentença, que constitui a solução imperativa dada pelo representante do Estado. O que se privilegia é a solução pelo critério do “certo ou errado”, do “preto ou branco”, sem qualquer espaço para a adequação da solução, pelo concurso da vontade das partes, à especificidade de cada caso. (WATANABE, 2005, [s/n])

O autor chama esta abordagem de “cultura da sentença”, ou seja, o juiz prefere proferir sentença ao invés de tentar conciliar as partes, pois a formação processual ainda acontece na lógica da teoria instrumentalista do processo.

A teoria instrumentalista do processo, bastante difundida no sistema pátrio pela Escola Paulista de Processo, parte da ideia de que o processo foi criado pelo homem na busca de realizar determinados objetivos, e nessa perspectiva deve ser visto, não se justificando formalismos contraproducentes, que retardam a entrega da prestação jurisdicional, quando não a tornam inefetiva. Fala-se em princípio instrumental. (BRANCO, 2020, p. 52)

Para o instrumentalismo há um protagonismo judicial, o processo é instrumento a serviço do Estado e não das partes na busca da realização da justiça.

Além disso, a sociedade alimenta a “cultura do litígio”, pois alcançou o ponto em que qualquer pequeno desentendimento entre vizinhos é levado ao Judiciário para que o juiz decida a situação e declare o vencedor e o perdedor. De uma forma geral, se foge da possibilidade de realizar um acordo ou aceitar qualquer outro meio consensual de solucionar os conflitos, pois se considera esta uma solução de segunda classe. A melhor decisão, aquela digna de ser considerada correta para qualquer litígio, deve ser proferida pelo juiz. Além disso, a maioria dos litigantes não aceita a decisão do juiz singular como definitiva e recorre às instâncias superiores para reanalisar seu caso, o que acaba superlotando os órgãos do Judiciário. (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2016, p. 20)

No contexto social e constitucional brasileiro, os diferentes atores – sociais, políticos, jurídicos – passaram a demandar e a receber demandas de novos sujeitos. A linguagem dos direitos está presente no cotidiano das relações sociais. As relações sociais estão cada vez mais impregnadas de teor jurídico, uma lógica de juridicização, que mobiliza o campo jurídico no compromisso com a efetivação dos direitos fundamentais. Essa é a concepção que permitirá a construção de uma cultura favorável à centralidade do Direito e dos atores do campo jurídico na efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os sociais.

Todo esse cenário constitucional e social permitiu a estruturação de uma nova hermenêutica, um novo padrão de interpretação que ficou conhecido como neoconstitucionalismo.⁴ Portanto, os cenários sociopolítico e constitucional apontados favoreceram a construção desse novo padrão de interpretação e a judicialização da política: o Judiciário passa a ser investido da capacidade de interpretar o conteúdo constitucional, transcendendo suas funções tradicionais de apenas adequar o fato à lei. Assim, passa a inquirir a realidade à luz dos valores e princípios dispostos constitucionalmente, isto é, valores universais de uma sociedade que não se reconhece no seu Estado, em seus partidos e no seu sistema de representação. A afirmação retoma a ruptura com o paradigma positivista já comentado – neste não caberia ao Judiciário solucionar questões de cunho político, típicas dos outros dois poderes.

Este é o contexto da judicialização da política, das políticas públicas e regulatórias. Um enredo sociopolítico e constitucional abrangente e complexo, que conduzirá a cultura da sentença na perspectiva da responsabilidade do Poder Judiciário na solução de conflitos de cunho distributivo⁵, como no caso de políticas públicas e de políticas regulatórias.

Políticas públicas são programas de ação governamental, visando realizar objetivos determinados (BUCCI, 2006). As categorias que estruturam o conceito de políticas públicas não são próprias do Direito, mas sim da política e da administração pública, carregando elementos

4 Apesar de não ser objeto principal do presente trabalho, registramos aqui um conceito de neoconstitucionalismo: teoria que busca explicar o surgimento de textos constitucionais a partir da década de setenta do século XX que apontam a centralidade do texto constitucional, sua principiologia e um amplo catálogo de direitos fundamentais. Para saber mais: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trota, 2010.

5 “Distribuir, ou fazer justiça distributiva, é dar a cada um a sua parte no mal comum (distribuição dos ônus) ou no bem comum (distribuição de benefícios). A distribuição distingue-se da troca. A justiça das trocas diz-se justiça comutativa, ou retributiva ou corretiva. Comutar é trocar, retribuir é devolver e corrigir é restaurar ao estado certo (e anterior).” (LOPES, 2006, p. 144/5, grifos no original)

estranhos ao campo jurídico, como dados econômicos, históricos e sociais de determinada realidade que o poder público quer atingir, e/ou à concretização de direitos (BUCCI, 2006).⁶

Contudo, é a norma jurídica que desempenha a função de plasmar os objetivos, as diretrizes e os meios dessa atividade estatal, a qual normalmente surge a partir de uma agenda política diante de um aspecto da vida social que demanda a atuação do Estado de forma prestacional,⁷ via de regra condicionada ainda a princípios e objetivos constitucionais.

Esta norma está no direito administrativo, reduzindo o grau de arbítrio da administração pública e submetendo o administrado ao controle jurisdicional de políticas públicas.

No aspecto formal, o controle é a garantia de submissão à legitimidade democrática, ou seja, o processo de construção da política pública deve obedecer a transparência administrativa. O aspecto material do controle é quanto às opções sobre o papel do Estado previstas no texto constitucional, especialmente os que se ancoram na dignidade da pessoa humana.

Entretanto, a cultura da sentença na judicialização das políticas públicas acaba por enfrentar o dilema da micro e da macro justiça: ao resolver uma demanda individual o juiz acaba impactando na política pública e seu caráter distributivo. O Poder Judiciário se divide em duas grandes abordagens para a resposta a estes conflitos: conceder o direito independentemente da política pública existente ou considerar o conteúdo da política pública, uma deferência ao Poder Executivo.

A racionalidade tem se alterado durante o tempo da judicialização das políticas públicas e regulatórias – em um primeiro momento, durante a década de 90, muitas decisões encaravam a política pública como um “entreve burocrático” (ROMERO, 2008). A mudança de compreensão sobre

6 “As políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico.” (Bucci, 2006, p. 31).

7 “Hoje é indissociável à noção de Estado a ação sobre os rumos da sociedade, ação esta que deve estar direcionada a buscar o aprimoramento da vida em comum como requisito da legitimidade e de legitimação. É também assentado que o Estado deve valer-se do direito para tanto, fazendo inscrever os objetivos a serem alcançados em normas jurídicas, sejam elas constitucionais, sejam infraconstitucionais. Com isto, o direito passa a apresentar, além de suas funções tradicionais identificadas, outras já plenamente enraizadas, em que vem caracterizado como médium para o estabelecimento desses objetivos, cuja materialização é implementada por meio de políticas públicas econômicas e sociais.” (Massa-Arzabe, 2006, p. 51).

a relação entre o Direito e a Política Pública, para uma maior deferência às últimas é uma demonstração da consolidação de uma nova cultura jurídica durante o século XXI.

Isto não quer dizer que todos estão acompanhando esta nova racionalidade, mas o processo em curso pode ser percebido pelo surgimento de novos arranjos institucionais que possibilitam o reequilíbrio entre poderes, minimizam o ativismo judicial (escolhas discricionárias dos juízes) e asseguram a concretização de direitos fundamentais, especialmente de grupos estigmatizados (SILVA et al., 2012) – os diálogos institucionais.

As experiências no Brasil se concentram em práticas dialógicas no âmbito da judicialização da saúde. É o caso dos Núcleos de Assessoria ou Apoio Técnico (NAT)⁸, cuja criação tem sido estimulada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para minimizar uma das grandes críticas à atuação do Judiciário na área: o desconhecimento técnico.⁹ Contudo, importante registrar que a análise de algumas “boas práticas” demonstra a dependência da atuação isolada de determinados atores jurídicos. A institucionalização da prática e do diálogo evitaria desdobramentos negativos sobre a atuação de atores isoladamente e que não estejam ainda reconhecendo as novas racionalidades interpretativas.

A lógica dos NATs na judicialização da saúde e a recomendação do CNJ se aproximam do que apresentaremos a seguir como a cultura

8 Analisando o caso de Araguaína/TO, Pinheiro (2016, p. 4) salienta que: “Esses Núcleos têm como finalidade o auxílio aos magistrados no julgamento das demandas envolvendo prestações relacionadas ao direito à saúde, viabilizando a disponibilidade de um conhecimento técnico para o respaldo de uma decisão mais segura. Permitem ainda o melhor atendimento do cidadão, no sentido de agilizar a solução de seu problema, além de reduzir o número de demandas impetradas. Além de atuar como meio de solução administrativa na fase pré-processual e emitir pareceres técnicos durante a fase litigante, o NAT pode atuar como instrumento de gestão junto às Secretarias de Saúde, Estaduais e Municipais, no sentido de identificar a maior incidência das demandas para oferecer subsídio ao planejamento das ações de saúde, com o objetivo de otimizar o atendimento prestado aos usuários.” A autora finaliza a pesquisa: “O exemplo de Araguaína ilustra o percurso histórico de um arranjo que tem sido construído e modelado ao longo dos últimos cinco anos pelos atores políticos que convivem nesse contexto. Resolutividade, caráter consultivo e pedagógico, celeridade, comprometimento, imparcialidade, organização, sustentabilidade e inovação são características que marcam o Núcleo em estudo. O modelo, passível de ser replicado para outros municípios do país, consideradas as devidas adaptações, estrutura-se a partir da oitiva do gestor pelo sistema de justiça e evidencia que a superação dos desafios cotidianos só é possível quando há o espaço institucional para o diálogo e há vontade política de todos os envolvidos.” (PINHEIRO, 2016, p. 38).

9 A Recomendação no 31/2010 do CNJ recomendou o apoio técnico aos magistrados e demais operadores do direito na formação de um juízo de valor quanto a demandas judiciais individuais envolvendo a assistência à saúde.

do consensualismo: uma teoria estrutural de diálogo (BATEUP, 2006),¹⁰ saindo da discussão sobre o conteúdo da decisão judicial,¹¹ se ativista ou não, e se concentrando em mecanismos institucionais ou políticos que permitam o diálogo entre os diferentes atores envolvidos.¹² Aqui percebemos um movimento no campo jurídico no sentido de construir uma racionalidade, uma “cultura” jurídica que substitua a binária: “A decisão consensual foge das fórmulas binárias do tipo ‘proibido *versus* permitido’, para endereçar soluções pragmáticas, cujas cláusulas de fazer e de não fazer se mostrem mais adequadas à resolução do problema que enseja a atuação administrativa.” (PALMA, 2014, p. 187)

A teoria dos diálogos institucionais pretende evitar “verdades absolutas” na solução de conflitos por intermédio da perspectiva cooperativa, dialógica. “...partindo da compreensão da complexidade e limites de sua empreitada, estas teorias buscam construir desenhos institucionais de maior interlocução, nos quais a responsabilidade pela configuração do sentido constitucional é repartida entre diversos atores, aos quais competem, solidariamente, a difícil tarefa de concretizar o texto fundamental.” (SILVA et al, 2012, p. 137)

Portanto, a “cultura da sentença” e a “cultura do litígio” são os grandes entraves para a aplicabilidade do segundo marco normativo que busca a cultura de paz – a Lei no 13.140, de 26 de junho de 2015, conhecida como Lei da Mediação. A proposta é valorizar a pessoa como ser humano

10 “Structural theories of dialogue are based in the recognition that institutional or political mechanisms exist within constitutional systems that enable political actors to respond to judicial decisions in the event of disagreement. On this more positive understanding, dialogue about constitutional meaning emerges when these mechanisms of response are engaged, enabling a dynamic process of to-and-fro to take place between judges and other constitutional actors.” (Bateup, 2006, p. 32).

11 “Diante das dificuldades encontradas para justificar o controle de constitucionalidade por diferentes correntes que afirmam que esse dispositivo deva ser utilizado, a teoria dialógica buscou enfatizar não os aspectos interpretativos que deveriam ser empregados pelos magistrados na formulação de suas decisões, mas qual a função institucional ocupada pela fiscalização constitucional. Assim, não se trata mais de (apenas) ressaltar a importância dos valores morais fundamentais resguardados pela Constituição, mas como definir as estruturas de Poder de modo que a produção de decisões não seja o resultado de ‘monólogos’.” (Clève; Lorenzetto, 2015, p. 197).

12 “O amadurecimento do Estado Democrático de Direito possui como teste sua capacidade de manter um conjunto institucional ao longo do tempo, mas, de igual sorte, fazer com que tais instituições possam ser objeto de atualizações, de mudanças estruturais que venham a adequar a tensão entre o direito e a política. Assim, ainda que a estrutura institucional da decisão judicial demande que as partes defendam seus casos com argumentações como se elas pudessem ser objeto de respostas definitivas, a busca por consensos no espaço jurídico não pode ofuscar o Judiciário para os fatos políticos que pulsam na vida social e que animam a vida em sociedade. Eis que, a discordância a respeito das decisões judiciais pode sempre reavivar controvérsias políticas e, até onde a vista alcança, as formas mais aprimoradas de resolução das tensões entre direito e política ocorrem através da dialógica institucional.” (Clève; Lorenzetto, 2015, p. 203).

e o pacto entre iguais, fomentando a cooperação, o entendimento e a justiça social: mediação de conflitos entre indivíduos particulares e também autocomposição de conflitos no contexto da Administração Pública. Trata-se da cultura do consensualismo que abordaremos a seguir.

3. CULTURA DO CONSENSUALISMO

Conforme destacamos, a cultura jurídica brasileira assimilou as características do neoconstitucionalismo, sobretudo os princípios e a ponderação, mas mantendo a cultura da sentença, especialmente nas demandas de caráter distributivo apesar da constitucionalização também poder influenciar o instrumentalismo: a dignidade constitucional do processo não autoriza a sua redução em mero instrumento do Estado.

Recentemente, a visão instrumentalista do processo vem cedendo espaço a um maior protagonismo das partes. Passa-se à visão de processo como comunidade de trabalho, sendo, neste cenário, a cooperação considerada o grande vetor a reger o papel judicial e a atitude das partes. (BRANCO, 2020, p. 55)

O novo Código de Processo Civil (CPC – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) é apontado como marco normativo nesta nova interpretação. Contudo, a “cultura da sentença” demanda tempo para ser substituída.

E a mesma polêmica que destacamos na judicialização das políticas públicas e regulatórias é retomada aqui no processo de constitucionalização do Direito Administrativo. Ao assumir o papel de norte interpretativo do ordenamento jurídico, o conteúdo constitucional vincula a administração pública, autorizando um controle jurisdicional mais intenso dos atos administrativos classificados como discricionários (OLIVEIRA, 2010).

Nessa linha, sobressai o princípio da juridicidade no lugar da legalidade: a administração não está vinculada apenas a regras previstas nas leis, mas também no próprio Direito, incluindo os princípios constitucionais.¹³

13 “A substituição da lei pela Constituição, portanto, reforça a ideia da força normativa da Constituição. A consagração da tese da força normativa dos princípios constitucionais, por vezes em conflito em uma sociedade pluralista, implica a necessidade de utilização da ponderação de interesses por parte da Administração Pública na sua atuação. Sendo a finalidade precípua da Administração a concretização da Constituição, a ponderação passa a ser uma ferramenta importante no processo de resolução de conflitos entre princípios.”(Oliveira, 2010, p. 76).

O princípio da juridicidade dá maior importância ao Direito como um todo, daí derivando a obrigação de se respeitar, inclusive, a noção de legitimidade do Direito. A atuação da Administração Pública deve nortear-se pela efetividade da Constituição e será pautada pelos parâmetros da legalidade e da legitimidade, intrínsecos ao Estado Democrático de Direito. Ao invés de simples adequação da atuação administração a uma lei específica, exige-se a compatibilidade dessa atuação com o chamado “bloco de legalidade”. (OLIVEIRA, 2010, p. 74-5)

Para a doutrina do Administrativismo consensual, o “crescente consensualismo no exercício da atividade administrativa estaria relacionado a diversos fenômenos convergentes, dentre os quais a limitação da autoridade do Estado, a crescente abertura da atividade administrativa para a participação popular, a contratualização da atuação administrativa, o fortalecimento dos vetores de eficiência e economicidade administrativas e o reconhecimento do esgotamento / insuficiência dos mecanismos tradicionais de atuação administrativa. (MARQUES NETO; CYMBALISTA, 2011, p.1)

A doutrina apresenta duas opções para a solução dos conflitos: a heterocomposição e autocomposição. A heterocomposição é quando um terceiro neutro e imparcial, não envolvido no conflito de interesses, determina quem tem razão no caso concreto. É o que acontece na decisão judicial e na arbitragem. Na autocomposição as próprias partes chegam à solução do conflito, com ou sem a participação de um terceiro (mediador ou conciliador).

A ideia da autocomposição prevista neste artigo está alinhada com a proposta norte-americana da Universidade de Harvard - Alternative Dispute Resolution (ADR) para identificar outros meios de solução de conflitos distintos do processo judicial.

Entre os particulares é uma forma mais célere, menos dispendiosa e mais eficiente para solução de controvérsias, desafogando o Judiciário, valorizando as partes, proporcionando uma oportunidade para “expor suas propostas e vão tentar chegar a um acordo para solucionar a demanda”. (SPLENGER; SPLENGER NETO, 2016, p. 23)

Conforme já abordado, a mediação visa por meio do diálogo buscar a pacificação social. Além disso, busca valorizar as partes do conflito dando a elas autonomia e responsabilizando-as pela solução do litígio para que se sintam respeitadas e aprendam a lidar com os conflitos do dia a dia. (SPLENGER; SPLENGER NETO, 2016, p. 24)

Importante destacar, entretanto, que a celebração de um acordo pode encerrar um processo judicial, mas não necessariamente o conflito. Isto porque o conflito é inerente à sociedade, faz parte do convívio social.

No contexto até aqui apresentado, o Relatório do Justiça em Números publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) demonstra a necessidade de envolvimento da Administração Pública na busca por soluções alternativas dos conflitos.

No relatório que apresenta dados do levantamento de 2020, a Justiça brasileira recebeu 25,8 milhões de novos processos, com 27,9 milhões de casos decididos e um estoque pendente de 75,4 milhões de processos. A Administração Pública é litigante contumaz (*repeat player*) nestes dados, violando o princípio da eficiência na medida em que a morosidade e alto custo dos processos envolve recursos tanto do Judiciário quanto do Executivo.

A Lei nº 13.140/2015¹⁴ prevê a possibilidade de mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e a autocomposição nos casos em que uma parte é pessoa jurídica de direito público. Na mediação há a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder de decisão, escolhido ou aceito pelas partes que as auxilia e estimula a identificar e desenvolver soluções consensuais para a controvérsia (SPLENGER; SPLENGER NETO, 2016).

A possibilidade de resolução consensuada de conflitos envolvendo a Administração Pública já é prevista em normas brasileiras, como a Lei nº 9. 469/1997 que autoriza os entes públicos a realizarem acordos ou

14 Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;

II - 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;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

§ 1º O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o caput será estabelecido em regulamento de cada ente federado.

§ 2º A submissão do conflito às câmaras de que trata o caput é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.

§ 3º Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial.

§ 4º Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no caput deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo.

§ 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

transações para terminar litígios e termos de ajustamento de conduta para prevenir ou terminar litígios, além da Lei de Arbitragem (Lei nº 13.129/ 2015) que incluiu autorização expressa à Administração Pública direta e indireta de utilizar a arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis; e a Lei nº 13.140/ 2015, que dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

De todo o exposto, pode-se inferir que a administração pública transacional, firma acordos e termos de ajustamento de conduta – esses últimos como espécie do gênero acordo e em situações com interesse público primário presente (interesses da sociedade). Em sentido amplo pode-se afirmar que essas resoluções consensuais são precedidas de uma negociação, limitada, sem dúvida, em razão das prerrogativas dos entes públicos e pela própria supremacia do interesse público. Nada impede também que as tratativas com vistas à obtenção de um acordo sejam facilitadas por um conciliador, conforme características dessa modalidade já mencionadas. (SPLENGER; SPLENGER NETO, 2016, p. 68)

A consensualidade no curso do processo administrativo flexibiliza a prerrogativa imperativa e unilateral da Administração Pública, mas ocorre muito mais em razão das exigências pragmáticas de governança no Direito Administrativo Sancionador. Esta área do Direito Administrativo ganhou maior relevância com o desenvolvimento dos marcos regulatórios e sancionatórios na esfera administrativa das agências. (OLIVEIRA; GROTTI, 2020)¹⁵

Essa perspectiva mais negocial e plurilateral adotada pela nova regulação deixou suas pegadas inclusive no exercício do poder sancionador pelos órgãos autônomos. Vista sob uma perspectiva mais instrumental, a atividade sancionatória vem se despidendo de seu caráter simbólico (a resposta necessária a um descumprimento da norma jurídica que representaria uma ameaça à própria autoridade

15 “Desde 1988, o Direito Administrativo Sancionador tem se reinventado sucessivamente ao longo do processo de constitucionalização e democratização inerente ao paradigma de Estado Democrático de Direito. Diversos fatores contribuem decisivamente para sua evolução, expansão, alteração e aperfeiçoamento no campo do direito administrativo: estudo aprofundado das infrações e sanções administrativas como atividade administrativa, análise do processo administrativo, aprofundamento do regime jurídico-administrativo sancionador na proteção de direitos e garantias fundamentais, desenvolvimento da regulação, desenvolvimento de campos específicos de potestades administrativas sancionadoras, necessidade de conformação do regime jurídico de atos sancionadores de Tribunais de Contas, expansão da improbidade administrativa, movimento internacional anticorrupção, introdução de teorias inspiradas no pragmatismo (consequencialismo e consensualismo).” (OLIVEIRA; GROTTI, 2020, p. 120-21)

regulatória) e adquirindo cada vez mais o papel único de meio para alcançar das pautas e finalidades de interesse coletivo.

Cresce então a possibilidade e a prática de se atingir a mesma finalidade por meio do abandono do processo sancionador e da aplicação de uma sanção em prol de compromissos de reparação dos danos, de alteração de comportamentos faltosos ou ainda de medidas compensatórias que tragam benefícios efetivos à coletividade.

Esses acordos substitutivos pressupõem (i) o abandono do procedimento sancionatório, entendido como o iter estabelecido pela norma jurídica de apuração da verdade com vistas à aplicação de uma sanção; (ii) o abandono da própria prerrogativa de punir em favor de providências mais efetivas para consecução do interesse público; ou ainda (iii) a renúncia parcial à aplicação de uma sanção, seja em natureza, seja ainda em volume (montante). (MARQUES NETO; CYMBALISTA, 2011, p. 3)

Os acordos substitutivos mencionados na citação se enquadram nos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC)¹⁶, que para alguns autores trata-se de espécie do gênero acordo (SPLENGER; SPLENGER NETO, 2016), precedida de uma negociação, “limitada, sem dúvida, em razão das prerrogativas dos entes públicos e pela própria supremacia do interesse público”. (SPLENGER; SPLENGER NETO, 2016, p. 68). Trata-se de uma ferramenta que tem o “objetivo de garantir a aderência dos agentes econômicos regulados aos valores e finalidades agasalhados pela regulação, nos casos em que a mera aplicação de sanção parece menos eficiente ou mais gravosa para atingir tal fim.” (MARQUES NETO; CYMBALISTA, 2011, p. 9)¹⁷.

16 “Depreende-se que os TACs são instrumentos consensuais substitutivos ou suspensivos de composição de conflitos entre a Administração e, nos casos de procedimento administrativo sancionador, os infratores, com o fim de almejar interesses públicos específicos. Três são, portanto, as características desses acordos: (I) a consensualidade, inerente de qualquer acordo; (II) a alternatividade, necessária à substituição ou suspensão; e (III) a finalidade pública, decorrente do interesse público específico.” (SADDY; GRECO, 2015, p. 171)

17 “Dessa forma, o TAC, pela via consensual, como forma de resolução de conflitos e realização do interesse público, mostra-se uma solução adequada à reversão imediata da sanção aplicada em medida benéfica para a sociedade, sendo um importante instrumento de composição de conflitos e regulação do setor, pois confere maior eficiência à coercividade estatal, de modo a possibilitar e assegurar a cessação da prática investigada com a reparação de seus efeitos lesivos, ainda que em potencial. Ademais, diminui o tempo necessário que o regulador leva para adequar a conduta à norma, aumenta a efetividade das decisões administrativas, reduz as chances de questões regulatórias serem transferidas para o Poder Judiciário e, por conseguinte, minorar os custos do enforcement e do órgão regulador em investigar práticas supostamente ilícitas.” (SADDY; GRECO, 2015, p. 200)

Diante do exposto, de uma cultura do consensualismo, analisaremos agora as dificuldades na sua efetivação. Isto porque os atores do campo jurídico ainda estão entre as duas culturas e o reconhecimento e validação da nova perpassa pelo contínuo exercício de convencimento por parte de atores que exercem o controle das políticas públicas, como Judiciário e Tribunal de Contas. A arbitragem no âmbito das agências regulatórias e as dificuldades encontradas para o reconhecimento de sua relevância demonstrarão os desafios que a consolidação da cultura do consensualismo ainda precisa vencer.

4. DESAFIOS DO CONSENSUALISMO NAS AGÊNCIAS REGULATÓRIAS

A função reguladora do Estado pode ser resumida como de controle de tarifas, fomento da competitividade, fiscalização do cumprimento do contrato de concessão, arbitramento dos conflitos etc. Para tanto, uma das características que mobiliza o investimento é um marco regulatório que diminua as incertezas em relação ao cumprimento dos contratos estabelecidos entre o Poder Público e a iniciativa privada, isto é, um ambiente institucional estável.

Nesse contexto, não é qualquer sistema judicial que serviria como um eficiente conjunto de mecanismos de freios e contrapesos no contexto da atividade regulatória. Somente um Judiciário forte e independente seria capaz de limitar o poder discricionário da administração. A força e a independência do sistema judicial dependem, por sua vez, de um bem estabelecido conjunto de regras e leis de direito administrativo e constitucional e de um legado histórico deixado por decisões judiciais em favor do respeito aos contratos, da chancela aos direitos de propriedade e da observância à tradição do Rule of Law (universalidade e imparcialidade na aplicação do direito estabelecido). (COSTA JR., 2006, p. 13)

A incerteza jurídica está presente no significativo índice de alteração de decisões administrativas durante o processo judicial (suspensão, anulação, confirmação). Quando o Judiciário modifica seu entendimento, até então prevalecente, sobre a decisão administrativa, diminui-se a previsibilidade sobre o modo de aplicação da norma regulatória, e, assim sendo, aumenta-se a incerteza jurídica. (MARANHÃO, et all, 2014)

As pesquisas conduzidas na área agregam outro elemento para a motivação da judicialização: há fortes indícios sugerindo que os interesses políticos de grupos de cada setor, combinados com características

institucionais das agências e de tribunais, influenciam quando e como as disputas regulatórias são levadas ao Judiciário (SILVA, COSTA JR, 2011; PRADO, 2016; MARANHÃO, et al, 2014). Alguns indicadores disso são: inclinação do juiz em decidir contra ou a favor da parte beneficiada pela política regulatória, como por exemplo na regulação de serviços públicos e a relação de consumo; nível de adesão dos juízes ao conteúdo da política regulatória vigente; legitimidade e a credibilidade da agência reguladora; dificuldade de compreensão sobre o papel das agências na composição de interesses públicos, privados e coletivos, reduzindo-os aos moldes do direito privado ou, então, refugiando-se em paradigmas do Direito Administrativo formalista; e falta de expertise técnica.

No contexto da judicialização das políticas regulatórias, este caminho ainda está sendo percorrido, mas, conforme analisado nos diferentes exemplos, é possível minimizar os impactos da “última decisão” por parte do Judiciário ou do Tribunal de Contas quando a autonomia do órgão regulador é minimamente respeitada – “núcleo duro intangível: a competência para disciplinar o respectivo setor da Economia, por meio da edição de regulamentos econômicos” (MOREIRA, 2014, p. 130).

As agências reguladoras brasileiras possuem um alto nível de insulamento burocrático e técnico – foram criadas para resguardar peculiaridades de cada setor, com garantias para a atração de investidores internos e externos preocupados com a segurança jurídica. Para tanto, a adoção de métodos de resolução de litígios céleres, técnicos e eficientes é indispensável para o equilíbrio dos partícipes dos setores. O Poder Judiciário, imerso em demandas, não consegue oferecer a prestação jurisdicional em tempo adequado, inclusive diante dos setores dinâmicos da economia envolvidos. (GUERRA, 2019)

Nesta linha de raciocínio, várias disposições legais e infralegais concedem a possibilidade das agências reguladoras dirimirem as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes, agentes e consumidores.¹⁸ Em alguns textos há a previsão

18 Alguns exemplos: ANATEL e Lei nº 9.472/1997 cujo art. 19, XVII dispõe que a ANATEL detém competência para “compor administrativamente conflitos de interesse entre as prestadoras de serviço de telecomunicações”. A Lei nº 9.478/1997 estabelece que “o regimento interno da ANP disporá sobre os procedimentos a serem adotados para solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e arbitramento” (art 20). A Lei nº 9.427/1996 estabelece que a ANEEL tem competência para “dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre as concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores” (art 3º V).

explícita do arbitramento como forma de resolução de litígios complexos e com repercussões econômicas relevantes.

Apesar de algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a utilização da Arbitragem envolvendo a Administração Pública, a “capacidade técnica dos árbitros, consensualidade de sua instituição, celeridade e informalidade no seu procedimento são algumas das principais características, e que podem resultar em uma decisão mais célere e adequada para a evolução dos setores da economia”. (GUERRA, 2019, p. 80)¹⁹

Contudo, subsistem controvérsias sobre a consensualidade e os princípios da Administração Pública. Nos itens elencados abaixo, é possível perceber a dicotomia entre premissas teóricas sobre o papel regulador e a consensualidade no âmbito do Direito Administrativo. Isto porque uma corrente pressupõe que as transformações na regulação correspondem “à perda gradual do caráter de precedência e de supremacia estatal nas relações sociais, em favor de uma postura mais negociada e mais mediadora em relação aos administrados”. (MARQUES NETO; CYMBALISTA, 2011, p. 1)²⁰

a) Princípio da Isonomia: “Nas controvérsias entre particular e pessoa jurídica da direito público, dentro do processo administrativo, não há isonomia entre as partes, considerando as prerrogativas do ente público”. (SPLENGER; SPLENGER NETO, 2016, p. 69). Portanto, a melhor estratégia é a conciliação.

19 Não obstante a autonomia da vontade seja de um dos principais valores em torno dos quais se concebe a arbitragem contemporânea, sua abordagem em relação ao Poder Público, merece uma especial consideração. Em primeiro lugar, por não ser esta uma característica da maneira pela qual a Administração age, pois não é a autonomia da vontade que movimenta a Administração. Ao contrário, os impulsos que movem a administração pública são, como geralmente se aponta, o interesse público e a legalidade.

Por outro lado, o contrato administrativo não é um ato de plena autonomia da vontade sob a ótica do contratante particular. O vínculo contratual, no caso, estabelece-se por meio de um procedimento formal – a licitação – em bases competitivas. Em tal procedimento, a autonomia da vontade do particular, mostra-se presente apenas em seu interesse em participar, ou não, da licitação destinada à formação de determinado contrato. Não lhe é dado, no entanto, negociar as cláusulas contratuais, estabelecidas nos termos de um edital previamente divulgado.

Sendo assim, o estabelecimento da convenção de arbitragem no âmbito dos contratos administrativos deve conciliar as premissas desse meio de solução de controvérsias com os condicionantes próprios da administração pública, respeitando-se a alguns condicionamentos próprios do direito público na configuração do procedimento arbitral. (SALLES, 2021, p. 269)

20 “Esse crescente consensualismo no exercício da atividade administrativa estaria relacionado a diversos fenômenos convergentes, dentre os quais a limitação da autoridade do Estado, a crescente abertura da atividade administrativa para a participação popular, a contratualização da atuação administrativa, o fortalecimento dos vetores de eficiência e economicidade administrativas e o reconhecimento do esgotamento / insuficiência dos mecanismos tradicionais de atuação administrativa.”(MARQUES NETO; CYMBALISTA, 2011, p. 1)

O caput do art. 33, ao contrário do seu antecessor e da lógica estabelecida no artigo 1, autoriza a utilização da estratégia de mediação antes da criação das “câmaras de mediação”. Conforme demonstrado nos comentários ao artigo anterior, os conflitos envolvendo a administração pública possuem contornos próprios que impossibilitam o uso da mediação nos exatos moldes da Subseção I, da Seção III, do Capítulo I da Lei. O texto do artigo, portanto, ao usar a expressão “mediação” em vez de “autocomposição”, acabou por colidir com toda a teleologia apresentada no artigo anterior. Se não bastasse essas inconformidades, identifica-se, novamente, um descuido do legislador: o artigo 32 disciplina a criação de “câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos” e não de “câmaras de mediação”, como constou no artigo 33. (SPLENGER; SPLENGER NETO, 2016, p. 72)

b) A indisponibilidade do interesse público: o art. 3 da Lei determina que “Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”. Alguns alegam que o interesse público é indisponível e por isso não seria possível a mediação.

Contudo, a teoria da supremacia do interesse público tem sido revisitada diante dos novos paradigmas do Direito Administrativo²¹. Portanto, a questão da autocomposição na esfera da Administração Pública não está na indisponibilidade do direito, mas sim em identificar quando de fato há interesse público em jogo.

De modo geral, em relação aos conflitos que envolvam direitos indisponíveis, a liberdade das partes para escolher os termos do acordo deve-se limitar os parâmetros legais, sendo que tais balizas não retiram toda autonomia das partes. Isso porque o ordenamento jurídico, em regra, não esgota as diferentes possibilidades de garantia ou exercício do direito, viabilizando que convencie a melhor para cumprir os ditames legais. (ITSO, 2019, p. 62)

c) Sobre a arbitragem especificamente, a polêmica sobre a arbitrabilidade subjetiva e objetiva ainda persiste mas tem gradativamente sido solucionada. Sobre a arbitrabilidade subjetiva, que é a capacidade das partes submeterem seu litígio à arbitragem, a evolução legislativa não deixa dúvidas sobre a possibilidade das agências reguladoras firmarem

21 Binenbojm (2005) resume bem a necessidade de revisão do paradigma: “se o interesse público, por ser um conceito jurídico determinado, só é aferível após juízos de ponderação entre direitos individuais e metas ou interesses coletivos, feitos à luz de circunstâncias concretas, qual o sentido em falar-se num princípio jurídico que apenas afirme que, no final, ao cabo do processo ponderativo, se chegará a uma solução (isso é, ao interesse público concreto) que sempre prevalecerá?” (p. 30)

convenções arbitrais. No âmbito da arbitrabilidade objetiva há a necessidade de uma análise mais apurada do caso concreto, isto porque a questão reside na viabilidade jurídica da matéria em litígio ser submetida à arbitragem. Aqui registramos trecho da reflexão feita por GUERRA (2019):

Nesse contexto, as sanções que não podem ser questionadas pela via arbitral são aquelas relacionadas a verdadeiras infrações administrativas (e não meramente contratuais ou provenientes da relação contratual). De fato, nessas hipóteses, uma vez verificado o descumprimento da obrigação prevista em lei, caberá somente à agência reguladora apurar o fato, punindo o infrator, caso assim seja definido após a regular tramitação de procedimento administrativo.

Considerando que, nesse caso, há pleno exercício do poder de polícia pelo órgão regulador, não pode o tribunal arbitral substituir a agência reguladora para decidir sobre a sanção. De todo modo, faculta-se ao regulado discutir, no âmbito do poder judiciário, a legalidade da punição aplicada com base no do poder fiscalizatório das agências reguladoras. A inarbitrabilidade da matéria decorre, portanto, da impossibilidade de eventual sentença arbitral afastar, rever ou impor sanção administrativa prevista em lei, uma vez que se cuida de atribuição exclusiva das agências reguladoras, cuja revisão é facultada exclusivamente ao judiciário. (p. 88-90)

Apesar da controvérsia, inclusive com alguns precedentes do TCU no âmbito das agências reguladoras²², a maioria doutrinária e jurisprudencial

22 O Acórdão no 2.145/2013 que trata de pedido de reexame de decisão que proibiu a utilização arbitral pela empresa estatal Petrobrás afirma que: "(...) Veja-se que o custo das contratações não pode ser considerado baixo se há descumprimento do ordenamento jurídico, na verdade o custo real é o dito 'elevado' e não o minorado em face de desvios legais 29. Dessa forma, como os argumentos ora trazidos aos autos não são suficientes para modificar o encaminhamento anterior proferido, a decisão recorrida deve ser mantida em seus exatos termos." Sobre o caso, FONTOURA (2014) afirma que: "A cláusula arbitral questionada possuía a seguinte redação: '35.1.1 As Partes obrigam-se a resolver por meio de arbitragem toda e qualquer controvérsia e/ou disputa entre as Partes oriunda ou relacionada ao Contrato e/ou a quaisquer contratos, documentos, anexos ou acordos a ele relacionados.' Como se vê, não especificava previamente o que seria arbitrável em concreto, no entanto, o TCU decidiu analisar "se a resolução de controvérsias é passível de delegação a colegiados autônomos, como ora esboçado na Minuta do Contrato, em seu item 35.1.5 e 35.1.8", culminando na decisão de que todas as questões relativas ao equilíbrio econômico-financeiro não poderiam ser arbitradas, apresentando como se verá justificativas particulares para uma decisão generalista. Existe uma gama de possibilidades de discussão acerca do equilíbrio econômico de um contrato de concessão, que pode ser definido como "a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste". A despeito disso, a corte de contas elencou o ato de fixação de tarifas de serviços públicos como o exemplo de que todas as questões financeiras estavam fora do âmbito arbitral, embasando sua decisão em um único entendimento doutrinário, sem amparo de julgados das Cortes Superiores ou maiores considerações."(p. 474-5)

é favorável à arbitragem, desde que observado o caráter patrimonial e disponível do direito em litígio.²³

d) A substituição da função sancionatória das Agências Reguladoras: “A função sancionatória é a prerrogativa atribuída à Agência de aplicar sanções diante do descumprimento dos preceitos decorrentes da vertente normativa da própria função regulatória.” (MARQUES NETO; CYMBALISTA, 2011, p. 11). Contudo, não é um fim em si, mas um dos meios para evitar o descumprimento de uma obrigação jurídica. A controvérsia reside na horizontalidade na relação negocial entre Administração Pública e administrado, mas a possibilidade de aplicação unilateral de sanções administrativas persiste. Entretanto, órgãos de controle, TCU e Judiciário, divergem sobre o “caminho da negociação” em detrimento do “percurso da imposição” (OLIVEIRA, 2010, p. 81).²⁴

O juízo de proporcionalidade que envolve a atuação estatal punitiva deve ser entendido de maneira ampla suficiente para que compreenda, também, o sopesamento das medidas passíveis de serem adotadas pelo órgão regulador com vistas a atingir suas metas (ou o interesse público a ser tutelado).

Eis porque o abandono da aplicação da sanção deve ser necessariamente precedido do sopesamento das diversas alternativas colocadas à disposição do regulador para executar plenamente suas competências regulatórias, das quais a sancionatória não é senão uma das facetas. (MARQUES NETO; CYMBALISTA, 2011, p. 11)

23 “No julgamento do TC 003.499/2011-1, de relatoria do Conselheiro Raimundo Carreiro, igualmente negou a possibilidade da arbitragem, mas em questão de equilíbrio econômico-financeiro em um contrato administrativo. No voto, o relator apontou que entendia possível a arbitragem para no caso de rescisão contratual ser verificado o valor de indenização que a Administração teria que pagar para a empresa contratada. Mas com relação ao equilíbrio do contrato, tal já não seria possível, pois tratar-se-ia de direito indisponível. Data venia, não há justificativa legal, jurídica ou mesmo lógica para tal distinção. Em 2012, houve outro posicionamento no Acórdão 157/2012, relativo ao acompanhamento do 2o estágio de concessão dos Aeroportos Internacionais de Guarulhos, Campinas e Brasília, no qual o TCU acolheu a previsão de cláusula arbitral, desde que incida sobre direitos patrimoniais disponíveis, o que inclui o restabelecimento de equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Assim, não parece ainda possível reputar consolidada uma determinada orientação sobre o tema no âmbito do TCU.” (TONIN, 2016, p. 173)

24 “Com isso, a verticalização entre a Administração Pública e o particular nas relações contratualizadas é – em algumas hipóteses – fortemente atenuada ou mesmo afastada... Por via reflexa, vem surgindo um novo direito administrativo, mais participativo, fruto da gradual compatibilização da lógica da imposição e da unilateralidade com a lógica da negociação e da multilateralidade.” (OLIVEIRA, 2010, p. 81, grifos no original)

Portanto, o momento é de análise das possibilidades que busquem segurança jurídica mas também eficiência administrativa.

Como visto acima, as agências reguladoras podem valer-se do método arbitral para resolver seus litígios. Contudo, cuida-se de campo ainda pouco explorado pela doutrina, do que resulta certa insegurança jurídica aos partícipes do setor. Outro fato de insegurança é a multiplicidade de funções exercidas pelas agências reguladoras, que levam a diversos questionamentos a respeito das matérias passíveis de serem submetidas ao procedimento arbitral.

Nesse contexto, a criação de critérios mínimos para utilização da arbitragem nos contratos envolvendo as agências reguladoras – como aqueles aqui sugeridos – certamente contribuirá para o desenvolvimento desse sistema célere, eficaz e técnico como método de solução de litígios junto ao setor regulado, trazendo maior segurança jurídica aos seus partícipes. (GUERRA, 2019, p. 92)

Diante dos elementos expostos, é possível perceber que gradativamente a cultura do consensualismo está se consolidando a partir dos novos paradigmas do Direito Administrativo incorporados por intermédio do neoconstitucionalismo.

Nos termos do que aconteceu na judicialização das políticas públicas e regulatórias, a cultura jurídica e os atores do campo jurídico perceberam a necessidade de revisitar o papel do Direito na relação com políticas públicas e regulatórias. No lugar da “lógica da autoridade” o eixo do Direito Administrativo passa a ser orientado pela “lógica do consenso”(OLIVEIRA, 2010, p. 109)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar das controvérsias sobre a efetivação da Lei da Mediação e características inerentes às relações jurídicas no Direito Administrativo, as possibilidades de solução adequadas para os conflitos com a Administração Pública são incentivadas, inclusive no âmbito de Estados e Municípios, com a celebração de convênio e instalação de Câmaras especializadas. Estas boas práticas representam os exemplos que apresentamos dos diálogos institucionais, mas ainda precisam de maior empenho, inclusive legislativo pois muitas não estão reguladas.²⁵

²⁵ “Apesar do consenso em relação aos benefícios da autocomposição no âmbito da Administração Pública e as inovações legislativas na tentativa de implementar a nova política de tratamento adequado de conflitos também no setor público, os textos legais não avançaram, em especial a Lei no 13.140/2015.” (ITSO, 2019, p.56)

Isto não significa que a consensualidade não tenha impactos ou desafios a serem superados porque impõe o ônus argumentativo para a autoridade administrativa – a motivação deverá ser suficiente e idônea para explicitar que os ganhos advindos da consensualidade superam os resultados de uma atuação sancionatória tradicional, unilateral e impositiva.

Assim, criar critérios mínimos perpassa pela consolidação de uma linha de pesquisa que “se volte à análise concreta da consensualidade no direito administrativo brasileiro, de modo que suas nuances, utilidade prática, potencialidade e seu ponto de atenção possam ser apreendidos por meio dos casos concretos em que tenham sido aplicados.” (PALMA, 2014, p. 239).

O presente artigo demonstrou, por intermédio de uma análise sociojurídica, que a cultura jurídica ainda não está consolidada sobre o consensualismo. A ênfase na solução dos conflitos pela via judicial ainda está impregnada nas práticas sociais, e o diálogo é mais conhecido a partir de boas práticas ou exemplos específicos, vários apontados no decorrer do trabalho.

Considerando a análise sociojurídica sobre a cultura de atores e instituições do campo jurídico é possível perceber o quanto a reprodução de práticas atreladas ao positivismo jurídico ainda permanecem e dificultam inovações na relação entre Direito e Políticas Públicas, especialmente quanto ao consensualismo.

REFERÊNCIAS

BOURDIEU, Pierre. *Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989.

BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos*. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 de janeiro de 2022.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2015.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2015.

BRASIL. Lei nº 9. 469, de 10 de julho de 1997. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1997.

BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2015.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em Números 2021*. Brasília: CNJ, 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação n. 31*, de 31 de março de 2010.

Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

FONTOURA, Carolina Leite Amaral. As decisões sobre o uso da arbitragem pelo Estado, proferidas pelo Tribunal de Contas da União, sob a perspectiva institucional. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2014, v.6, n. 11, jul.-dez. p. 459-485.

GUERRA, Luis Roberto Sigaud Cordeiro. As agências reguladoras e a arbitragem: uma alternativa às divergências setoriais. São Paulo, *RDDA*, v. 6, n. 2, p. 71-94, 2019.

ITSO, Landigione. *Conciliação Judicial no Âmbito da Administração Pública*: estudo de caso sobre os obstáculos à autocomposição judicial na 2ª Vara da Fazenda Pública de Joinville nas demandas envolvendo o Município de Joinville (Santa Catarina), no período de maio/2017 a abril/2019. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2019.

JACOMINI, Alessandro; FERRI, Carlos Alberto. Políticas Públicas como incentivo à solução de conflitos. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*. Belo Horizonte. N. 42, p. 353-365, set/dez 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-22.pdf>>. Acesso em: jan 2022.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Através do espelho: ensaios de sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim de; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública*. São Paulo: USP, 2011. Relatório da pesquisa. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/140/1/Universidade%20de%20S%20c3%a3o%20Paulo%20-%20USP.pdf> Acesso em: 5 de agosto de 2021.

MARQUES NETO; Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 27, agosto/setembro/outubro, 2011. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-FLORIANO-AZEVEDO-TATIANA-MATIELLO.pdf>>. Acesso em janeiro 2022.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito Administrativo Democrático*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. *Int. Públ.*, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Acordos substitutivos dão mais eficácia ao direito da concorrência? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org) *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 186-239.

PRADO, Mariana Mota (org) *O Judiciário e o Estado Regulador brasileiro*. São Paulo; FVG, 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17700/O-judiciario-e-o-estado-regulador.pdf> Acesso em: 5 de agosto de 2021

ROMERO, Luiz Carlos. Judicialização das políticas de assistência farmacêutica: o caso do Distrito Federal. *Textos para discussão 41*. Brasília, Interlegis, maio/2008.

SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo. Termo de Ajustamento de Conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 52, n. 206, p. 165-203, abr./jun. 2015

SALLES, Carlos Alberto de *et al* (coord). *Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem*: curso de métodos adequados de solução de controvérsias 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SILVA, Cecília de Almeida *et al.* *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, R. S; COSTA JR, A.P.S.. Judiciário e política regulatória: instituições e preferências sob a ótica dos custos de transação. *Revista de Economia Política*, v. 31, n. 4, p. 659-679, out/dez 2011.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (org). *Mediação, conciliação e arbitragem: artigo por artigo*. Rio de Janeiro: FGV, 2016.

SPENGLER, Fabiana Marion (org.) *As múltiplas portas do conflito e as políticas públicas para o seu tratamento*. Curitiba: Multideia, 2016.

TONIN, Maurício Moraes. Solução de controvérsias e Poder Público: negociação e arbitragem. Tese apresentada Universidade de São Paulo. *Programa de Doutorado em Direito*. São Paulo, 2016.

VILLEGAS, Maurício García. *Sociología y crítica del derecho*. México: Fontamara, 2010.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: MORAES, M.Z.; YARSHELL, F.L. (coord). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPI Ed., 2005, [s.n.]

RECEBIDO EM: 13/03/2022

APROVADO EM: 24/05/2022

LIBERDADE DE EXPRESSÃO VERSUS RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES NO MARCO CIVIL DA INTERNET

*FREEDOM OF SPEECH VERSUS PROVIDER'S CIVIL
LIABILITY IN BRAZILIAN INTERNET'S FRAMEWORK*

Juliana de Oliveira Jota Dantas

*Doutora em Direito Público pelo PPGD/UFPE e Professora Adjunta da FDA/
UFAL nos cursos de Graduação e de Mestrado do PPGD/UFAL.*

Leonardo Lima Mota Neto

*Mestrando do Programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade
Federal de Alagoas (PPGD/UFAL).*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Considerações sobre liberdades e a regulamentação da internet no Brasil. 2. O controverso artigo 19 do Marco Civil da Internet e o tratamento conferido à Liberdade

de expressão. 3. Perigo de danos decorrentes da colisão entre liberdade de expressão e outros direitos fundamentais. 4. A responsabilidade civil no contexto dos provedores de internet. 5. Desdobramentos da escolha político-legislativa pela liberdade de expressão no Marco Civil da Internet. 6. Críticas à exigência legal de ordem judicial para fins de responsabilização. 7. Controvérsia quanto a compatibilidade entre o art. 19 do Marco Civil da Internet e a Constituição Federal. 8. Caminhos estrangeiros de responsabilização dos provedores; 9. O Marco Civil da Internet e o retrocesso na proteção do indivíduo. Conclusão. Referências.

RESUMO: Com a Lei 12.965/2014, o Marco Civil da Internet no Brasil e as mudanças que proporcionou, com destaque ao art.19, ao regulamentar a responsabilidade civil dos provedores de internet e na escolha prioritária pela liberdade de expressão, surgem consequências quanto à proteção de outros direitos fundamentais presentes nas relações digitais, que podem ser violados nas redes virtuais por conteúdo danoso. A ameaça de lesão fruto da opção legislativa não aparenta encontrar respaldo constitucional nas correntes doutrinárias diante dos prejuízos ocasionados aos usuários, parte mais vulnerável da relação virtual. Através de pesquisa documental, baseada na análise da doutrina, experiências judiciais e utilizando-se do método dedutivo, busca-se oferecer contributo para a reflexão e compreensão da problemática jurídica de grande impacto nos tempos atuais.

PALAVRAS-CHAVE: Marco Civil da Internet. Liberdade de Expressão. Responsabilidade Civil. Provedores de Internet. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: The Act n. 12.965/2014, known as the The Internet's Bill of Rights or Civil Framework in Brazil, and the profound changes brought through its article 19 and the way in which Internet providers' civil liability takes place, with a special focus on the priority choice of freedom of expression, there are important consequences and impacts in regard the protection of other fundamental rights that are also guaranteed to victims of harmful content on virtual networks. Doctrine studies point that this injury's threat is not allowed by the Constitution as well as the losses for users who are the most vulnerable part of this relationship. Throughout a documental research, based on doctrine and judicial experiences using the deductive method, the study aims

to contribute to the comprehension of a legal problem that challenges the nowadays times.

KEYWORDS: Brazilian Internet's Framework. Freedom of Speech. Civil Liability. Internet Providers. Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca debater a ameaça de violação de direitos fundamentais em razão da escolha prioritária da liberdade de expressão no tocante à responsabilidade civil dos provedores de internet e das mudanças legislativas e jurisprudenciais que vem ocorrendo nesse âmbito. Inicialmente, aponta-se a relação conflituosa entre uma maior regulação da internet no Brasil e a posição de maior liberdade no seu uso, conduzindo a publicação do Marco Civil da Internet - lei que procurou regulamentar as relações jurídicas em âmbito virtual ao mesmo tempo em que disciplinou a proteção ao exercício da liberdade de expressão, com destaque à previsão oferecida por seu artigo 19.

Será analisada a escolha do legislador infraconstitucional pela Liberdade de expressão no âmbito das relações virtuais e seus possíveis impactos na esfera de proteção de direitos fundamentais igualmente tutelados, com potencial de lesão às vítimas de conteúdos danosos compartilhados na internet por terceiros no domínio dos provedores de internet. Inobstante a primazia pela liberdade de expressão envolver a cautela e precaução contra a censura – celeuma na recente memória histórica da sociedade brasileira - questiona-se a sua elevação e hierarquia perante valores igualmente consagrados no seio constitucional.

No contexto do número crescente de casos envolvendo danos ocasionados por conteúdos disponibilizados na rede virtual e da gravidade provocada por essas ofensas à honra e à imagem, com a problemática relacionada à responsabilidade civil para reparação desses prejuízos que envolvem informações disponibilizadas em sites e redes sociais que permitem a seus usuários produzir e compartilhar conteúdo, bem como sob influência direta do escândalo que revelou a espionagem realizada pelo governo americano de dados de empresas brasileiras e até da presidente do Brasil à época, nasceu a lei nº 12.965/14 com a pretensão de ser o Marco Regulatório Civil da Internet Brasileira, em vigor desde 23 de junho de 2014.

Mais conhecido como Marco Civil da Internet, procurou estabelecer princípios e garantias que tornam a internet livre e democrática, com o estabelecimento de direitos e deveres, sustentando-se por pilares como neutralidade, privacidade e liberdade de expressão. Emergiu do contexto de urgência e pressão política, com a participação popular mediante consulta pública e o *lobby* promovido pelas grandes empresas que representam os provedores de internet. Apesar de estar em vigor há sete anos, a lei nº 12.965/14 ainda causa controvérsias e discussões doutrinárias, principalmente no que tange a posição privilegiada que confere a liberdade de expressão em detrimento de outros direitos fundamentais.

Especial atenção deve ser devotada à opção legislativa no tratamento à liberdade de expressão em conteúdos veiculados nas redes, mitigando-se a responsabilidade da plataforma digital em que o material pode ser armazenado, publicado ou compartilhado, sem restrições ou condições específicas, notadamente quando em xeque direitos fundamentais de indivíduos, sujeitos à lesão ou ameaça por conduta de usuário. O texto normativo carece da análise cautelosa seu alcance e significado, contraposto ao parâmetro de constitucionalidade, de interpretação sistemática do ordenamento jurídico e de adequação da lei aos preceitos supralegis de proteção e efetivação dos direitos fundamentais.

No cunho da pesquisa doutrinária e documental, por meio do método dedutivo e análise qualitativa dos contributos doutrinários, jurisprudenciais e normativos, busca-se oferecer reflexão e contributo para compreensão da problemática jurídica de grande relevância na atualidade, auxiliando estudiosos, intérpretes e aplicadores do direito a compreender as nuances da liberdade de expressão no marco normativo de regulamentação da internet no Brasil, especialmente nos desdobramentos relativos à responsabilidade civil dos provedores.

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE LIBERDADES E A REGULAÇÃO DA INTERNET NO BRASIL

Para compreender o contexto e o tratamento oferecido pelo Marco Civil da Internet à liberdade de expressão, convém lembrar a sempre salutar distinção entre o princípio da liberdade e o direito de liberdade, já que o princípio não possui divisão, enquanto que o direito se faz presente através dos mais diversos tipos especiais de liberdade, como a liberdade

de pensamento, liberdade de religião/credo, liberdade de ir e vir, liberdade de expressão, dentre outros (SILVA, 2016, p. 99-111).

Da mesma forma, observar as diversas formas de manifestação e exercícios das liberdades, tradicionalmente exercidas via abstenção do Estado, da sociedade e/ou de terceiros nos espaços de autonomia da vontade ao que se convencionou atribuir à liberdade em seu sentido negativo, que estaria ligado à não intervenção de agentes externos, no âmbito das liberdades e direitos individuais, sendo a faculdade de agir sem impedimento ou de se omitir quando não existir constrangimento. Já a liberdade positiva associar-se-ia à possibilidade e à capacidade para desenvolver potencialidades e para controlar e determinar as próprias ações e destino, num movimento de promoção da autorrealização, representando a autonomia para deliberar e autogovernar-se que podem e devem ser fomentadas e promovidas, por exemplo, pelo ente estatal em suas mais variadas esferas (CHAMBERLAIN, 2005).

Outro aspecto importante é a diferenciação entre regulação e regulamentação no direito brasileiro, compreendendo-se a regulação no âmbito jurídico como “conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público”, traduzindo a intervenção do Estado nas atividades econômicas, enquanto que por regulamentação, extrai-se o exercício do poder regulamentar, ato privativo do chefe do Poder Executivo, que se destina a complementar a lei para que se torne mais operativa e funcional sem provocar inovação no ordenamento jurídico (DI PIETRO, 2003, p. 30). Destarte, o termo regulação faz referência a regras estatais que recaem sobre a atividade econômica para o resguardo do interesse público, ao passo em a regulamentação é direcionada a ato normativo específico que confere à determinada lei maior clareza e efetividade.

As acepções das liberdades estão diretamente relacionadas com a regulação da internet pelo Estado, com a consequente responsabilidade civil de provedores de internet e com a tensão provocada por correntes antagônicas que se contrapõem na regulação: de um lado, liberais que entendem pela não necessidade de regulação da internet e de outro lado os que clamam pela regulação e definição formal dos contornos jurídicos das relações virtuais, conhecidos como conservadores. No centro do intenso debate encontra-se o nível de proteção dada à liberdade pelo ordenamento jurídico brasileiro que difere, por exemplo, da posição preferencial da liberdade no Direito estadunidense que coloca o princípio da liberdade

à frente dos demais princípios e valores, numa posição de superioridade (QUINELATO DE QUEIROZ, 2019).

2. O CONTROVERSO ARTIGO 19 DO MARCO CIVIL DA INTERNET E O TRATAMENTO CONFERIDO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Prevalecendo a demanda por maior regulamentação da internet no Brasil, emergiu a Lei 12.965/2014, conhecida como o Marco Civil da Internet, oferecendo ao legislador infraconstitucional a oportunidade de disciplinar matérias até então sujeitas à discricionariedade judicial e ao espaço de debate doutrinário. Optou-se por romper com paradigmas já construídos jurisprudencialmente, como exemplifica o tratamento conferido à responsabilidade civil dos provedores descrita no art. 19 - “a responsabilidade civil do provedor de internet consubstancia responsabilidade por dano decorrente de descumprimento de ordem judicial” - em contraponto ao entendimento de anos anteriores em voga no Superior Tribunal de Justiça brasileiro que se contentava com a responsabilização civil do provedor diante da inércia após notificação extrajudicial (SOUZA, 2019, p. 01-28).

A aparente escolha prioritária da legislação pela liberdade de expressão pode ser deferida pela previsão expressa no art. 19 do Marco Civil da Internet, a ditar que “Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura”, o provedor de somente estará sujeito à responsabilização face a danos decorrentes de conteúdo gerado em sua plataforma se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para “no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário”. Acrescenta, ainda, que a referida decisão judicial deve trazer a identificação específica e objetiva do conteúdo tido como lesivo, a fim de que se localize o material a ser removido (BRASIL. Lei nº. 12.965, 2014).

Em virtude das opções do legislador na redação do Marco Civil da Internet, com especial destaque para as várias menções feitas ao direito à liberdade de expressão, intérpretes apontam que o texto legal colocou a liberdade de expressão em posição preferencial frente a demais direitos. Contudo, inobstante a valorização da liberdade de expressão, conforme expresso no caput do art. 19 e em outras partes da norma, deve o intérprete atribuir à liberdade de expressão limites, afastando-se da concepção de uma garantia absoluta que a coloque numa posição de imunidade ou ausência de qualquer limite, não sendo possível também que se estabeleça uma

espécie de hierarquia prévia entre as normas constitucionais (BODIN DE MORAES, 2017, p. 108-146).

Apesar de ser uma aparente escolha política do legislador no Marco Civil da Internet, não deve prosperar a concepção de uma supremacia ao preceito da liberdade sobre demais valores, por inexistir hierarquia entre direitos fundamentais ou princípios constitucionais no texto constitucional de modo a privilegiar o princípio da liberdade em detrimento de outros princípios como o da dignidade da pessoa humana (QUINELATO DE QUEIROZ, 2019).

Autores como Luís Roberto Barroso defendem a posição preferencial da liberdade de expressão em tese (embora não de superioridade) no sistema em relação aos direitos individualmente considerados, alegando que a liberdade é pré-condição para o exercício de outros direitos, ainda que seja hierarquicamente similar aos demais direitos fundamentais; originariamente, o entendimento encontra guarida na Suprema Corte americana e também tem sido reconhecido pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol e pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, no sentido de que a proibição prévia de publicações deve ser medida excepcional, só sendo aplicada aos casos raros em que não seja possível a composição posterior do dano eventualmente causado aos direitos da personalidade. Para essa corrente, a opção pela composição posterior tem a vantagem de não sacrificar totalmente nenhum dos valores envolvidos. Todavia, Barroso ressalta que independentemente da tese que ele e outros autores defendem, é evidente que a liberdade de expressão não é um direito absoluto, sendo limitada pela própria Constituição em seus direitos da personalidade, como a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem (arts. 5º, X e 220, §1º), a segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XIII) e a proteção da infância e da adolescência (art. 21, XVI) (BARROSO, 2004).

Assim como ocorre com os demais direitos fundamentais, a liberdade de expressão não pode possuir um caráter absoluto e em determinados casos concretos é possível submetê-la a limitações, sem que se sacrifique, no entanto, o núcleo ontológico deste direito. Tais restrições são justificadas, no contexto do caso concreto, porque o exercício da liberdade de expressão não pode se dar em prejuízo de preceitos constitucionais como a dignidade humana ou o regime democrático, cabendo à jurisdição constitucional o papel de estabelecer o sentido e alcance destes preceitos e de sua relação com os demais valores tutelados constitucionalmente, pois como a Constituição confere alto valor à liberdade de expressão, qualquer limitação a liberdade de expressão deve encontrar como fundamento o próprio texto constitucional (CAVALCANTE SEGUNDO, 2015).

3. PERIGO DE DANOS DECORRENTES DA COLISÃO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apesar da importância da liberdade de expressão para uma internet livre e sem censura, na realidade do mundo virtual em que se tem o fácil acesso a dados e conteúdos protegidos pela privacidade, deve-se resguardar, igualmente, violações aos direitos da personalidade, à honra, ao nome e à imagem da pessoa humana. Verifica-se que as diversas oportunidades que as redes sociais virtuais oferecem aos seus usuários, atreladas à extrema facilidade para a criação de contas pessoais, grupos e postagens, acabam contribuindo para a usurpação e a exposição injustificada de direitos de terceiros. Perfis falsos, descrições difamatórias e a exibição não consensual de imagens e informações íntimas são exemplos de utilização desses canais de comunicação que geram graves danos à pessoa humana (BODIN DE MORAES; TEFFÉ, 2017, p. 108-146).

O conteúdo danoso compartilhado por terceiros nos domínios dos provedores de internet muitas vezes representa uma ameaça à dignidade e às garantias individuais dos usuários. Por isso é equivocada e não se justifica a narrativa de que o direito nada pode fazer em relação às opiniões que as pessoas exprimem e às mensagens que transmitem nas redes, cabendo ao Estado promover a segurança coletiva que permita a cada indivíduo levar sua vida sem o medo de ser ofendido, discriminado ou hostilizado (ASSAF, 2018).

Nesse cenário e diante da possibilidade de colisão entre a liberdade de expressão - que tutela o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor e manifestações do pensamento em geral - e os direitos da personalidade, tidos como emanção da dignidade da pessoa humana que também tem no Brasil *status* constitucional, materializando-se nos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (BARROSO, 2004), o marco normativo buscou equilibrar os interesses em conflito com a previsão da intervenção judicial como intermédio legitimador do controle à liberdade, repudiando-se a censura como meio de repressão *a priori* de conteúdos e opiniões.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO CONTEXTO DOS PROVEDORES DE INTERNET

A previsão contida no art. 19 do Marco Civil da Internet exige interpretação cautelosa quanto ao seu sentido e alcance, ciente de que no processo hermenêutico deve observar as formalidades sem esquecer-se dos fins a que se destina, afastando-se da pretensão de uma única resposta

correta, porém, compromissado a buscar o equilíbrio entre os múltiplos interesses operados pela norma (FREITAS, 2005, pp. 317-356).

Anteriormente ao advento do Marco Civil da Internet, eram os conceitos trazidos por Marcel Leonardi que preponderavam, sendo eles citados até hoje por muitos doutrinadores e até mesmo no senso comum do dia a dia das pessoas. Esse autor entende que o provedor de serviços de internet é uma empresa prestadora de serviços relacionados a forma como funcionam as redes e que pode existir muita confusão entre os diversos conceitos de provedores existentes. Dessa forma, ele classificou os chamados provedores de serviços de internet em provedor de *backbone*, provedor de acesso, provedor de correio eletrônico, provedor de hospedagem e provedor de conteúdo (LEONARDI, 2005).

O chamado provedor de *backbone* possibilita a interligação e o tráfego de informações no mundo virtual por meio da capacidade de manuseio de grande fluxo de dados em velocidade quase que instantânea, já o provedor de acesso é aquele que permite, como se fosse uma porta, que o indivíduo adentre a rede virtual por meio de seu computador pessoal. O outro tipo de provedor, chamado de correio eletrônico, é popularmente conhecido como *e-mail* e permite que todo tipo de mensagem (como texto, imagem e som) seja transmitida (envio e recebimento) e permaneça armazenada na rede ou no equipamento que permite o acesso ao *e-mail*. O provedor de hospedagem, por sua vez, permite o armazenamento e o acesso de terceiros a informações, arquivos e dados, sendo conhecidos, por exemplo, como *sites*, *blogs* e redes sociais. Por fim, o provedor de conteúdo é aquele que armazena e também disponibiliza, tornando públicas, as informações provenientes de terceiros ou próprias (LONGHI, 2020).

De forma expressa o Marco Civil da Internet tratou de apenas dois tipos de provedores, sendo eles os provedores de conexão e os provedores de aplicações de internet. Apesar dessa lei não trazer definições claras sobre cada um desses provedores, pode-se dizer que os provedores de conexão correspondem aos provedores de acesso, pela classificação de Marcel Leonardi, e os provedores de aplicações de internet seria gênero que engloba as espécies dos provedores de correio eletrônico, de hospedagem e de conteúdo. A denominação aplicada pelo legislador se aproxima de uma linguagem técnica utilizada na computação, visto que “aplicações” encontra correspondência com sistemas de informática moldados para utilização por meio da internet, navegadores e aplicativos (FLUMIGNAN, 2018).

O estudo do direito no novo cenário tecnológico deve atentar para a conotação atribuída ao termo “provedor de internet”. Os provedores de conexão não suscitam grandes debates doutrinários ou jurisprudenciais, permanecendo isentos de responsabilidade por serem simplesmente as empresas que concedem o serviço de conexão, ou seja, que possibilitam a conexão do usuário à internet. Controvérsia maior e que está no foco do presente artigo, representam os chamados “provedores de aplicação” que permitem a terceiros utilizarem de seus domínios para compartilhar conteúdos, o que pode gerar danos e consequentemente responsabilidades. Ilustram como exemplos plataformas de redes sociais como os onipresentes *Facebook*, *Instagram* ou *Twitter*, como também sítios de compartilhamento de vídeos como o *YouTube* ou páginas para criação de diários eletrônicos, os *blogs* (FRUMI, 2018).

Até o advento do Marco Civil, as demandas de responsabilidade civil de provedores diante de conteúdo publicado em suas plataformas que violassem a esfera de direito alheio levaram ao posicionamento do STJ pela responsabilidade civil objetiva do provedor em razão do risco da atividade ou em defeito na prestação dos serviços e a responsabilidade civil subjetiva - seguindo o modelo Norte Americano conhecido como *notice and takedown* - em razão da inércia do provedor após a ciência do conteúdo ilegal. Com a Lei nº 12.965/2014 realizou-se a opção política mais favorável aos provedores, no sentido de impor-lhe responsabilidade apenas em caso de descumprimento de ordem judicial específica (QUINELATO DE QUEIROZ, 2019) que determinasse o bloqueio de acesso e/ou retirada do conteúdo, quedando omissa a obrigação de fazer imposta pela intervenção do Estado-Juiz, no âmbito e dentro dos limites técnicos atribuídos aos seus serviços.

5. DESDOBRAMENTOS DA ESCOLHA POLÍTICO-LEGISLATIVA PELA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO MARCO CIVIL DA INTERNET

Pode-se afirmar que o Marco Civil da Internet elege como alicerces os princípios da neutralidade da rede, da privacidade e da liberdade de expressão, conjugando-os, já que a primeira reforça a liberdade de expressão, também operada em diálogo com o preceito de proteção à privacidade dos usuários. De fato, a liberdade de expressão recebe papel de destaque no novel marco jurídico, robustecendo o exercício da liberdade de externar ideias, juízos de valor e as mais variadas manifestações do pensamento, fundando-se como princípio importantíssimo para a disciplina do uso da internet no Brasil e condição para o pleno exercício do uso de internet (BODIN DE MORAES; TEFFÉ, 2017, p. 108-146).

Resguarda, igualmente, a necessidade da revisão judicial para impor aos provedores responsabilidade ou medidas coercitivas, a exemplo do bloqueio ou da indisponibilidade do conteúdo na Internet, condicionando-se a responsabilização civil do provedor – repita-se – somente ao caso de permanecer o provedor inerte após notificação judicial. Essa legislação que procura regular o mundo virtual teve com essas determinações o objetivo claro e expresso de defender a liberdade de expressão e ser contrário à censura, ainda que a publicação seja considerada ilícita (FRUMI, 2018).

A princípio, o direcionamento em sentido contrário à jurisprudência consolidada até então – no sentido de ser permitida a avaliação da remoção de conteúdo pelo próprio provedor após simples notificação extrajudicial – substituindo-a pela intervenção necessária do Estado-Juiz, não parece contribuir para afastar o risco de censura ou de indevida intervenção estatal sobre a liberdade de expressão, mitigando-se apenas o grau de responsabilidade imputável aos provedores. Nesse cenário, o Marco Civil divergiria de paradigmas atuais favoráveis à liberdade de expressão, como o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal acerca das biografias não autorizadas, em que se decidiu por um caminho de desjudicialização do exercício da liberdade, impedindo-se a censura às publicações e restringindo-se a análise judicial a eventuais consequências no campo indenizatório (QUINELATO DE QUEIROZ, 2019).

O Legislador ordinário elegeu como princípio das relações jurídicas virtuais a primazia da liberdade, com ênfase no repúdio às formas de censura, razão pela qual William Lima afirma ser um (novo) direito na sociedade em rede – o que livremente traduz-se como a ressignificação da liberdade de expressão para o contexto da regulação da internet no Brasil em que serve de fundamento ao lado do fomento dos direitos fundamentais, da livre iniciativa, concorrência e defesa do consumidor, dos princípios democráticos e de promoção da cidadania digital, dentre outros (LIMA, 2017). Nesse passo, a liberdade de expressão coexiste ao lado de valores igualmente tutelados pelo sistema jurídico constitucional brasileiro e não assume um viés de direito absoluto: condiciona-se à proteção dos direitos da personalidade inerentes à dignidade humana e aos fundamentos do Estado democrático de direito, dentre outros preceitos.

6. CRÍTICAS À EXIGÊNCIA LEGAL DE ORDEM JUDICIAL PARA FINS DE RESPONSABILIZAÇÃO

Os comandos do art. 19 da Lei nº 12.965/2014 expõem significativa problemática ao dispor que para ser imputável ao provedor de internet

responsabilidade perante danos causados a terceiros não basta ter ciência do conteúdo nocivo, nem mesmo ter sido provocado pelo interessado ou por usuários. Exige-se a intervenção judicial e, diante dela, a mora ou inércia da plataforma digital em cumprir a diligência judicial, nos termos descritos pelo legislador: “(...) o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências (...)”; limita-se ainda a esfera de responsabilidade para os limites técnicos dos serviços oferecidos pelo provedor, além de atribuir-se à decisão judicial – sob pena de nulidade – o dever de identificar de forma clara e específica a localização e o conteúdo apontado como abusivo (parágrafo primeiro).

Críticas recaem sobre a judicialização exigida pela Lei nº 12.965/2014 para restrição de conteúdos e responsabilização de provedores, configurando-se como obstáculo à defesa dos direitos de personalidade das potenciais vítimas e assumindo a contramão de recentes construções de evolução do direito brasileiro. A previsão do Marco Civil da Internet traduz-se em escusa em favor dos provedores que não se encontram obrigados a retirar o conteúdo danoso, salvo se existente ordem judicial, criando-se verdadeiro ônus para a vítima, haja vista o texto normativo estipular a necessidade do interessado e da decisão coercitiva indicar o endereço de identificação do conteúdo lesivo, tarefa custosa e muitas vezes inviável para o particular.

Ao que tudo indica, a tônica que orientou a edição do art. 19 do Marco Civil da Internet acarreta a desproteção da vítima de danos ocasionados por conteúdos compartilhados nas redes: basta observar que a opção do legislador foi pelo regime de responsabilidade subjetiva do provedor, que apenas responde pelos danos causados quando descumprir ordem judicial de retirada do conteúdo, quando anteriormente a responsabilidade dos provedores de aplicações caminhava para responsabilidade objetiva e relacionada com simples notificação extrajudicial (QUINELATO DE QUEIROZ, 2019).

Ressalta-se que a espera pela retirada do conteúdo lesivo com consequente interrupção do dano após notificação judicial específica, como se sabe, é de realização morosa, o que prolonga os efeitos danosos ocasionados por publicações em redes em que as informações se espalham rapidamente. Todo esse contexto lança preocupação no que tange à violação de direitos fundamentais como a dignidade, a honra, a privacidade e a imagem (FRUMI, 2018). O posicionamento afasta-se, inclusive, da

constitucionalização das relações privadas para oferecer maior enfoque aos valores não patrimoniais, principalmente aos vetores de efetivação do primado da dignidade da pessoa humana (FACHIN, 2008, p. 207-217).

7. CONTROVÉRSIA QUANTO A COMPATIBILIDADE ENTRE O ART. 19 DO MARCO CIVIL DA INTERNET E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Diante do delineamento oferecido pelo art. 19 do texto regulatório da internet no ordenamento brasileiro, há controvérsia quanto à própria compatibilidade da previsão com o sistema constitucional pátrio, considerando-se principalmente três aspectos: a violação à garantia constitucional da reparação integral e plena por danos à honra, à privacidade e à imagem, conforme art. 5º, X da CF/88; a violação à dignidade da pessoa humana, art. 1º, III da CF/88, visto o enfoque na prevalência da tutela conferida ao direito patrimonial do autor em detrimento da tutela da pessoa humana - e a violação ao princípio de livre acesso à justiça, traçado pelo art. 5º, XXXV da CF/88, em razão da compulsoriedade de provocação do judiciário para a retirada de material ofensivo da rede (QUINELATO DE QUEIROZ, 2019).

Tão severos são os questionamentos em torno do tratamento legal conferido que a constitucionalidade desse artigo se encontra *sub judice* no Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral. O tema de repercussão geral número 987 discute a necessidade de prévia e específica ordem judicial de exclusão de conteúdo para a responsabilização civil de provedor de internet, *websites* e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos praticados por terceiros remonta ao *leading case* do Recurso Extraordinário (RE) 1037396 relatado pelo Min. Dias Toffoli, em que figura como recorrente o *Facebook* Serviços Online do Brasil LTDA, originando-se de decisão judicial que determinava a exclusão de perfil falso de sua rede social, assim como o fornecimento do código identificador digital (IP – *Internet Protocol*) de onde o perfil foi gerado, comunicando-se ainda com o Recurso Extraordinário (RE) 1057258, de relatoria do Ministro Luiz Fux, em que figura como parte a *Google* Brasil Internet LTDA em face de decisão que reconheceu lesão à honra e à imagem de uma pessoa na criação de uma comunidade em rede social na plataforma *Orkut* e que atribuiu ao provedor a obrigação indenizatória (STF, RE 1037396, 2017).

No processo do controle incidental de constitucionalidade e diante da repercussão geral atribuída ao tema, foram admitidos como *amici curae* as empresas *Google* e *Twitter* do Brasil, os Institutos de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon), dos Advogados de São Paulo (Iasp) e de

Defesa do Consumidor (Idec) a fim de ampliar-se o debate democrático e representatividades dos múltiplos interesses envolvidos em torno da (in)compatibilidade do art. 19 do Marco Civil da Internet com o sistema constitucional pátrio e a violação dos art. 5º, II, IV, IX, XIV e XXXV, além dos art. 220 (caput e parágrafo 2º) da Carta de 1988. Para instrumentalização da publicidade e participação popular na construção e legitimação da jurisdição constitucional em tema de grande impacto social, o Supremo Tribunal Federal também havia designado a realização de audiências públicas para ampliar a discussão nos dias 23 e 24 de março de 2020 – suspensas pelo advento da pandemia Covid-19 (STF, RE 1037396, 2017).

8. CAMINHOS ESTRANGEIROS DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS PROVEDORES

No embate judicial, sustenta-se que o art. 19 do Marco Civil da Internet é lesivo ao exercício da liberdade de expressão nos moldes constitucionais brasileiros, assim como à prevenção e reparação de danos patrimoniais, morais, individuais, coletivos ou difusos e que incentiva a inércia dos provedores diante da violação da intimidade, da vida privada, da honra e imagem. A problemática não é peculiar à sistemática brasileira e tem sido evidenciada de forma difusa no mundo globalizado: O Tribunal da Califórnia já havia exonerado o *Twitter* da responsabilidade por discursos de terceiros; em 2015, a Suprema Corte indiana entendeu que provedores só seriam obrigados a retirar conteúdo da internet após ordem judicial ou de autoridade governamental; no Chile atribuiu-se como inviável a supervisão pelos provedores dos conteúdos postados por seus usuários, enquanto a Corte colombiana prestigiou a necessidade de ordem judicial para intervenção nas manifestações de opiniões de seus usuários (TRAMONTINA, 2021, p. 16).

Em maio de 2020, no conturbado cenário político estadunidense em meio à pandemia do coronavírus e à corrida presidencial que possuíam em comum a onipresença das redes sociais e do fenômeno das *fakes News*, o então presidente americano Donald Trump assinou ordem executiva que retirava dos provedores de internet o arbítrio em relação às manifestações de opinião dos usuários em suas redes, fundamentando-se na liberdade de expressão como pilar fundamental da democracia americana e na necessidade de assegurar-se a transparência e reponsabilidade das plataformas virtuais (WHITE HOUSE, Executive Order on Preventing Online Censorship, 2020).

Precedente de grande impacto foi oferecido pelo Conselho Constitucional francês na Decisão nº 2004-496 DC de 10 de junho de

2004 que estabeleceu, dentre outros fatores: a definição de correio eletrônico como toda mensagem enviada por plataforma pública de comunicação e armazenada por servidor; a incidência do regime jurídico privado nas relações virtuais e a impossibilidade de um provedor de internet responder civilmente por não remover informação denunciada como ilegal por outro particular e tão somente quando contrarie expressamente a lei do Estado ou quando decorrente de ordem judicial nesse sentido, com esteio no prestígio à liberdade de comunicação proclamada no art. 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e no art. 66 da Constituição francesa (CONSEIL CONSTITUTIONNEL, Décision n° 2004-496, 2004, p. 11182).

A decisão foi de encontro ao marco regulatório da internet na França (Lei n° 2004-575 de 22 de junho de 2004, conhecida como *LCEN – Loi pour la confiance dans l'économie numérique*) que arrolava reponsabilidade civil e penal às plataformas que disponibilizavam serviços de comunicação virtual, não por um dever de vigilância dos conteúdos publicados, mantendo-se a regra da abstenção, mas, se diante da ciência de atividade ilegal não agissem prontamente para retirada do conteúdo ou para bloqueio de acesso de usuários. A interpretação constitucional foi no sentido de que a mera notificação de particulares não corrobora a ciência de ilicitude, que deve ser manifesta para intervenção imediata e de ofício do provedor (JESSERAND, 2013, pp. 1133-1147).

Os exemplos ilustram o desafio cosmopolita do mundo atual de regulação das relações no espaço virtual seguindo-se os parâmetros tradicionais do direito que equilibram interesses privados e seus preceitos de liberdade e autonomia da vontade aos valores de ordem pública que conferem ao Estado o poder dever de intervenção e limitação para observância e efetivação dos direitos fundamentais. Exige-se, contudo, a ressignificação de conceitos face aos novos contornos das relações sociais, assim como a readequação dos institutos jurídicos para a demanda que se impõe, ora no âmbito internacional, ora no espaço doméstico pátrio.

9. O MARCO CIVIL DA INTERNET E O RETROCESSO NA PROTEÇÃO DO INDIVÍDUO

De volta ao cenário brasileiro, a mudança de paradigmas construídos judicialmente pelo tratamento conferido à responsabilidade civil pelo Marco Civil da Internet é apontada como retrocesso na proteção do indivíduo – vulnerável na sociedade digital na relação consumerista que estabelece com a plataforma de comunicação virtual – em detrimento das empresas, ora provedoras. Patrícia de Carvalho acrescenta que a lei ordinária não pode, a título de velar pela liberdade de expressão, quedar omissa quanto

ao anonimato e não contemplar a hierarquia normativa da dignidade humana, além de transferir para a contenda judicial conflitos até então sujeitos a esfera administrativa, indo em sentido contrário aos métodos alternativos de solução de litígios, sem esquecer o risco que a mora do processo judicial representa para a lesão de direitos de personalidade porventura violados (CARVALHO, 2017, pp. 228-244).

João Quinelato de Queiroz defende que o sistema subjetivo que responsabiliza o provedor de aplicações por danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros somente após a notificação judicial padece de vício de inconstitucionalidade e que a prioridade conferida à liberdade de expressão não se justifica, colidindo com outros direitos fundamentais (QUINELATO DE QUEIROZ, 2019). A expressão do pensamento e da opinião, estando diretamente relacionada ao princípio da liberdade foi apontada como a opção do legislador; não pode a lei, porém, refutar a primazia da dignidade da pessoa humana e de seus corolários, devendo a relevância conferida à liberdade coadunar-se ao resguardo e exercício de outros direitos fundamentais vinculados ao comando indisponível da dignidade da pessoa humana. (BODIN DE MORAES; TEFFÉ, 2017, p. 108-146).

Tartuce lamenta a forma como foi tratada a responsabilidade civil dos provedores por atos de terceiro – a quem batiza de responsabilidade subjetiva agravada – que apenas incide nos casos de desobediência à ordem judicial, revelando caminhar no sentido contrário das tendências mais atuais da responsabilidade civil e da extrajudicialização, em um evidente retrocesso que foca em proteger os provedores de internet em detrimento dos interesses das vítimas dos danos sofridos nas redes. Ademais, a abordagem da Lei nº 12.965/2014, ao colocar a liberdade de expressão em posição de destaque, inclusive como maneira de justificar a exigência de ordem judicial, tende a afastar a aplicação de técnica de ponderação dos direitos no caso concreto, como ocorre em outros casos como aqueles relacionados à imprensa (TARTUCE, 2020).

Arremata-se comungando do contributo de João Quinelato para quem os provedores não possuem um dever jurídico de controle editorial do que é postado nas redes de comunicação, como também assentado pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro, mas tampouco possuem o direito de assistirem, inertes, ao uso de suas plataformas para a violação de direitos fundamentais de terceiros, sob um pretenso manto de legalidade formal conferido pela redação do art. 19 da Lei nº 12.965/2014, cabendo-lhes

tomar medidas proativas para prevenção e repressão de condutas ilícitas em observância a um regime de responsabilidade civil que não apenas se destina à reparação patrimonial, mas à função social e de proteção de interesses vinculados à dignidade humana (QUINELATO DE QUEIROZ, 2020, pp. 465-489).

Aproxima-se, assim, de posicionamentos já conferidos alhures em favor de um maior protagonismo dos provedores de internet na observância, zelo e imposição de respeito ao exercício legítimo das liberdades em consonância dos demais direitos fundamentais em seus espaços de atuação econômica e prestação de serviços, apontando-se por um poder-dever que não se confunde com a fiscalização ou censura prévia, tampouco, com a impotência de ação face a condutas abusivas e/ou ofensivas de seus usuários.

CONCLUSÃO

Com a internet e as inovações tecnológicas que permeiam todos os estratos das interações sociais contemporâneas, tornou-se necessária a regulamentação normativa para estabelecer parâmetros que uniformizassem, organizassem e proporcionassem maior segurança no uso do meio virtual, emergindo o Marco Civil da Internet. Mudanças significativas foram registradas em temas como a responsabilidade civil dos provedores de internet, consubstanciadas na opção legislativa de prestigiar a liberdade de expressão e a necessidade da revisão judicial para retirada de conteúdos publicados nas redes virtuais de comunicação, ainda que lesivos a esfera de direitos de terceiros.

Ocorre que a escolha prioritária pelo primado da liberdade de expressão sofre críticas quanto à compatibilidade com o sistema constitucional de proteção de direitos de personalidade também alçados ao *status* de direitos fundamentais posto inerentes ao cerne da dignidade humana. Entende-se não ser possível ao legislador infraconstitucional instituir hierarquia entre esses direitos fundamentais, em que pese posições doutrinárias de escolha pela possibilidade de primazia legal, haja vista ser a liberdade de expressão ensejadora e proporcionadora do exercício de outros direitos, especialmente por entender-se inexistir direito fundamental que absoluto.

Com a escolha política destacada, o Marco Civil da Internet criou diversos mecanismos que protegem os provedores de internet e deixam mais vulneráveis os usuários, a exemplo da responsabilização condicionada à inobservância de notificação judicial, o que torna o procedimento de retirada

do conteúdo danoso mais lento e custoso, possibilitando que os danos aos direitos de terceiro continuem reverberando em um meio de disseminação instantânea e de grande alcance, causando lesões a direitos fundamentais como a dignidade humana e seus corolários, como imagem e honra.

O imbróglio já se encontra sob análise do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a repercussão geral do tema e a complexidade dos interesses abrangidos pela previsão normativa, habilitando a intervenção de *amici curae* e a ampla participação popular por meio de audiências públicas. Nada obstante, a controvérsia não se exaure ali e aos intérpretes, aplicadores e estudiosos do direito compete a ininterrupta e perene missão de buscar oferecer luzes para o aperfeiçoamento do sistema jurídico e da realidade para qual ele se volta.

REFERÊNCIAS

- ASSAF, Matheus. *Liberdade de expressão e discurso de ódio: Por que devemos tolerar ideias odiosas?* Belo Horizonte: Dissertação de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), 2018.
- BARROSO. Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação, interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 235, jan./mar. 2004.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. *Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil Análise a partir do Marco Civil da Internet*. Pensar, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 108-146, jan./abr. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 1037396*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5160549>. Acesso em: 31 mar. 2021.
- CARVALHO, Patrícia Heloísa de. *O “Marco civil da Internet”: uma análise sobre a constitucionalidade do art. 19*. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 33, n.2, pp. 228-244, jun/dez.2017. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/6917c36392274c9b6393c7f7a7bddd1.pdf>. Acesso em: 31 mar. de 2021, p.236-242.
- CAVALCANTE SEGUNDO, Antônio de Holanda. *Uma Questão de opinião? Liberdade de Expressão e seu âmbito protetivo: da livre manifestação do pensamento ao hate speech*. Fortaleza: Dissertação de Mestrado em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), 2015.

CHAMBERLAIN, Marise Medeiros Cavalcanti. *A superação dos conceitos positivo e negativo de liberdade pela dogmática jurídica constitucional: uma adequação jurídica do conceito de liberdade*. Vitória: Dissertação de Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais das Faculdades de Vitória (FDV), 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade*. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.) *Direito Regulatório – Temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *O direito que foi privado: A defesa do pacto civilizatório emancipador e dos ataques a bombordo e a boreste*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 45, n. 179, p. 207-217, jul./set. 2008.

FLUMIGNAN, Wévertton Gabriel Gomes. *Responsabilidade civil dos provedores no Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14)*. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2018.

France. *Conseil constitutionnel*. Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004. *Journal officiel* du 22 juin 2004, page 11182. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004496DC.htm>. Acesso em: 31 mar.2021.

FREITAS, Juarez. *A Melhor Interpretação Constitucional versus a Única Resposta*. In: SILVA, Virgílio Afonso da (ORG). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 317-356.

FRUMI, Patrícia. *Marco Civil da Internet, provedores de informação e Responsabilidade Civil por Cyberbullying*. Porto Alegre: Trabalho de Conclusão de Curso – Ciências Jurídicas e Sociais, Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, 2018.

JESSERAND, Catherine. *Régime français de la responsabilité des intermédiaires techniques*. *Les Cahiers de propriété intellectuelle*. Vol. 25, n° 3. 2013, pp. 1133-1147. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/258864161_Regime_francais_de_la_responsabilite_des_intermediaires_techniques/link/02e7e538f44245af21000000/download. Acesso em: 31 mar. 2021, p. 1137.

LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

LIMA, William Custódio. *Liberdade de Expressão como novo direito na sociedade em rede: Limites em casos envolvendo Blogs no Poder Judiciário brasileiro*. Anais do 4º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede, 2017. Disponível em: <http://www.ufsm.br/congressodireito/anais>. Acesso em: 20 dez. 2020.

LONGHI, João Vitor Rozatti. *Responsabilidade civil e redes sociais: retirada de conteúdo, perfis falsos, discurso de ódio e fake News*. 1 ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

QUINELATO DE QUEIROZ, João. *Responsabilidade Civil na Rede: Danos e Liberdade à luz do Marco Civil da Internet*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 1 ed, 2019.

QUINELATO, João. *Liberdade, Verdade e Fake News: mecanismos para o ressarcimento de danos*. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Coord.). *Direito Civil e Tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, pp. 465-489, p. 482-483.

SILVA, José Afonso. *A liberdade no mundo contemporâneo*. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, vol. 8, n. 14, p. 99-111, jan.-jun.2016.

SOUZA, Carlos Affonso; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. *Responsabilidade Civil de provedores na rede: análise da aplicação do Marco Civil da Internet pelo Superior Tribunal de Justiça*. Revista IBERC, Minas Gerais, v.1, n.1, p. 01-28, nov.-fev.2019.

TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Forense, 2 ed, 2020.

TRAMONTINA, Robison; SCHMITZ, Gabriele Ana Paula. *A Privacidade na sociedade da informação: a constitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)*. Disponível em: <https://www.unifor.br/documents/392178/3101527/Robison+Tramontina+e+Ana+Paula+Danieli.pdf/31eb148d-f654-e4dd-8a27-7986df70537a>. Acesso em: 31 mar. de 2021.

USA. Trump White House. *Executive Order on Preventing Online Censorship*. Disponível em: <https://trumpwhitehouse.archives.gov/presidential-actions/executive-order-preventing-online-censorship/>. Acesso em: 31 mar. de 2021.

RECEBIDO EM: 13/03/2022

APROVADO EM: 24/05/2022

SOLUÇÕES CONSENSUAIS NO ÂMBITO TRIBUTÁRIO: AVANÇOS RECENTES E INICIATIVAS INSPIRADORAS

*CONSENSUAL SOLUTIONS IN THE TAX FIELD: RECENT
ADVANCES AND INSPIRING INITIATIVES*

Débora Giotti de Paula

Mestra em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis. LLM em Direito e Contabilidade Tributária pelo IBMEC/RJ. Pós-graduada em Direito Tributário (UCAM/RJ). Advogada e Contadora no estado de Minas Gerais.

Klever Paulo Leal Filho

Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis. Professor do Instituto Três Rios da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Advogado no estado do Rio de Janeiro.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Do Negócio Jurídico Processual à Transação Tributária: os Principais

Avanços no Uso de Métodos Consensuais no Âmbito Tributário. 2. Mediação e Conciliação nos Conflitos Tributários x Indisponibilidade do Interesse Público. 3. A Experiência do Município de Porto Alegre. 4. Considerações Finais. Referências

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo destacar avanços e iniciativas recentes que se propõem a ampliar o espaço para o consenso no campo do direito tributário, tais como os negócios jurídicos processuais, a transação tributária, a mediação e a conciliação. Além de abordar normativas atualizadas sobre a matéria, o artigo toca e desenvolve algumas questões controvertidas correlatas. Busca sopesar avanços já obtidos e pontos que ainda demandam aperfeiçoamentos, trazendo como exemplo a experiência do Município de Porto Alegre, no Rio Grande do Sul. No aspecto metodológico, o trabalho é resultante de uma revisão de bibliografia e de textos normativos somada à análise e reflexão sobre algumas propostas inovadoras.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Tributário. Advocacia Pública. Soluções Consensuais. Mediação. Conciliação.

ABSTRACT: The article aims to highlight recent advances and initiatives to expand the space for consensus in the field of tax law, in Brazil, such as procedural legal business, tax transactions, mediation and conciliation. It considers updated norms on the subject and develops some controversial correlated issues. It seeks to reflect on advances already achieved and points that still require improvement, bringing as an example the experience of the Municipality of Porto Alegre, in Rio Grande do Sul. From the methodological point of view, the work contains a bibliographic and normative review, added to the analysis and reflection on some innovative proposals.

KEYWORDS: Tax Law. Public Law. Consensual Solutions. Mediation. Conciliation

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos foi possível visualizar uma expressiva ampliação da noção de “acesso à justiça” no sistema jurídico brasileiro. Se antes predominava o método heterocomposivo, sobretudo aquele voltado às decisões judiciais, hoje é forte o estímulo ao uso dos métodos autocompositivos de solução de conflitos.

Embora a ideia de que a administração de conflitos deve sempre estar submetida a um órgão jurisdicional ainda pareça estar enraizada na tradição jurídica brasileira, havendo certa resistência à transferência da atividade de resolução de litígios às próprias partes, já é possível visualizar uma tendência, ainda que tímida, de abandono da ideia de monopólio da jurisdição.

Um dos grandes responsáveis por essas transformações foi o Conselho Nacional de Justiça que, desde a sua criação, tem editado uma série de resoluções que propõem mudanças significativas na atuação do Poder Judiciário Brasileiro¹. Em sintonia, o atual Código de Processo Civil também passou a prever e a estimular expressamente o uso dos meios adequados de solução de conflitos², trazendo à tona em nosso ordenamento jurídico um modelo multipartas.

Na seara do Direito Público, a despeito de uma série de dispositivos legais passarem a autorizar, de modo expresso, o uso da mediação, da conciliação e até mesmo da arbitragem nos conflitos envolvendo o Poder Público³, tais mecanismos ainda reivindicam maior espaço na solução de controvérsias entre particulares e órgãos públicos. O Direito Tributário, sendo ramo do Direito Público, também se ressentiu dessas dificuldades.

Levando em conta as pesquisas desenvolvidas por Tartuce (2015) isso se deve sobremaneira a duas características da tradição jurídica brasileira, quais sejam: o anseio pela manutenção do poder jurisdicional e uma cultura

1 Como exemplo, a Resolução nº 125/2010 atualizou o conceito de acesso à justiça, compreendendo-o como acesso à ordem jurídica justa, a partir da criação de uma Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse (BRASIL, 2010).

2 Segundo o art. § 3º do CPC, “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (BRASIL, 2015).

3 Notadamente a partir da edição da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) e das recentes alterações à Lei de Arbitragem (Lei nº 13.129/2015), as quais passaram a permitir, de modo expresso, a utilização da mediação, da conciliação e da arbitragem nos conflitos em que o Poder Público seja parte.

jurídica de natureza adversarial. Além disso, nas ações em que os entes públicos estejam em um dos polos da relação jurídica, dogmas como o da indisponibilidade do interesse público, acabam por afastar a utilização de métodos consensuais.

Com 26,8 milhões de execuções fiscais tramitando no Poder Judiciário brasileiro e uma taxa de congestionamento da ordem de 87,3%⁴, não é difícil perceber que o modelo tradicional de discussão e cobrança do crédito tributário, pautado na via judicial, apresenta um cenário de baixa efetividade. A Lei nº 6.830/80, editada há mais de trinta anos, não acompanhou as significativas alterações processuais ocorridas desde então, tornando-se, em muitos aspectos, obsoleta e ineficiente, notadamente no que se refere à recuperação do crédito tributário.

Observa-se, ainda, um crescente aumento da litigância tributária, decorrência sobretudo da litigiosidade aguerrida⁵ entre Fisco e contribuinte em torno de um sistema tributário que se torna cada vez mais complexo⁶.

No Brasil, os deveres dos contribuintes ultrapassam o mero pagamento da obrigação tributária, devendo o sujeito passivo apurar, informar e pagar o crédito tributário, quando do lançamento por homologação. Isso acaba por potencializar o litígio entre os sujeitos ativo e passivo da relação jurídico-tributária, pois, a partir do momento em que essa responsabilidade é transferida ao contribuinte, abre-se espaço para que este adote a interpretação que lhe pareça mais favorável⁷.

Nesse sentido, interessante é a reflexão de Regina Helena Costa (2007), segundo a qual, nos países em que foi adotado o lançamento por homologação, como, por exemplo, França, Itália, Estados Unidos, Chile

4 Dados coletados do Relatório “Justiça em Números 2021” (BRASIL, CNJ, 2021). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2022

5 Nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa, “(...) a grande quantidade de pedidos de vista e de soluções diversas colhidas no curso da ADI 2.588 sugerem se tratar de tema de alta complexidade. Sem prejuízo das relevantes questões constitucionais levantadas em cada uma das manifestações precedentes, que podem se projetar para outros campos além do Direito Tributário, lembro que a litigiosidade aguerrida é um traço relativamente comum das demandas tributárias (...)”. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=271775268&ext=.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2022.

6 Segundo Tanzi (2013), “uma vez criados, os sistemas tributários, quase que inexoravelmente, tendem a se tornar mais complexos com o passar do tempo”.

7 Como explicita Tanzi (2013, p. 5), “um sistema tributário complexo destrói o pressuposto atual e futuro de segurança jurídico-tributária, deixando os contribuintes com a desconfortável sensação e preocupação de que eles podem ter pago a maior ou a menor as suas obrigações tributárias”.

etc., também foram implementados mecanismos alternativos de solução de conflitos, com o objetivo de reduzir quantitativamente os litígios entre Fisco e contribuintes.

Assim, além de serem necessárias reformas pontuais na Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/80) de modo a compatibilizá-la com a atual realidade em que se encontra o sistema jurídico brasileiro, a introdução de novos modelos de execução de cobrança do crédito tributário mostra-se imperiosa.

Se os métodos autocompositivos no campo tributário permaneceram por muito tempo circunscritos ao plano da idealização, enquanto a tônica é apolarização de interesses entre Fisco e contribuinte e o predomínio da judicialização dos temas tributários, hoje é possível visualizar algumas iniciativas, no Brasil, que apontam para uma mudança de paradigma na relação jurídico-tributária, em que a noção de tributação participativa, aos poucos, abre espaço para um ambiente de maior diálogo e cooperação. Dentro desse cenário, o objetivo deste artigo é pontuar alguns desses avanços recentes e iniciativas inovadoras, iniciando também algumas proposições correlatas, considerando o cenário brasileiro.

1. DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL À TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA: OS PRINCIPAIS AVANÇOS NO USO DE MÉTODOS CONSENSUAIS NO ÂMBITO TRIBUTÁRIO

O atual Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), na busca por um modelo cooperativo de processo, estabeleceu ser lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar, antes ou durante o processo, acerca de seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais (art. 190 do CPC). Essa possibilidade, presente quando a causa versa sobre direitos patrimoniais disponíveis, foi denominada pela doutrina de negócios jurídicos processuais. A Administração Pública pode utilizar tais instrumentos, sendo importante, porém, a regulamentação no âmbito de cada esfera legislativa, visto que o artigo 190 do Código de Processo Civil configura regra geral para a celebração das convenções e negócios processuais.

Nesse sentido, a Portaria nº 742 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (BRASIL, 2018) passou a prever a realização, no âmbito dessa procuradoria, de modalidades específicas de negócio jurídico processual entre os sujeitos da relação jurídico-tributária relacionada à calendarização

da execução fiscal, ao plano de amortização do débito fiscal, à aceitação, avaliação, substituição e liberação de garantias, bem como ao modo de constrição ou alienação de bens.

Não é novidade que o Fisco se depara com inúmeras dificuldades para encontrar bens que possam garantir os créditos tributários, nem que muitos contribuintes acabam por ter inviabilizadas as suas atividades econômicas, quando sofrem constrições por parte da autoridade fiscal. Nesse sentido, o uso dos negócios jurídicos, principalmente no que tange às garantias do crédito tributário, pode se tornar em um efetivo instrumento de cooperação entre os sujeitos da relação jurídico-tributária, oportunizando, a um só tempo, que o devedor dê prosseguimento à sua atividade e o Fisco se aproxime da satisfação do crédito.

A figura do negócio jurídico-processual, mesmo não sendo considerado propriamente um método adequado de solução de conflitos, nos termos da Resolução 125 do CNJ (BRASIL, 2010), fomenta o diálogo entre contribuintes e Fisco, o que vem contribuindo para abrir possibilidades de superação da longa tradição contrária aos meios consensuais de solução de conflitos entre partes, nessa seara.

Por outro lado, desde que regulamentado pela Lei 13.988/2020, ou “Lei do Contribuinte Legal” (BRASIL, 2020), o instituto da transação tributária, há muito previsto no artigo 171 do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966), vem se consolidando cada vez mais, tornando-se um importante aliado dos contribuintes na superação das dificuldades econômicas e financeiras. Tal instituto ganhou importância adicional quando do estado de calamidade causado pela pandemia da COVID-19⁸.

Hoje na transação tributária da dívida ativa estão disponíveis as modalidades de negociação extraordinária e excepcional, sendo a segunda destinada exclusivamente a pessoas jurídicas que comprovem que tiveram a capacidade de pagamento afetada pela pandemia da COVID-19⁹. Tanto a transação extraordinária quanto a excepcional têm se mostrado

8 Após a conversão da Medida Provisória nº 899/2019 (a chamada “MP do contribuinte legal”) na Lei 13.988/2020 (BRASIL, 2020), foram editadas uma série de portarias da PGFN, já no contexto pandêmico, disciplinando a possibilidade de transação dos débitos inscritos em dívida ativa e estipulando as suas condições e seus limites.

9 A transação excepcional restringe-se aos débitos classificados como “irrecuperáveis ou de difícil recuperação”, permitindo descontos nos encargos legais relativos a créditos a serem transacionados. A transação extraordinária, por sua vez, não permite descontos, mas somente o oferecimento de prazos e formas de pagamentos especiais, incluídos o diferimento e a moratória.

instrumentos efetivos na regularização dos débitos federais. Para que se tenha uma ideia do impacto dessa medida, durante o ano de 2020 foram formalizados cerca de 124 mil acordos de transação junto à PGFN, envolvendo aproximadamente 403 mil débitos inscritos em dívida ativa da União, no valor total de R\$ 40,7 bilhões¹⁰.

Recentemente, o próprio CNJ na Resolução nº 120/2021 passou a apontar o uso dos meios autocompositivos de solução de conflitos no âmbito tributário, citando, inclusive, o instituto da transação, recomendando

(...) aos(às) magistrados(as) com atuação nas demandas que envolvem direito tributário que priorizem, sempre que possível, a solução consensual da controvérsia, estimulando a negociação, a conciliação, a mediação ou a transação tributária, extensível à seara extrajudicial, observados os princípios da Administração Pública e as condições, os critérios e os limites estabelecidos nas leis e demais atos normativos das unidades da Federação (BRASIL, CNJ, 2021).

A possibilidade da celebração de transação por parte da Fazenda Pública pode ser vista como um instrumento apto para satisfazer o crédito tributário, com potencial para propiciar aos sujeitos da relação jurídico-tributária uma solução célere, justa e econômica. Diferente dos tradicionais parcelamentos fiscais que preveem tratamento indistinto para aqueles que objetivamente preenchem os requisitos legais, a transação tributária permite uma análise mais detalhada à situação específica de cada contribuinte, favorecendo não somente o grande devedor, mas também o pequeno devedor e até mesmo as pessoas físicas. Nas palavras de Avelino e Peixoto (2022):

O parcelamento possibilita que aqueles que podem recolher regularmente não o façam, ao passo que quem precisa de um tratamento materialmente isonômico sofre com limitações que não permitem sua adesão e a recuperação de sua capacidade econômica. A transação reflete o prestígio da isonomia material. Ao autorizar à Fazenda Pública dispor sobre matéria tributária, o espectro de negociação permite que a autocomposição seja adequada à realidade de cada um dos contribuintes. Leva-se em conta a capacidade de pagamento, a natureza do crédito, o tempo de inscrição etc (AVELINO; PEIXOTO, 2022).

10 Dados disponibilizados pela PGFN (BRASIL, 2021) em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/noticias/2020/acordos-de-transacao-alcancaram-r-40-7-bilhoes-ate-outubro>. Acesso em: 18 de jan. de 2021.

Atualmente, no âmbito federal, a transação está voltada, sobretudo, ao método da adesão, utilizando-se de inteligência artificial para classificar o contribuinte e, assim, conceder descontos em créditos tributários que, a exclusivo critério da autoridade pública, sejam classificados como irrecuperáveis ou de difícil recuperação¹¹. Dentro deste contexto pode-se pensar, antes mesmo de incentivar a utilização de outros meios adequados, em aperfeiçoar o atual modelo da transação tributária.

Nos atuais moldes, quando feita a transação tributária não há uma participação concreta do sujeito passivo na formação do “acordo”. Assim, interessante seria buscar meios de intensificar a transação individual¹², uma vez que esta se propõe a promover um espaço maior de diálogo e cooperação entre Fisco e contribuinte. De todo modo, são progressos que precisam ser reconhecidos.

Embora o instituto da transação tributária ainda não esteja sendo explorado em todo o seu potencial¹³, assegurando uma participação mais efetiva dos contribuintes na gestão tributária, é inegável que ela denota uma mudança da cultura jurídica brasileira¹⁴ e abre espaço para discussão

11 Segundo o Procurador da Fazenda Nacional Darlon Costa Duarte, “para trabalhar de forma eficaz com recuperação de trilhões de reais, você tem que saber trabalhar grandes massas de dados. Hoje, temos uma estrutura de dados que a gente consegue trabalhar bem nossa base de devedores”. Ainda, segundo ele, para formar sua base de dados a PGFN investiu em convênios e acordos de cooperação técnica com outros órgãos. Uma das fontes de informação, por exemplo, é a base de dados da Receita Federal. Notícia disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/pgfn-ciencia-dados-transacao-tributaria-recuperacao-recorde-02022022>. Acesso em: 11 de mar. de 2021.

12 O acordo de transação individual, de que trata a Portaria PGFN nº 9.917/2020 (BRASIL, PGFN, 2020) permite ao contribuinte apresentar, perante a PGFN, propostas de negociação para regularizar sua situação fiscal. Essa opção, porém, está restrita a alguns contribuintes, como por exemplo, aqueles com dívida total superior a quinze milhões de reais. Já foram celebradas mais de 20 negociações individuais de grande porte, permitindo a regularização de um passivo superior a R\$2 bilhões. Dados disponibilizados pela PGFN em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/noticias/2020/acordos-de-transacao-alcancaram-r-40-7-bilhoes-ate-outubro>. Acesso em: 18 de jan. de 2021.

13 Cada vez mais a transação tributária tem sido estimulada. Prova disso é que recentemente, com a edição da Lei nº 14.375, foi ampliada a utilização do instituto da transação tributária, passando a ser possível a transacionar créditos tributários que estejam em contencioso administrativo fiscal, a ser proposta pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, de forma individual ou por adesão, ou ainda por iniciativa do próprio devedor. Além do mais, essa lei permitiu utilizar o prejuízo fiscal de IRPJ e base de cálculo negativa de CSLL para pagamento de dívidas, até o limite de 70% do saldo remanescente após os descontos.

14 Recentemente o CNJ passou a orientar que nas demandas em curso, o magistrado também poderá incentivar a celebração de convenções processuais pelas partes, objetivando maior eficiência ao procedimento e, em relação ao empresário ou a sociedade empresária que tiver o processamento da recuperação judicial deferido, a submeter proposta de transação relativa a créditos inscritos em dívida ativa. Resolução 120/2021 (BRASIL, CNJ, 2021).

sobre outros métodos consensuais, tais como a mediação e a conciliação tributária.

2. MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NOS CONFLITOS TRIBUTÁRIOS X INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Não tendo o Poder Judiciário capacidade para dar respostas a um crescente número de litígios fiscais, antes mesmo de se buscarem soluções, imprescindível se faz a investigação de mecanismos de prevenção aos conflitos tributários. Nesse sentido, Nabais (2011) afirma que “o melhor sistema de justiça não é tanto o que tem uma grande capacidade para solucionar litígios, mas aquele que tem uma grande capacidade de prevenir ou evitar litígios, desincentivando-os”.

Uma vez que o contribuinte, não raro, encontra dúvidas nas inúmeras lacunas existentes na legislação tributária ou até mesmo se revela confuso com as incontáveis normas editadas sobre um mesmo tema, a mediação e a conciliação tributária¹⁵, notadamente a de índole pré-processual, podem ser instrumentos de prevenção aos conflitos tributários, sendo aptos a resolver as divergências na interpretação da legislação tributária, evitando ao máximo possível a judicialização de litígios tributários, com a consequente redução dos custos e do tempo gastos em discussões judiciais.

Embora a proposta do artigo não seja a de realizar um estudo comparativo, a pesquisa realizada demonstra que algumas experiências estrangeiras também podem servir de inspiração para ampliar a utilização de mecanismos consensuais. Pode-se pensar aqui em algo semelhante ao mecanismo italiano do *l'accertamento* com adesione, direcionado para a prevenção de litígios entre fisco e contribuintes. Sobre esse instituto, explica Machado (2022):

Em termos práticos, conforme dispõe a legislação, incumbe à administração tributária (*l'ufficio*) remeter um convite ao contribuinte (*avvio del procedimento*), a fim de que possam, de modo contraditório e consensualmente, estabelecer o *quantum debeatur* do crédito tributário,

15 A mediação e a conciliação no âmbito da administração pública foram conjuntamente previstas e estimuladas pela Lei nº 13.105 e Lei nº 13.140 (BRASIL, 2015). Do mesmo modo, optou-se neste trabalho por dar-lhes o mesmo tratamento, já que no âmbito tributário não haveria diferenças substanciais. A principal diferença entre elas, no que pertine a este artigo, é o poder de atuação do terceiro, sendo que a técnica usada na conciliação para aproximar as partes é mais direta, com uma partição mais efetiva do conciliador na construção e sugestão de soluções. Na mediação, por sua vez, o mediador interfere menos nas soluções e age mais na aproximação das partes.

ou, paralelamente, poderá o próprio sujeito passivo sob fiscalização, ou ainda quando tenha sido notificado do lançamento fiscal ou da correção de um lançamento (*Istanza Del contribuente*), requerer a adoção da providência administrativa do l'accertamento com adesione, ficando os prazos suspensos a contar da data de apresentação do pedido (ITALIA, 1997, § 3º, art. 6), pelo período legal de noventa dias, seja para eventual recurso ou para o pagamento de impostos.

Como nem sempre é possível evitar os litígios entre Fisco e contribuintes, a utilização da mediação e da conciliação tributária dentro do processo judicial é também interessante. Na Itália, além do instituto acima referido, de caráter preventivo, há a chamada *conciliazione giudiziale*, em que cada parte litigante poderá apresentar perante a outra, no curso do processo judicial, uma proposta de conciliação, total ou parcial, da controvérsia em matéria tributária.

No Brasil, ainda que incipientes, mecanismos similares têm buscado um espaço de legitimidade na solução de conflitos tributários, sobretudo a partir da edição do Código de Processo Civil em vigor (BRASIL, 2015), em que o legislador passou a prever a obrigatoriedade de as partes comparecerem a uma audiência de conciliação e mediação, nos moldes estabelecidos pelo seu artigo 334.

Em um primeiro momento houve dúvidas de que este dispositivo pudesse ser aplicado às controvérsias que envolvem interesse público. Isso porque, segundo o mencionado dispositivo, somente em duas situações essa audiência não seria realizada, quais sejam: (i) se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; (ii) quando não se admitir a autocomposição. O argumento da indisponibilidade do interesse público costuma ser mobilizado para se afirmar que o campo tributário não comportaria a utilização desses métodos consensuais.

Vem se consolidando, contudo, o entendimento de que esse argumento – de que o interesse público não é disponível – não representa, por si só, a impossibilidade de autocomposição¹⁶. Nesse pensamento não parece possível afastar a audiência de conciliação

16 Na medida em que o Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966) traz diversas situações que permitem ao Fisco renunciar ao crédito tributário nos termos da lei (tais como a transação, anistia ou remissão), não parece haver dúvidas quanto à possibilidade de qualificar o crédito tributário como passível de autocomposição. Nesse sentido, conferir: Mascitto e Mendonça (2018, p. 76).

ou mediação a priori, pelo simples motivo de uma das partes ser a Administração Pública.

Para muitos (cf. TORRES, 2008), somente a atividade de arrecadar tributos (atividade-fim) seria indisponível, na medida em que o administrador não poderia deixar, por mera faculdade, de fiscalizar, lançar e arrecadar o crédito tributário, sob pena de violação do princípio da legalidade. Não obstante, no que se refere ao crédito tributário, pode a Administração, desde que respeitados os limites da lei, adotar os melhores critérios para constituição, modificação e extinção do crédito tributário (TORRES, 2008).

Colares (2017) registra em sua dissertação de mestrado que “nem sempre o interesse público é exclusivo do Estado, já que representa o interesse do todo, do conjunto social, ou seja, a dimensão pública dos interesses individuais, de cada indivíduo, enquanto partícipe da Sociedade”. Segundo o autor, o interesse público pode coincidir com o interesse individual, não estando necessariamente em posição de antagonismo, o que demonstra ser equivocado e perigoso colocá-los aprioristicamente como não convergentes. Logo, o princípio da indisponibilidade do crédito tributário deve ser sopesado e interpretado sob a ótica do princípio da legalidade, de modo que, havendo lei autorizativa que defina os limites e as condições do acordo, não há que se falar em lesão ao interesse público.

Figueiras (2016) no texto “A mediação em matéria tributária: uma realidade a pensar no ordenamento jurídico português”, pensando na realidade e no ordenamento jurídico lusitano, também comunga desse entendimento:

Assim sendo, com a mediação e a possibilidade de celebração de um acordo nesse âmbito, não há risco, em nosso entendimento, de colisão com o princípio da legalidade tributária, tal como não há risco de colisão com o princípio da legalidade de atuação da Administração, pois se a mediação estiver prevista em lei da Assembleia da República ou decreto-lei autorizado do Governo, ao aceitar submeter um litígio a um mediador, a Administração Tributária estará, exatamente, a respeitar a normatividade a que está expressamente vinculada (FIGUEIRAS, 2016, p. 08).

Recentemente o Conselho Nacional de Justiça orientou que a audiência prevista no artigo 334 do CPC não seja dispensada nas questões tributárias,

exceto se a Administração Pública indicar uma real impossibilidade legal de autocomposição, ou apresentar motivação específica para a dispensa do ato¹⁷. Também recomendou que os juízes que atuam com demandas relacionadas ao direito tributário devem, sempre que possível, buscar as soluções consensuais do conflito, estimulando a negociação, a conciliação, a mediação e a transação tributária¹⁸, como visto linhas acima.

Embora haja previsão legal para a realização dessa audiência, na prática, ela nem sempre é designada pelos magistrados (Freitas, 2022). Ocorre que, diante da ausência de uma lei que estipule as condições e os limites aos quais o advogado público deverá se submeter no momento da celebração do acordo¹⁹, tais audiências costumam ser infrutíferas, isto é: terminam sem acordo. Essa circunstância vem sendo constatada em pesquisas de natureza empírica desenvolvidas por diferentes pesquisadores, como Freitas (2022), por exemplo. Trata-se de um obstáculo importante quando se pretende ampliar os espaços de consenso no campo tributário.

A falta de uma lei que estipule as regras para o advogado público celebrar acordos com os particulares pode ser vista como uma justificativa ao seu não comparecimento à audiência, ou como um argumento a impedir qualquer composição, uma vez que o princípio da legalidade impõe que os atos administrativos sejam realizados dentro dos limites da lei, como determina o artigo 37 da Constituição da República, sendo imprescindível que haja uma lei que sirva de parâmetro e de limite ao procedimento de mediação e de conciliação tributária²⁰. Assim, por exemplo, no pensamento de Rodrigues (2018):

17 O art. 2º da Recomendação nº 120/2021 do CNJ aponta que “a audiência prevista no art. 334 do CPC não seja dispensada nas demandas que versem sobre direito tributário, salvo se a Administração Pública indicar expressamente a impossibilidade legal de autocomposição ou apresentar motivação específica para a dispensa do ato, observado o disposto no art. 4º, III, desta Recomendação” (BRASIL, CNJ, 2021).

18 Conferir a recomendação 120/21 do CNJ. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/11/87C6E702BAA7AA_recl20-21.pdf. Acesso em: 04 de mar. 2022.

19 O Enunciado 33 do Fórum Nacional do Poder Público – FNPP dispõe que “a audiência de conciliação do art. 334 somente é cabível para a Fazenda Pública se houver autorização específica para os advogados públicos realizarem acordos”. O fórum em questão teve sua primeira edição no ano de 2016 com a participação de advogados públicos e estudiosos do Direito, e teve por objetivos interpretar o novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/15, com as alterações promovidas pela Lei n. 13.256/16 – e seus impactos nas relações em que a Fazenda Pública seja parte, com a elaboração de enunciados. Disponível em: <https://forumfnpp.wixsite.com/fnpp/enunciados-aprovados-i-fnpp>. Acesso em 26 mar. 2022.

20 Como exemplo, no âmbito da Advocacia-Geral da União, já há hipóteses objetivas autorizando os advogados públicos a transigir, muitas delas já positivadas em instrumentos normativos internos de tais órgãos, tais como a Portaria 498/2020 (BRASIL, AGU, 2020).

Em nome da autonomia federativa, cada ente possui suas próprias regras relativas à autocomposição, sendo imprescindível que haja lei ou ato da Chefia do Poder Executivo respectivo regulamentando os poderes de cada advogado público para a celebração de acordos. Não havendo lei ou ato do Executivo regulamentador, ou ainda que haja tal ato, este não albergue a situação concreta da demanda em curso, parece ser caso de aplicação extensiva do artigo 334, parágrafo 4º, inciso II, pois embora em tese possível a autocomposição, esta será de inviável realização prática, tendo em vista a inexistência de autorização legislativa ou executiva para tanto (RODRIGUES, 2018).

Conclui-se que uma lei autorizando os advogados públicos a celebrarem acordos com os particulares, garantindo que os atos praticados não sejam questionados por órgãos de controle²¹ – à luz dos sempre invocados princípios da indisponibilidade do crédito público e da atividade plenamente vinculada do agente fiscal – poderia contribuir para a superação desse obstáculo e para conferir maior efetividade às audiências de mediação e conciliação nessa seara.

A questão foi tangenciada no relatório Diagnóstico do Contencioso Judicial Tributário (CNJ, 2022), produzido pelo CNJ com dados da PGFN²², apontando dados que ajudam a pensar o lugar das soluções consensuais no âmbito tributário. Em uma interessante passagem do relatório constam as impressões pessoais de cinco magistrados entrevistados durante a pesquisa. Destes cinco, três referem aperfeiçoamentos possíveis passando pelo incremento das soluções consensuais, ao afirmarem que o “incentivo à conciliação/transação” e “os mutirões de conciliação com os Conselhos de Classe” seriam iniciativas bem sucedidas do Poder Judiciário para a redução do contencioso tributário (CNJ, 2022, p. 268-269). E ainda que “ampliar as possibilidades de composição de litígios” e o “incentivo à conciliação extraprocessual” entrariam na categoria das possíveis soluções para o elevado contencioso tributário brasileiro (CNJ, 2022, p. 269)

21 Neste sentido, o art. 40 da Lei n.º 13.140/2015, aplicado o âmbito da Administração Pública Federal, traz proteção aos agentes públicos quando atuantes em processos de autocomposição e dispõe que “os servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito, somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem” (BRASIL, 2015).

22 A pesquisa foi realizada por equipe do Insuper selecionada no âmbito de processo seletivo do Programa Justiça Pesquisa do Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/02/relatorio-contencioso-tributario-final-v10-2.pdf>. Acesso em 28 abr. 2022.

Para além do já foi discutido nas linhas acima, outras iniciativas mais ou menos recentes parecem contribuir para reforçar o caminho do consenso no âmbito tributário. Nessa linha de pensamento, é interessante a ideia de celebração de protocolos institucionais²³ entre o Poder Público e o Poder Judiciário, com o objetivo de dar publicidade às matérias passíveis de se constituírem objeto de acordo entre Administração Pública e particular. Como explica Rodrigues (2016):

É possível que a Fazenda Pública estadual ou municipal celebre protocolo com o Tribunal de Justiça, ou entidade federal o faça com um Tribunal Regional Federal, de modo a definir que, em certas matérias, é possível uma autocomposição do conflito, arrolando, também, outras em que o Poder Público não possui qualquer interesse na consensualidade, pois não abrirá mão de seu entendimento (RODRIGUES, 2016, p. 350).

De igual modo, o CNJ (BRASIL, 2021) recomenda a celebração de protocolos institucionais com os entes públicos. Tais protocolos podem explicitar as condições, os critérios e os limites para a realização de autocomposição tributária, inclusive na fase de cumprimento de sentença e a apresentação de hipóteses nas quais a realização de audiência prevista no art. 334 do CPC em demandas tributárias é, ou não, indicada. Logo está se tratando de conferir maior segurança jurídica para os envolvidos, inclusive para aqueles que, em juízo, representam a fazenda pública.

A partir do momento em que o princípio da publicidade impõe a divulgação e a exteriorização dos atos praticados pela Administração Pública, nos termos da Constituição da República, o resultado do acordo celebrado através de mediação e conciliação deverá, em regra, ser publicado²⁴, de modo que a lei que os instituir terá de prever tal procedimento, sob pena de nulidade do ato. Em relação às conversas, aos debates e às negociações travados nas sessões de mediação e conciliação, estes, sim, estarão acobertados pelo princípio da confidencialidade.

23 Cabral (2016 *apud* BARREIROS, 2016) faz alusão aos chamados protocolos institucionais de natureza administrativa, que consistem em acordos plurilaterais institucionais celebrados entre o Poder Judiciário e órgãos profissionais de classe e que vinculam todos os membros da categoria atrelada ao referido órgão profissional. Neles, a declaração de vontade é coletiva e não individual e as regras fixadas adquirem caráter de normatividade.

24 Embora o artigo 166 do Código de Processo Civil preveja que os meios adequados serão informados pelo princípio da confidencialidade, isso não se aplica aos acordos envolvendo o Poder Público, conforme lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015).

Ademais, em respeito ao princípio da isonomia tributária, no caso da celebração de acordos entre os sujeitos da relação jurídico-tributária, deve-se averiguar qual critério foi utilizado para tanto, pois somente um fundamento jurídico distinto poderia conduzir a um tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem sob igual ou semelhante situação fática. Sendo assim, como regra geral, para aqueles contribuintes que se encontrem em situações fáticas idênticas ou semelhantes, devem ser oferecidas as mesmas condições de acordo, por isso se mostra imprescindível que haja uma lei estabelecendo essas condições, além da publicidade dos acordos realizados.

Por fim, algumas considerações devem ser tomadas em relação ao uso das câmaras de mediação e conciliação pela Administração Pública²⁵.

Em primeiro lugar, deve-se refletir se não haveria ofensa ao princípio da imparcialidade e independência do mediador ou conciliador, bem como do princípio da autonomia da vontade das partes, o fato de essas câmaras se instalarem dentro dos próprios órgãos, uma vez que os mediadores e conciliadores serão integrantes de sua própria estrutura administrativa. Nesse sentido, Heck (2015) considera que

tratando-se de uma mediação que ocorre no seio de uma instituição, deve-se ter em mente que esteja na posição de mediando quem detém competência para tanto. Portanto, em se tratando de acordos feitos pelo poder público, deve-se observar que os representantes institucionais detenham legitimidade para decidir as questões tratadas em mediação. Assim, em consonância com as normas de direito administrativo, deverão ser observadas as regras de competência do órgão ou instituição, de modo a comparecerem como mediandos em mediação em decorrência de designação institucional (HECK, 2017, p. 301).

25 Art. 174, CPC: "A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta" (BRASIL, 2015). Art. 32, Lei 13.140/2015: "A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II - 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; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta" (BRASIL, 2015).

Embora o fato de o servidor público pertencer ao órgão que irá participar da mediação ou conciliação não seja motivo suficiente para afastar a utilização do procedimento, o regulamento que irá criar a câmara deverá estipular as regras de sua atuação, de modo a preservar a sua imparcialidade e independência.

Recentemente, o CNJ (BRASIL, 2021) passou a orientar que os conciliadores e mediadores deverão ser escolhidos, preferencialmente, de acordo com o cumprimento dos seguintes critérios: atuação comprovada na área tributária por, no mínimo, 5 (cinco) anos; ausência de vínculo atual, de natureza estatutária, empregatícia ou por meio de escritório de advocacia, com qualquer das partes ou interessados; e inscrição no cadastro a que se refere o art. 167 do CPC.

3. A EXPERIÊNCIA DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

De forma pioneira, o Município de Porto Alegre aprovou recentemente, em fevereiro de 2022, um Projeto de Lei (PLE 033/21)²⁶ que regulamenta a mediação tributária e cria a Câmara de Mediação e Conciliação Tributária, vinculada à estrutura da Procuradoria-Geral do Município (PGM). A ideia é que o Município disponha de mediação tributária como meio de prevenção e resolução consensual de conflitos administrativos ou já judicializados em matéria de tributos, envolvendo a administração pública e o contribuinte. A mediação tributária será exercida por mediadores internos ou externos, com a devida formação e credenciamento para tal, caracterizados pela existência ou não de vínculo funcional com a administração pública municipal, os quais atuarão no âmbito das Câmaras que integrarão as estruturas da Superintendência da Receita Municipal na Secretaria Municipal de Fazenda e Procuradoria Geral do Município.

Ponto importante do projeto é a previsão de que a mediação tributária deverá respeitar os princípios peculiares à mediação e à tributação, como legalidade, discricionariedade técnica, consensualidade, voluntariedade e isonomia das partes, imparcialidade e qualificação do mediador, confiabilidade e segurança jurídica.

O projeto, que prevê a inclusão de débitos de todos os tributos municipais, sem limite de valor, permite que tanto o Município quanto o

²⁶ A íntegra do projeto e informações sobre a sua tramitação podem ser conferidos no site da Câmara Municipal de Porto Alegre, em: <https://www.camarapoa.rs.gov.br/processos/137049>. Acesso em 26 mar. 2022.

contribuinte requeiram que a discussão tributária (judicializada ou não) seja encaminhada à Câmara de Mediação. Embora no projeto de lei não haja restrição à redução do principal, juros e multas, o objetivo precípuo da mediação será a correção de lançamentos e acordos sobre prazos para pagamentos, além da solução de conflitos que envolvam interpretação jurídica²⁷. Essa iniciativa poderá ser replicada e aprimorada em outros Municípios, Estados e na própria União, lembrando que não basta publicar leis prevendo a mediação e a conciliação tributária.

Na medida em que o sistema tributário é complexo e que essa complexidade, não raras vezes, dificulta o cumprimento voluntário de normas tributárias pelos contribuintes, ampliando a judicialização, é previsível que os envolvidos tenham dificuldade em assimilar a solução consensual de conflitos, base dos meios alternativos, pois não seria natural esperar consenso daqueles que estão em campos de tal forma antagônicos. Logo, para que haja a real adesão de todos (sociedade, órgãos públicos etc.) à proposta deste artigo, não basta romper os entraves técnico-jurídicos. Uma redução do contencioso tributário no Brasil passa pela conscientização de todos os envolvidos sobre a importância desses instrumentos²⁸, mediante ações e programas voltados à sua orientação e incentivo, demonstrando seus benefícios, a custo, médio e longo prazo, além da capacitação dos profissionais da área que irão promover os acordos.

Com o crescente aumento da concessão de anistias, isenções e parcelamentos²⁹, cujos requisitos são inúmeros e de difícil compreensão, deixando de atender parte considerável dos contribuintes, a implantação da mediação e da conciliação tributária pode auxiliar os sujeitos da relação jurídico-tributária a encontrarem, dentro da legalidade, uma solução mais célere, econômica e que satisfaça a ambos os interesses, do que o caminho judicial. Preferível, assim, soluções individuais e que levem em conta à situação de cada contribuinte, em vez de concessões generalistas que acabam por favorecer os grandes devedores, tão somente.

27 Sobre o tema, conferir matéria disponível em: <https://blogdoaftm.com.br/porto-alegre-sera-primeira-capital-a-ter-mediacao-na-area-tributaria/>. Acesso em: 11.mar.2022

28 Deverá se analisar não somente o caráter técnico-jurídico, mas também se a sua finalidade é socialmente aceitável, na medida em que “alterar uma estrutura será modificar também a sociedade para a qual ela serve de modelo” (CHASE, 2014, p.190).

29 É comum na tradição jurídica brasileira a edição de leis de anistias pelos fiscos (federal, estadual e municipal), viabilizando o pagamento de tributos em atraso pelos contribuintes com benefícios específicos. Exemplo são as leis federais nº 9.964/2000 e nº 10.684/2003.

Noutro giro, a conscientização dos administradores públicos, aliada a uma lei que autorize e explicita os limites de sua atuação no campo do consenso, parecem ser os principais ingredientes que faltam para se colocar em prática a mediação e a conciliação tributária. Nas palavras de Lorenzoni (2022):

É intrínseco ao ser humano a resistência às mudanças. Quando essas mudanças estão relacionadas ao servidor público, essa resistência é intensificada em razão do “medo” da responsabilização pelos órgãos de controle, o que torna a transferência da resolução do litígio para poder judiciário mais “segura”, embora na maioria dos casos essa forma de resolução não resolva o problema em si (...). Para superar esse medo e as práticas já sedimentadas de atuação que tudo contesta, recorre, procrastina, que o Estado não faz acordo, com fundamento na falsa ideia de proteger os cofres públicos, é necessário um aparato de conscientização, capacitação e orientação da gestão superior a seus pares nesse sentido, ou seja, a boa governança deve estar presente dentro da instituição (LORENZONI, 2022, p. 309).

Por fim, necessário se faz acompanhar a sua repercussão no mundo jurídico, a fim de verificar como será a utilização dessas ferramentas, o seu sentido e alcance, bem como potencialidades e limitações. Sob esse aspecto, há carência no Brasil de um observatório permanente da justiça, em que, a partir de pesquisas e projetos com base em dados concretos, possa se averiguar a efetividade do uso de mecanismos adequados de solução de conflitos no campo tributário, dadas as suas especificidades³⁰.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção clássica fundada no monopólio da jurisdição busca ceder espaço a outras formas de composição de conflitos, pautadas na efetiva participação das partes na formação das decisões a elas submetidas. No âmbito tributário, o princípio da eficiência, atrelado ao princípio da praticabilidade, exige a busca por caminhos mais econômicos e céleres para o recebimento do crédito tributário.

30 Portugal, por exemplo, conta com um Observatório Permanente da Justiça (OPJ), cujo objetivo é investigar o funcionamento dos seus tribunais, bem como as percepções e avaliações dos portugueses a seu respeito. Disponível em: http://opj.ces.uc.pt/site/novo/index.php?id=8795&id_lingua=1&pag=8797. Acesso em: 21 jan. 2019. No Brasil um trabalho de fôlego correlato vem sendo desenvolvido pelo Observatório da Mediação e da Arbitragem, sob liderança do Professor Doutor Humberto Dalla Bernardina de Pinho.

O processo tradicional passa a ser visto apenas como um dos meios de promoção do interesse público e nem sempre o mais eficiente deles. Em vista da atual realidade do contencioso tributário judicial, a participação dos administrados na gestão tributária e o uso dos meios adequados de solução de conflitos podem, muitas vezes, promover uma tutela mais legítima e adequada ao interesse público.

O Código de Processo Civil em vigor e a Lei de Mediação (BRASIL, 2015) são um consistente aparato normativo a permitir que o Fisco e o contribuinte solucionem as suas controvérsias mediante o uso da mediação e da conciliação. Contudo, devido às especificidades do Direito Tributário, alguns cuidados deverão ser tomados.

Em primeiro lugar, a mediação e a conciliação tributária deverão ser autorizadas por lei, na qual se estabeleçam critérios claros e precisos para a celebração dos acordos, delimitando, inclusive, a atuação dos advogados públicos, em respeito ao princípio da legalidade. No que toca a utilização de meios alternativos de solução de conflitos tributários, o já referido Diagnóstico do Contencioso Judicial Tributário (CNJ, 2022), produzido pelo CNJ com dados da PGFN³¹, contém recomendações específicas ao Poder Judiciário (como possível proponente de mudança legislativa) e ao Poder Legislativo apontando ser necessária a:

Criação de lei que estenda a transação federal, prevista na Lei n. 13.988/2020, aos demais entes públicos, bem como institua ou regulamente a todos os entes a arbitragem, a conciliação e o negócio jurídico processual com envolvimento da Fazenda Pública (CNJ, 2022, p. 301-302).

Em segundo lugar, malgrado o artigo 166 do Código de Processo Civil preveja que esses meios adequados serão informados pelo princípio da confidencialidade, isso não se aplica aos acordos envolvendo a Administração Pública. Ou seja, deverá ser dada publicidade aos acordos realizados, em consonância com o princípio da motivação, transparência e publicidade dos atos administrativos.

Por fim, é preciso que seja observado o princípio da isonomia tributária, de modo que contribuintes em situações fáticas idênticas ou semelhantes possam celebrar os acordos sob as mesmas condições. Há,

31 A pesquisa foi realizada por equipe do Insuper selecionada no âmbito de processo seletivo do Programa Justiça Pesquisa do Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/02/relatorio-contencioso-tributario-final-v10-2.pdf>. Acesso em 28 abr. 2022.

assim, um dever de motivação por parte da Administração Pública, pois somente um fundamento jurídico distinto poderia conduzir a um tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem sob a mesma situação fática.

A pesquisa demonstra que a indisponibilidade do interesse público e, no caso específico do Direito Tributário, o da indisponibilidade do crédito tributário são princípios de grande relevo na seara tributária. Contudo parece urgente uma releitura desses princípios pois, embora o Estado não possa deixar de tutelar interesses imprescindíveis à sociedade (interesse público primário), existe a possibilidade de o Estado, respeitados os limites da lei, escolher o caminho para chegar a esse fim, atendendo princípios importantes como o da eficiência administrativa.

Transportando essa lógica ao âmbito tributário, pode-se sustentar que somente a atividade de arrecadar tributos (atividade-fim) seria indisponível, na medida em que o administrador não poderia deixar de fiscalizar, lançar e arrecadar o crédito tributário. O crédito tributário, por si só, não é indisponível, tanto que o próprio Código Tributário Nacional possibilita que ele sofra anistia, remissão e parcelamento.

Assim, os princípios da legalidade tributária, da indisponibilidade do crédito tributário e da isonomia tributária não são obstáculos insuperáveis à utilização da mediação e da conciliação no âmbito tributário, o que nos faz concluir que o uso desses instrumentos pode ser ampliado. Neste artigo, buscou-se demonstrar que muitas barreiras estão sendo rompidas, por meio de iniciativas inovadoras, que podem ser replicadas com proveitos para o Fisco e para os contribuintes.

REFERÊNCIAS

AVELINO, Murilo Teixeira; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. *Transação Tributária: novo paradigma da autocomposição a partir da Lei no. 13.988/2020*. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p61 . Acesso em 29 jun. 2022.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Portaria nr. 498/2020/PGF/AGU – Subdelega as competências de que trata o Decreto n. 10.201 de 15 de janeiro de 2020, e dispõe sobre a celebração de acordos e transações judiciais no âmbito da Procuradoria-Geral Federal. *Diário Oficial da União: Brasília, DF, Edição 181, seção1, p.1, 21 set. 2020*. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/>

portaria-n-498/2020/pgf/agu-de-15-de-setembro-de-2020-278466823.
Acesso em: 26 mar. 2022.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Diagnóstico do contencioso judicial tributário brasileiro: relatório final de pesquisa / Conselho Nacional de Justiça; Instituto de Ensino e Pesquisa*. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/02/relatorio-contencioso-tributario-final-v10-2.pdf>. Acesso em 28 abr. 2022.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução N° 125 de 29/11/2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em 18 set. 2021.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação N° 120 de 28/10/2021*. Recomenda o tratamento adequado de conflitos de natureza tributária, quando possível pela via da autocomposição, e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original2329372021110361831b61bdfc3.pdf>. Acesso em 10 mar. 2022.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório “Justiça em Números 2021”*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2022.

BRASIL. *Lei 5.172/1966- Código Tributário Nacional – Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui Normas Gerais de Direito Tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em 26 mar. 2022.

BRASIL. *Lei n° 11.101/2005 - Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 18 mar. 2015.

BRASIL. *Lei n° 13.105/2015- Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 18 mar. 2015.

BRASIL. *Lei n° 13.140/2015 - Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos*

no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm>. Acesso em: 01 mai. 2018.

BRASIL. *Lei 13.988/2020*. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica; e altera as Leis nos 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.988-de-14-de-abril-de-2020-252343978>. Acesso em: 26 mar. 2022.

BRASIL. MINISTÉRIO DA FAZENDA. PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL. *Portaria nº. 742/2018 - Disciplina, nos termos do art. 190 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, a celebração de negócio jurídico processual - NJP em sede de execução fiscal, para fins de equacionamento de débitos inscritos em dívida ativa da União, e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, Edição 249, seção 1, p. 336, 28 dz. 2018. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/57215404/do1-2018-12-28-portaria-n-742-de-21-de-dezembro-de-2018-57215400. Acesso em: 26 mar. 2022.

BRASIL. MINISTÉRIO DA FAZENDA. PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL. *Portaria 9.917/2020 – Regulamenta a transação na cobrança da dívida ativa da União*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, Edição 73, seção 1, p. 49, 16 abr. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-9.917-de-14-de-abril-de-2020-252722494>. Acesso em: 26 mar. 2022.

BRASIL. MINISTÉRIO DA ECONOMIA. PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL. *Portariano 14.402/2020- Dispõe sobre as condições para transação excepcional na cobrança da dívida ativa da União, em função dos efeitos da pandemia causada pelo coronavírus (COVID-19) na perspectiva de recebimento de créditos inscritos*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, Edição 114, Seção 1, p. 46, 17 jun. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-14.402-de-16-de-junho-de-2020-261920569>. Acesso em: 01 mai. 2021.

BRASIL. PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL. *Portaria nº 9917/2020- Regulamenta a transação na cobrança da dívida ativa da União e do FGTS*. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=108608&visao=anotado> Acesso em: 01 mai. 2021.

CHASE, Oscar. G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Tradução de Sergio Arenhart, Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

COLARES, Daniel Quintas dos Santos. *A Mediação e a Conciliação como instrumentos de negociação no sistema tributário brasileiro*. Fortaleza-CE: UNIFOR, 2017. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/F10663420180305174045614700/Dissertacao.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2021.

COSTA, Regina Helena. *Praticabilidade e Justiça Tributária: exequibilidade da lei tributária e direitos do contribuinte*. São Paulo: Malheiros, 2007.

DE PAULA, Débora Giotti. *Desafios Culturais na Implantação dos Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Âmbito Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

DE PAULA, Daniel Giotti; DE PAULA, Débora Giotti. *Meios auto compositivos de resolução de conflitos: a mediação e a transação*. In: DOMINGOS, Francisco Nicolau (Org.). *Justiça tributária: um novo roteiro*. Lisboa: Rei dos Livros, 2019.

FREITAS, Valquíria de Rezende. Um Olhar Empírico sobre a Prática da (Não) Conciliação em Ações Previdenciárias. In: FILPO, Klever Paulo Leal. *Direito e Conflitos em Perspectiva Empírica*. Rio de Janeiro: Autografia, 2022, pp. 39-56.

FIGUEIRAS, Claudia Sofia Melo. *A mediação em matéria tributária: uma realidade a pensar no ordenamento jurídico português?* Salamanca, 2016. Disponível em: https://sigarra.up.pt/fdup/pt/noticias_geral.ver_noticia?p_nr=17314. Acesso em: 26 mar. 2022.

HECK, Tatiana de MarsillacLinn. *Perspectivas e desafios da mediação na Administração Pública. Publicações da Escola da AGU: O Código de Processo Civil de 2015 e a Advocacia Pública Federal. Questões Práticas e Controvertidas - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - volume 9, n. 4. Brasília: EAGU, p. 291-312, out./dez. 2017.*

LORENZONI, Lidiane Cristina Cornaccini Sallesse. *O papel da Procuradoria-Geral do Estado como vetor para inclusão dos métodos adequados de solução de conflitos na administração pública*. Disponível em: <https://www.pge.ms.gov.br/wp-content/uploads/2022/01/Revista-PGE-Monografia-Lidiane.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2022.

MACHADO, Carlos Henrique. *Modelo Multiportas no Direito Tributário Brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 2020.

MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscilla Faricelli. Repensando o modelo: como desjudicializar as disputas tributárias no Brasil. In: DOMINGOS, Francisco Nicolau (Org.). *Justiça Tributária: um novo roteiro*. Lisboa: Rei dos Livros, 2019.

NABAIS, José Casalta. *Reflexão sobre a introdução da arbitragem tributária*. Revista da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. v. 1, n. 1, jan/jun. 2011. Disponível em: <https://www.sinprofaz.org.br/artigos/reflexao-sobre-a-introducao-da-arbitragem-tributaria1/>. Acesso em: 20 jan.2019.

RODRIGUES, Marco Antônio. *A advocacia pública na era da consensualidade*. Artigo de opinião publicado na coluna Jota: Tribuna da Advocacia Pública. 08 fev. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-advocacia-publica-na-era-da-consensualidade-01112018#sdfootnote8sym>. Acesso em: 10 jan.2019.

TANZI, Vito. *Complexidade na Tributação: Origem e Consequências*. In: SANTI, E. M. D. de; CHRISTOPOULOS, B. G.; ZUGMAN, D. L.; BASTOS, F. S. (orgs.). *Transparência Fiscal e Desenvolvimento: Homenagem ao Professor Isaias Coelho*. São Paulo: Fiscosoft Editora, 2013.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

TORRES, Heleno Tavares. Princípios de Segurança Jurídica e transação em matéria tributária. Os limites da revisão administrativa dos acordos tributários. In: SARAIVA FILHO, O. O. de; GUIMARÃES, V. B. (Orgs.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mario da Silva Velloso*. São Paulo: Fórum, 2008.

RECEBIDO EM: 30/11/2020

APROVADO EM: 27/01/2022

GOVERNANÇA, AUTOCOMPOSIÇÃO ADMINISTRATIVA, DECISÃO COORDENADA E TUTELA DIFERENCIADA DE BENS AMBIENTAIS¹

***GOVERNANCE, ADMINISTRATIVE SELF-COMPOSITION,
COORDINATED DECISION AND DIFFERENTIATED
PROTECTION OF ENVIRONMENTAL GOODS***

Marcelo Kokke Gomes

Pós-doutor em Direito Público - Ambiental pela Universidade de Santiago de Compostela - Espanha..Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Especialista em Processo Constitucional Professor de Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor do Mestrado e Doutorado da Dom Helder Câmara. Procurador Federal

Magno Federici Gomes

Estágio Pós-doutoral em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal. Estágios Pós-doutorais em Direito Civil e Processual Civil. Doutor

¹ Trabalho financiado pelo Projeto Edital nº 03/2019 de Incentivo à Pesquisa da Escola Superior Dom Helder Câmara, resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): Responsabilidade Civil e Processo Ambiental (RECIPRO), NEGESp, Metamorfose Jurídica e CEDIS (FCT-PT).

em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha. Mestre em Educação pela PUC Minas. Coordenador e professor do Doutorado e Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado Sócio do Escritório Moraes & Federici Advocacia Associada

SUMÁRIO: Introdução. 1. Modelo de decisão coordenada previsto na Lei n. 14.210/21. 2. Métodos alternativos de soluções de conflitos ambientais. 3. Decisão coordenada como modelo de governança conciliativa. Conclusão. Referências.

RESUMO: O tema do artigo é a decisão coordenada como forma de solução de conflitos de atribuições na Administração Pública Federal brasileira, isto é, quando a matéria sujeita à deliberação for concomitante ou de efeito recíproco entre vários órgãos ambientais. O objetivo é estudar o novo paradigma de governança das decisões administrativas em questões ambientais, sob a égide da Lei n. 14.210/21. Os problemas acadêmicos verificam a viabilidade, ou não, da prolação de decisões coordenadas que prejudicam a atuação administrativa dos entes federais, em caso de gestão articulada entre eles, bem como se o novo sistema de decisão coordenada outorgará eficiência à governança administrativa ambiental, mantendo ainda a segurança jurídica. A metodologia utilizada foi a crítico-propositiva, com análise de fontes documentais, especialmente o campo regulatório da temática. A título de conclusões, as autocomposições geradas em decisões coordenadas não podem flexibilizar pareceres técnicos e políticas públicas sustentáveis amparadas em princípios ambientais, atos legislativos e regulamentos administrativos preexistentes, para permitir atividades antrópicas que prejudicam o macro bem ambiental. Como resultados, constatou-se que o novo regime jurídico da decisão coordenada tornou-se uma etapa discursiva e deliberativa, sem adjudicação e constrição dentro do Poder Público. Ademais, o novo instrumento detém natureza autocompositiva, por meio de procedimentalização conciliatória e técnica de mediação.

PALAVRAS-CHAVE: Conflito de Atribuições. Decisão Administrativa Coordenada. Proteção Ambiental Sustentável. Autocomposição. Mediação.

ABSTRACT: The subject of the paper is the coordinated decision as a way of solving conflicts of attributions in the Brazilian Federal Public Administration, that is, when the matter subject to deliberation

is concomitant or of reciprocal effect between several environmental agencies. The objective is to study the new paradigm of governance of administrative decisions in environmental issues, under the aegis of Act n. 14.210/2021. The academic problems verify the feasibility, or not, of issuing coordinated decisions that affect the administrative performance of federal entities, in case of articulated management between them, as well as whether the new coordinated decision system will grant efficiency to environmental administrative governance, while maintaining legal certainty. The methodology used was critical-propositional, with analysis of documentary sources, especially the regulatory field of the subject. As conclusions, the self-compositions generated in coordinated decisions cannot make flexible technical opinions and sustainable public policies supported by environmental principles, legislative acts and pre-existing administrative regulations, to allow anthropic activities that harm the macro environmental good. As a result, it was found that the new legal regime of coordinated decision became a discursive and deliberative stage, without adjudication and constriction within the Public Power. Furthermore, the new instrument has a self-compositional nature, through conciliatory procedures and mediation techniques.

KEYWORDS: Attribution Conflict. Coordinated Administrative Decision. Sustainable Environmental Protection. Self-Composition. Mediation.

INTRODUÇÃO

O processo administrativo ambiental é envolvido em uma série de vertentes jurídicas diversas mas integradas em seus aspectos decisórios. Análises de licenciamento ambiental, manifestações de avaliação de impacto, tomadas de decisão quanto ao embargo ou não de atividades, medidas compensatórias e eficácia de medidas de contenção ou mitigação comumente se encontram envolvidas em uma interlocução de órgãos ou entidades públicas de diversas vertentes. As diversas expressões de meio ambiente, tais como o meio ambiente natural, o artificial, o cultural, o do trabalho e o meio ambiente virtual são envolvidas em integração com regimes jurídicos próprios e coligados, tais como os direitos das populações tradicionais, como os quilombolas e os indígenas, as medidas de regime jurídico minerário e a dinâmica exploratória de recursos energéticos.

Um dos dilemas que surge dessa interlocução constante é a definição do modelo decisório quando a matéria de deliberação for simultânea ou de efeito recíproco entre diversos órgãos ou entidades ambientais, o que justifica o presente estudo.

É nesse cenário de planejamento e de arranjos institucionais que adveio a recente Lei n. 14.210, de 30 de setembro de 2021. O diploma legal alterou a Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que sedia o núcleo fundamental do marco regulatório do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. O campo regulatório envolvido é a governança articulada do processo administrativo federal, a incluir, por decorrência, a governança ambiental e os modelos de gestão de inovação ou tecnologias que se impliquem no trato da matéria decisória que tenha por objeto a gestão de recursos naturais e bens ambientais como um todo.

O objetivo deste artigo é analisar, em campo direto, o novo modelo de governança das decisões administrativas patrocinado pela Lei n. 14.210/21, em especial, os impactos de governança e regência derivados de sua aplicação em matéria ambiental e nos processos administrativos federais que versem sobre recursos naturais e bens ambientais afetos à competência da União. Além disso, busca-se analisar a aplicação de métodos alternativos de resolução de conflitos ambientais na esfera administrativa, como o modelo de governança conciliativa.

O desenvolvimento do artigo se volta a responder o problema imediato desencadeado pelo instituto da decisão coordenada federal. Em que medida é viável e factível o desenvolvimento de decisões coordenadas sem o comprometimento das áreas de atuação próprias dos entes federais envolvidos em matérias de gestão articulada? Em que medida o novo regime jurídico pretendido se apresenta como alternativa viável e dotada de segurança jurídica para se incrementar eficácia e eficiência aos modelos de governança administrativa?

A metodologia proposta para abordagem é crítico-propositiva, atendo-se em levantamento normativo de campo regulatório e problematizando a aplicação prevista no novo instituto jurídico, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro sem uma base sólida de implicações e fixações de efeitos nos variados campos coligados ao Direito Ambiental.

Para a resolução dos problemas acadêmicos, será apresentado o modelo de decisão coordenada contido na Lei n. 14.210/21 e, posteriormente, como o modelo de governança conciliativa pode ser adotado no novo instituto.

1. MODELO DE DECISÃO COORDENADA PREVISTO NA LEI N. 14.210/21

A Lei n. 14.210, de 30 de setembro de 2021, alterou a Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que sedia o núcleo fundamental do marco regulatório

do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. O diploma legal instituiu no ordenamento jurídico brasileiro a decisão coordenada, instrumento construído para fazer valer uma unicidade deliberativa quando a matéria objeto de demanda estiver envolvida com a participação de mais de três setores, órgãos ou entidades da Administração Pública Federal. A nova matriz de governança implica efeitos diretos sobre matérias ambientais. Licenciamentos ambientais, análises de risco, autorizações ou licenças, em sua mais ampla diversidade, quando estiverem enlaçadas a assuntos objeto de regulação outras entidades para além das ambientais propriamente ditas, poderão se situar no campo regulatório da decisão coordenada, a fim de evitar conflitos de atribuições².

Por governança, em especial, por governança ambiental, compreendem-se os processos e as instituições “por meio dos quais os atores sociais – estatais e não estatais – se organizam e tomam decisões a respeito das questões ambientais” (ADAMS *et al*, 2020, p. 2). A governança remete ao conjuntor de estruturas de ação e desenvolvimento propositivo nos arranjos organizacionais de modo a se alcançar a multiplicidade de atores sociais, Poder Público e instituições como um todo, públicas e privadas, considerando os referenciais de “*accountability* (responsabilização, transparência e prestação de contas), legalidade, equidade e inclusão, processo decisório participativo e a tríade (eficiência, efetividade e eficácia)” (MOURA, 2016, p. 13). Os aspectos da governança, sob a esfera do Poder Público, exige a avaliação e delimitação dos suportes regulatórios para desenvolvimento das relações jurídicas e papel decisório exercido pelas instituições³.

As modificações foram introduzidas pelo Capítulo XI-A, artigos 49-A a 49-G. O primeiro fator de recorte é o caráter circunscrito em termos federativos⁴. A sistemática da decisão coordenada somente se aplica em âmbito federal. Dessa maneira, para que se tenha aplicação em âmbitos estadual e mesmo municipal, exige-se norma própria de cada ente federativo. A ideia motriz da decisão coordenada é uma reunião de atores setoriais da Administração Pública, que deixariam de exercer sua atribuição em campo circunscrito para passar a deliberar em uma ágora coletiva administrativa.

A matéria que está sujeita à decisão coordenada pode ser qualquer tema implicado em decisão administrativa, desde que for justificável pela

2 Para aprofundamento no conflito de atribuições administrativas, ver: PINTO; GOMES, 2018, p. 32-51.

3 Para uma relação entre governança e conflitos de interesse, ver: GOMES; PIGHINI, 2016, p. 165-192.

4 Para aprofundamento no federalismo cooperativo, ver: MARIA; GOMES, 2017, p. 303-330.

relevância da matéria e houver dissenso que dificulte a rapidez da decisão a ser proferida no processo administrativo. O instituto aparenta uma clara incursão de prévia recursal para se ultrapassar óbices levantados por uma entidade ou órgão em face de outros. Se a intervenção em bem ambiental, portanto, envolver matéria energética ou usos de recursos naturais a implicar interesses e decisões de IBAMA, ICMBio, ANM e Ministério das Minas e Energia, exemplificativamente, o mecanismo é ativado para ser a via de desenlace das discordâncias existentes. A questão acarreta efeitos sobre a perspectiva do licenciamento ambiental, inclusive quanto ao estudo prévio de impacto ambiental, que avalia a viabilidade do empreendimento sujeito à análise técnica do órgão ambiental, por exemplo.

A definição legal de decisão coordenada, presente no artigo 49-A, § 1º, apresenta o instituto como “instância de natureza interinstitucional ou intersetorial que atua de forma compartilhada com a finalidade de simplificar o processo administrativo mediante participação concomitante de todas as autoridades e agentes decisórios e dos responsáveis pela instrução técnico-jurídica, observada a natureza do objeto e a compatibilidade do procedimento e de sua formalização com a legislação pertinente” (BRASIL, 2021). A decisão coordenada não exclui ou anula os campos próprios de cada um dos atores envolvidos, mas, sem dúvidas, afeta a sistemática de deliberação setorial.

Isso vem a significar que decisões ou posicionamento a princípio fixadores de restrição ou mesmo de inviabilidade podem ser sujeitos a modificações no curso do procedimento, com negociações e revisões internas voltadas para ultrapassar as razões motivadoras de restrição. As razões de análise locacional e de modalidade operacional são casos previsíveis. Poderá o órgão ambiental se manifestar em desfavor quanto a determinado empreendimento em área de proteção ambiental pelos impactos geográficos identificados ou pelas modalidades tecnológicas de operação do empreendimento.

No curso do processo administrativo, em razão de manifestação técnica ou de gestão acolhida por outros órgãos ou entidades, o próprio órgão ambiental poderá ser levado a relativizar sua posição. Isso se compreende que, via de intervenção compatível, for apresentada para afetação locacional ou modalidade operacional depreendida nas discussões prévias à emissão da decisão coordenada. O problema consiste em garantir que sejam mantidas as integridades técnicas e de convicção de gestão ambiental quanto aos impactos das atividades econômicas ou de infraestrutura postas em pretensão.

A decisão coordenada possui campo de aplicação essencialmente voltado para as atividades econômicas, sejam elas públicas ou privadas. O artigo 49-A, § 6º, determina sua não aplicação às matérias de licitação, ao processo sancionador e àquelas que estejam envolvidas autoridades de Poderes distintos. Mas antes de exclusão, tem-se, em verdade, um foco de aplicação. A decisão coordenada se destina a reger a superação de problemas ou entraves em atividades de infraestrutura ou de impacto regulatório que afetem campo de gestão em licença ou autorização de órgãos e entidades públicas. Em outras palavras, a decisão coordenada não se volta para o âmbito punitivo, ou para o âmbito interno da Administração Pública, mas sim se endereça para as atividades de infraestrutura desenvolvidas pelo Poder Público e para as ações de intervenção no domínio econômico, que desencadeiem situações de sujeição especial junto à Administração Pública (GUERRA; GUERRA, 2012, p. 104).

O procedimento de elaboração decisório com o dever atribuído a cada órgão ou entidade de apresentar documento e razões específicas sobre o tema atinente à respectiva competência, que, por sua vez, irá integrar o processo da decisão coordenada. Devem, nessa etapa, ser apresentadas todas as razões de gestão e fundamentações técnicas que estejam ligadas ao ponto de controvérsia ou aos fundamentos de restrição existentes na percepção de cada um dos atores envolvidos. A tendência revelada pelo artigo 49-F é de se evitar a solução zero ou a denominada negativa geral e irrestrita. Há dever jurídico da entidade de apresentar seu dissenso ou resistência de forma fundamentada, mas também de apresentar sugestão de resolução ou modificação indispensável para a solução da controvérsia.

A sistemática adotada revela pontos de preocupação sob o aspecto ambiental e a coerência normativa do modelo jurídico-ambiental brasileiro. A sistemática presente na Lei Complementar n. 140, de 8 de dezembro de 2011, na Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, assim como em diversas Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), atribui ao empreendedor a obrigação jurídica de apresentar soluções e propostas técnicas que tornem expressamente viável o empreendimento pretendido, para fins de licença ou de autorização ambiental. Já a sistemática indicada na Lei n. 14.210 indica caminho inverso, atribuindo ao próprio Poder Público o dever jurídico de apresentar bases de solução para a viabilidade da intervenção pretendida.

A prevalência desta interpretação poderá comprometer toda a expressão sistêmica do marco regulatório ambiental, pois transferiria para o Poder Público incumbência própria dos atores privados, que passariam

a contar com verdadeira inversão do ônus de inviabilidade ambiental, em flagrante ruptura com o paradigma de Direito Administrativo holandês adotado no Brasil⁵. A melhor indicação hermenêutica que se apresenta é compreender o dispositivo de modo a somente se carregar de obrigações do órgão público de apresentar soluções que sejam compatíveis com o ônus de instrução do processo administrativo (LEVATE, 2017, p. 68-69), de modo a não se encarregar a Administração Pública do dever de patrocinar vias de concretização de empreendimento privado.

O caráter deliberativo ou mesmo de conciliação é uma expressão dúbia existente no mecanismo da decisão coordenada. A sistemática legal simplesmente pressupõe que se chegará, por meio do procedimento, a uma solução comum e conjugada, sem sequer se dispor quanto a maiores requisitos a serem apresentados. O artigo 49-G indica que “a conclusão dos trabalhos da decisão coordenada será consolidada em ata, que conterá o relato dos itens de pauta, a síntese dos fundamentos, a síntese das teses” (BRASIL, 2021) e ainda o “registro das orientações, das diretrizes, das soluções ou das propostas de atos governamentais relativos ao objeto da convocação, o posicionamento dos participantes para subsidiar futura atuação governamental em matéria idêntica ou similar” (BRASIL, 2021) e a decisão de cada órgão ou entidade relativa à matéria sujeita à sua competência.

2. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS AMBIENTAIS

É notório que, com o avanço tecnológico decorrente do surgimento de centros comerciais, houve uma ascensão de conflitos entre pessoas e entre comunidades, o que acabou por causar uma grande demanda pela tutela do Estado, que obviamente não conseguiu suportá-la, tornando-a jurisdição estatal um meio moroso de solução de conflitos. Diante dessa realidade, procurou-se buscar, cada vez mais, técnicas alternativas de solução de conflitos, inclusive com o regresso a instrumentos antigamente empregados.

Ademais, em razão da escassez de recursos naturais, houve também uma ascensão de conflitos nessa seara e, além de buscar discutir cada vez mais formas de inibir tal escassez, colocando em pauta no mundo jurídico o assunto ambiental, especialmente no que tange a sustentabilidade e formas de coerção e medidas para evitar a degradação ambiental, se tornou necessário a instituição de técnicas alternativas de solução de conflitos específicas à área ambiental.

5 Para analisar o Direito Administrativo holandês, consultar: GOMES; OLIVEIRA, 2018, p. 173-197.

Conforme muito bem aponta Jaques:

Anteriormente ao século XX havia uma verdadeira falta de consciência quanto ao dever de proteção e respeito à natureza. O desconhecimento quanto aos fenômenos naturais e o impacto do homem no meio em que vivia acarretavam em uma falsa certeza de inesgotabilidade daqueles recursos naturais até então abundantes. Com a Revolução Industrial e o desenvolvimento da produção em massa, houve uma ruptura com o modo de vida natural. O Capitalismo, pautado pela busca incessante de produção para acúmulo de riqueza e a utilização da tecnologia para propiciar conforto, luxo e prazeres aos homens, até os dias de hoje carece de atenção aos efeitos dos meios empregados (JAQUES, 2014, p. 301).

Um exemplo seria, justamente, o modelo de governança conciliativa, que será abordado de forma específica no próximo tópico, sendo ele uma fase conciliatória à implementação de solução de controvérsias entre órgãos da Administração Pública Federal. Poderia, assim, afirmar que se trata de uma medida que pode dar fim ao litígio sem a necessidade de processo administrativo, mediante técnica alternativa de resolução de conflitos.

Para entender melhor o que o este estudo pretende tratar, torna-se necessário, ao menos, uma síntese do que seria um conflito de interesses. Erroneamente, costuma-se tratar conflito uma situação decorrente de brigas e discussões, algo anormal. Mas não é o seu verdadeiro significado. Na verdade, como bem explica Moore:

Todas as sociedades, comunidades, organizações e relacionamentos interpessoais experimentam conflitos em um ou outro momento no processo diário de interação. O conflito não é necessariamente ruim, anormal ou disfuncional, é um fato da vida. [...] Entretanto, o conflito pode ir além do comportamento competitivo e adquirir o propósito adicional de infligir dano físico ou psicológico a um oponente, até mesmo a ponto de destruí-lo. É aí que a dinâmica negativa e prejudicial do conflito atinge o seu custo máximo (MOORE, 1998, p. 05).

Tais conflitos, usualmente, decorrem de inter-relações sociais e de uma aglomeração massiva em determinado espaço. Conforme explica Lambony:

De fato, se o espaço é um produto social e político (no sentido mais amplo do termo), isso significa que há uma inter-relação direta entre o

social e o espacial. Portanto, é possível agir sobre o espaço para garantir que essa sua produção seja mais ou menos favorável a todos, ou, ao contrário, que ela seja exclusiva e controlada por alguns (LAMBONY, 2017, p. 118).

A princípio, portanto, a construção de uma sociedade com espaços urbanos menos desiguais, com a participação popular nessa construção, seria uma medida capaz de tornar escassos conflitos de natureza social e espacial.

Além de saber o que de fato configura-se como conflito, é necessário saber reconhece-lo diante de um caso concreto, através da identificação de uma relação de interdependência entre dois ou mais autores com respeito aos objetivos, e eles devem ter ciência que essa relação é incompatível, de forma parcial ou total.

Ocorre que, uma vez formado o conflito, diferentemente dos tempos mais remotos, onde a solução era a autotutela ou, um pouco mais tarde, mediante a decisão do chefe de família, recorre-se ao Poder Judiciário ou a outros órgãos decisórios, que é atualmente a instituição dotada de autoridade para determinar o convívio humano com base em normas jurídicas criadas pelos representantes do povo. Com isso, nasceu o Estado de Direito moderno.

Entretanto, a intensa procura pelos órgãos que exercem jurisdição ou atribuição decisória, como instituição que detém a última palavra acerca de resolução de divergências entre pessoas, ou entre Estado e pessoas, ou entre órgãos da Administração Pública, acaba por desencadear em uma intensa morosidade judicial ou administrativa, uma vez que o Estado, por si só, não é capaz de analisar tantas demandas e julgá-las em pouco tempo. Isso acaba por trazer uma ineficácia das decisões judiciais e administrativas, que, quando mais postergadas, menos são efetivas para as partes e interessados.

Por isso, tornou-se necessária a busca por medidas alternativas de solução de conflitos, denominado também como “processos de facilitação”, que são justamente o contrário de processos judiciais. Para aplicação efetiva dessas medidas, é necessário identificar, a princípio, o nível de intervenção necessária e se seria possível acabar, de vez, com as incompatibilidades geradas entre os atores.

A utilização dessas técnicas pode partir dos próprios atores, de forma desassistida (endógenas) ou mediante ajuda de um terceiro (exógenas). Esta

última, geralmente é caracterizada através da arbitragem, conciliação, mediação ou negociação, sendo ela a mais comum em razão de que ambas as partes podem maximizar seus benefícios. Nesse sentido:

Para cada una de las partes, el propósito de la negociación puede ser maximizar su propio beneficio, independientemente del de la otra parte, por lo tanto y por lo general, el negociador se toma la libertad de ser capaz de utilizar los recursos como una parte natural de proceso de negociación. Esto conduce a dos formas de negociación que, hoy en día, son las más conocidas: a) la negociación distributiva; y b) la negociación integrada (CONFORTI, 2016, p. 154).

Atualmente, decorrente da intensa demanda por recursos naturais, em virtude da explosão demográfica e da produção de consumo nos centros urbanos, um dos principais desafios é a resolução de conflitos de interesse que envolvem problemas ambientais como a escassez iminente de recursos naturais essenciais à vida humana⁶.

Essa situação acabou por clamar por medidas alternativas de solucionar conflitos ambientais, a fim de alcançar a sustentabilidade, em especial diante da esfera administrativa.

Pode-se afirmar que quanto maior a diversidade de técnicas alternativas de resolução de conflitos sociais, maior os índices de preservação e garantia de que haverá recursos naturais capazes de propiciar uma futura geração saudável e capaz de dar continuidade à vida humana.

3. DECISÃO COORDENADA COMO MODELO DE GOVERNANÇA CONCILIATIVA

A decisão coordenada representa desafio para seu enquadramento na sistemática de governança e planejamento e na identificação dos campos próprios de decisão administrativa em matérias postas sob controvérsia. A gestão e planejamento de recursos naturais exige compatilização no tempo e espaço, repercutindo de forma intergeracional e em todo o território nacional e mundial, respectivamente.

O modelo deliberativo de governança em matérias afetas aos bens ambientais não pode se perder do paradigma próprio de regência do primado ambiental no desenvolvimento socioeconômico. Assim, marcos

6 Nesse sentido, ver: GOMES; PINTO, 2020, p. 147-162.

de sustentabilidade e viabilidade ambiental não são simples pontos de divergência ou de obstrução, mas primados de avaliação de possibilidade no desenvolvimento de atividades antrópicas⁷. Nessa linha, o paradigma ecológico é pano de fundo compreensivo de qualquer aplicação prática a que se disponha a abordagem de governança de conflitos administrativos a serem enfrentados na decisão coordenada. Esse pano de fundo pode ser delineado tanto a partir da visão de Estado ecológico quanto da visão de Estado Socioambiental.

O Estado ecológico, na terminologia apropriada por Pérez Luño, exige a promessa constitucional de situar “os problemas da qualidade de vida e o meio ambiente” (SARLET, 2012, p. 53). No mesmo sentido, lecionam Sarlet e Fensterseifer que o Estado Socioambiental é a concretização do federalismo ecológico, “longe de ser um Estado ‘Mínimo’, é um Estado regulador da atividade econômica, capaz de dirigi-la e ajustá-la aos valores e princípios constitucionais, objetivando o desenvolvimento humano e social de forma ambientalmente sustentável” (LUÑO, 2010, p. 22). A justiça socioambiental demanda a análise dos benefícios e malefícios de toda e qualquer atividade antrópica, sem falar nos eventuais riscos intergeracionais, especialmente à herança da biodiversidade, o que deve ser considerado no momento da decisão administrativa⁸.

Em outros termos, a confrontação ecológica em face de posicionamentos setoriais voltados para a implementação obras ou atividades, públicas ou privadas, deve estar preparada para a saída de negativa de viabilidade. Não se pode conceber ou admitir a decisão coordenada como uma conciliação ou superação necessária de antagonismos existentes. O processo deliberativo e a própria decisão devem estar aptos ao resultado não decisório, ou seja, à permanência de negativa não conciliada entre os atores envolvidos, sob pena de vulneração do plexo da sustentabilidade⁹. Dessa forma, a aplicação da decisão coordenada não pode significar renúncia de aplicação normativa ambiental derivada do processo administrativo, para fins de prevalência de posições regulatórias não sustentáveis ou que pressuponham o afastamento de requisitos técnicos de adequação.

7 Para analisar a sustentabilidade como marco estruturante do Estado Democrático de Direito Ecológico e Socioambiental, bem como sua relação com as políticas públicas, ver: GOMES; FERREIRA, 2017, p. 93-111; e GOMES; FERREIRA, 2018, p. 155-178.

8 Para uma relação entre o Direito dos Desastres e o compliance ambiental, ver: KOKKE, 2020, p. 170-195.

9 Para ver o conceito de plexo de sustentabilidade, consulte: GOMES; FERREIRA, 2018, p. 155-178.

A instrumentalização da decisão coordenada corresponderá, em verdade, uma fase conciliatória prévia à implementação de procedimento de solução de controvérsias, por via de autocomposição administrativa, que é feito por meio da Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Federal (CCAF), regradada pelo artigo 18 do Decreto 10.608, de 25 de janeiro de 2021. À CCAF compete tanto o juízo de admissibilidade dos requerimentos de resolução de conflitos, através de conciliação, quanto solucionar, por meio de mediação, conflitos entre órgãos e entidades públicas da Administração Federal (BRASIL, 2012).

Não alcançada a solução, o conflito é remetido, em escala administrativa, ao Consultor-Geral da União, para seguimento junto à Advocacia-Geral da União. A previsão é decorrente da Lei n. 13.140, de 25 de junho de 2015. O artigo 36 da norma dispõe que “no caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito” (BRASIL, 2015), segundo procedimento constante em ato administrativo normativo do Advogado-Geral da União. Portanto, se não houver acordo quanto à controvérsia, cabe ao Advogado-Geral da União dirimi-la, sempre observando as elaborações técnicas e espaço de governança próprios das esferas de gestão governamental.

É relevante ponderar que a dinâmica de composição de conflitos é essencialmente administrativa. Não é facultado às entidades federais litigarem entre si ao bem-querer. O artigo 39 da Lei n. 13.140 impõe que qualquer ajuizamento de demanda judicial em que figurem simultaneamente nos polos ativo e passivo entes da Administração Pública Federal deverá haver necessária e imprescindível autorização do Advogado-Geral da União. Trata-se de verdadeira condição de procedibilidade da demanda cível e que se volta para definir no âmbito da própria Administração Pública seus conflitos.

O cenário normativo extraído delinea aspiração de governança resolutiva conciliatória advinda do instrumento da decisão coordenada no processo administrativo federal, simultaneamente a uma conjuntura resolutiva que define campos resolutivos adjudicatórios que extrapolam a decisão coordenada. É possível, nessa órbita, tracejar limites normativos de legitimidade para o novel instituto da decisão coordenada.

A decisão coordenada somente se aplica a situações de possível superação de posicionamentos confrontantes em que não se tenha

sobreposição ou anulação de fundamentação técnica ou posição juridicamente escorada de gestão própria das atribuições de uma entidade pública em face de outras entidades ou órgãos que possuam campos de atuação tangenciados pela primeira. No âmbito do processo administrativo ambiental, seja de licença, seja de autorização, ou mesmo de anuência, as posições técnicas ou de gestão, apoiadas em posicionamentos jurídicos emitidas pelos órgãos ambientais não podem ser objeto de flexibilização pela expressão de prevalência de entendimento que pretenda anteparo à atividades antrópicas que não guardem potencial de compatibilidade ou viabilidade ambiental e com a sustentabilidade, em suas múltiplas dimensões.

Além disso, o instrumento de solução conciliada previsto por meio da decisão coordenada não pode assumir, de forma alguma, caráter impositivo ou adjudicatório. O procedimento de decisão coordenada é fase anterior ou de solução em autocomposição que, frustrada, cede espaço à atuação da CCAF e, mantendo-se a indefinição, à solução determinada pela Advocacia-Geral da União, nos termos da Lei n. 13.140/15.

CONCLUSÃO

A partir do levantamento crítico e sistêmico desenvolvido, ao vetor do método crítico-propositivo, tem-se que o recente instrumento da decisão coordenada, inserido por meio da Lei n. 14.210/2021, representa uma via conciliatória de autocomposição inserta no processo administrativo federal, a se aplicar também às matérias ambientais, que implementa o federalismo cooperativo. Entretanto, não se tem como viável e factível o desenvolvimento de decisões coordenadas que comprometam determinações deliberativas próprias dos órgãos ambientais.

Assim, não podem as autocomposições formadas por decisão coordenada configurar flexibilizações artificiais em posições técnicas e de gestão escoradas em panos de fundo, princípios ambientais e marcos legais, de modo a projetar restrições indevidas quanto a definições de viabilidade ambiental de atividades antrópicas. O novo regime jurídico implicado pela decisão coordenada afigura-se como uma nova etapa, discursiva e deliberativa, sem constrictões e sem adjudicação dentro da Administração Pública Federal. O instrumento da decisão coordenada possui natureza autocompositiva, uma fase prévia que se agrega às disposições regentes da procedimentalização conciliatória e voltada para mediação existente na Administração Pública Federal.

Não se pode cogitar de graus de imperatividade coativa ou constritiva, e menos ainda adjudicatória no âmbito do desenvolvimento do procedimento das decisões coordenadas. A frustração do processo autocompositivo determinará o seguimento da controvérsia à CCAF e, mantendo-se a indefinição, à solução determinada pela Advocacia-Geral da União, nos termos da Lei n. 13.140/15.

O modelo de governança conciliativa expressado por meio da decisão coordenada não pode se converter em mecanismo de superação indistinta e imposição velada de posições de um órgão regulatório sobre outro. Em consequência, embora possa o instituto alçar níveis de superação de entraves e eficiência na aplicação das normas administrativas que interrelacionem campos de gestão regulatória diversos, seu potencial de resolução é limitado. Deve ele guardar respeito aos limites próprios de regulação de cada órgão ou entidade e, sempre que possível à força normativa dos princípios ambientais (paradigma do *compliance* público ambiental), sob risco de criação de hierarquias regulatórias no interior da Administração Pública Federal, a provocar vulnerabilidades ambientais na aplicação de normas protetivas em face de atividades que não se manifestem como compatíveis ou viáveis em seu impacto ecológico.

REFERÊNCIAS

ADAMS, Cristina; BORGES, Zilma; MORETTO, Evandro Mateus; FUTEMMA, Celia. *Governança ambiental no Brasil: acelerando em direção aos objetivos de desenvolvimento sustentável ou olhando pelo retrovisor?* Cadernos Gestão Pública e Cidadania, São Paulo, v. 25, n. 81, p. 1-13, 2020, p. 2. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/view/81403/77731>. Acesso em: 07 out. 2021.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal (CCAF). *Diário Oficial da União*, Brasília, 2012.

BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 jun. 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. *Diário Oficial da União*, Brasília, 29 jun. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Lei n. 14.210, de 30 set. 2021. Acrescenta o Capítulo XI-A à Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, para dispor sobre a decisão coordenada no âmbito da administração pública federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º out. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14210.htm. Acesso em: 10 out. 2021.

CONFORTI, Franco: *Construcción de paz: diseño de intervención en conflictos*. 2. ed. Madri: Dykinson, 2016.

GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. A dimensão jurídico-política da sustentabilidade e o direito fundamental à razoável duração do procedimento. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 52, v. 2, p. 93-111, maio/set. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v2i52.8864>. Acesso em: 22 set. 2021.

GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. Políticas públicas e os objetivos do desenvolvimento sustentável. *Revista Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 9, n. 2, p. 155-178, ago./dez. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.25246/direitoedesenvolvimento.v9i2.667>. Acesso em: 25 maio 2021.

GOMES, Magno Federici; OLIVEIRA, Warley Ribeiro. A aplicação de boa governança, do compliance e do princípio da cooperação no licenciamento ambiental brasileiro. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 9, n. 2, p. 173-197, maio/ago. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i2.23345>. Acesso em: 10 out. 2021.

GOMES, Magno Federici; PIGHINI, Bráulio Chagas. Sustentabilidade para Governança, Supremo Tribunal Federal e Conflito de Interesses. *Seqüência*, Florianópolis, n. 73, v. 37, p. 165-192, ago. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2016v37n73p165>. Acesso em: 10 out. 2021.

GOMES, Magno Federici; PINTO, Wallace Douglas da Silva. Efetividade da jurisdição e a análise dos sistemas alternativos de resolução de conflitos ambientais e internacionais. In: MAILLART, Adriana Silva; CARMO, Valter Moura do (Coords.). *Formas consensuais de solução de conflitos I*. Florianópolis: CONPEDI, 2020. p. 147-162. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/nl6180k3/45nx4pp0>. Acesso em: 11 mar. 2022.

GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. *Intervenção estatal ambiental: licenciamento e compensação de acordo com a Lei Complementar n. 140/2011*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 104.

JAQUES, Marcelo Dias. A tutela internacional do meio ambiente: um contexto histórico. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 11, n. 22, p. 299-315, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v11i22.372>. Acesso em: 28 jan. 2020.

KOKKE, Marcelo. A Interligação entre a Lei Anticorrupção e o Direito dos Desastres. *Seqüência*, Florianópolis, n. 86, v. 41, p. 170-195, dez. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2020v41n86p170>. Acesso em: 11 mar. 2022.

LAMBONY, Philippe Gervais. A justiça espacial, experiências e pistas de pesquisa. In: CARLOS, Ana Fani Alessandri, ALVES, Glória, PADUA, de Rafael Faleiros (Orgs.). *Justiça espacial e o direito à cidade*. São Paulo: Editora Contexto, 2017. p. 117-132.

LEVATE, Luiz Gustavo. *Processo administrativo ambiental: relação entre constituição, direitos fundamentais e processo*. Curitiba: Ed. Prismas, 2017. p. 68-69.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional*. Tradução José Luís Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 22

MARIA, Dioclides José; GOMES, Magno Federici. Da (im)possibilidade do ajuizamento da ação direta interventiva para assegurar a autonomia municipal para legislar sobre licenciamento ambiental de impacto local. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 303-330, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i1.7538>. Acesso em: 10 out. 2021.

MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Tradução de Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MOURA, Adriana Maria Magalhães de. Trajetória da política ambiental federal no Brasil. In: MOURA, Adriana Maria Magalhães de (Org.). *Governança ambiental no Brasil: instituições, atores e políticas públicas*. Brasília: IPEA, 2016. p. 13-43.

PINTO, Wallace Douglas da Silva; GOMES, Magno Federici. Conflitos de atribuições e cooperação administrativa para tutela do meio ambiente. *Sustentare*, v. 2, n. 1, p. 32-51, jan./jul. 2018. Disponível em: <http://periodicos.unincor.br/index.php/sustentare/article/view/4497>. Acesso em: 10 out. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 53.

RECEBIDO EM: 30/11/2020

APROVADO EM: 27/01/2022

**O CONTROLE DE MORALIDADE
ADMINISTRATIVA A PARTIR DOS
PARÂMETROS EXIGIDOS PELO DIREITO
À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

***THE CONTROL OF ADMINISTRATIVE MORALITY
BASED ON THE STANDARS REQUIRED BY THE RIGHT
TO GOOD PUBLIC ADMINISTRATION: AN ANALYSIS
OF THE JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL COURT OF
AUDITORS***

Maritana Mello Bevilacqua

*Mestra em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Pós-graduada em Direito
Constitucional. Procuradora Federal - Advocacia-Geral da União.*

Janriê Rodrigues Reck

*Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestrado pela Universidade
de Santa Cruz do Sul. Professor do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e
Doutorado, da Universidade de Santa Cruz do Sul.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O direito à boa Administração Pública na perspectiva do Estado Democrático de Direito. 3. O controle de moralidade administrativa na perspectiva do Tribunal de Contas da União. 4. A fixação de premissas para o controle da moralidade administrativa na perspectiva do direito à boa administração pública: um aprimoramento da atividade do controlador. 5. Conclusão. 6. Referências

RESUMO: Esse trabalho versa sobre o direito à boa administração pública e as implicações que carrega em relação ao controle de moralidade administrativa perpetrado pelo Tribunal de Contas da União. O que norteia a pesquisa é tentar identificar se o direito à boa administração pública pode servir como suporte interpretativo do princípio da moralidade administrativa, de modo a aperfeiçoar a atividade de controle efetuada pelo Tribunal de Contas da União a partir da sistematização de critérios. A hipótese é a de que o direito à boa administração pública pode colaborar para a definição de parâmetros interpretativos em concreto, fortalecendo e aprimorando a atividade de controle do Tribunal de Contas da União, e marchando para uma maior segurança jurídica. Após análise de decisões da Corte de Contas proferidas entre agosto de 2019 e agosto de 2020, logrou-se verificar que, uma vez que o Tribunal de Contas da União, a despeito de incorporar a moralidade administrativa como dever a ser seguido pelos agentes públicos, não o faz a partir de critérios definidos e sistematizados. A conclusão é a de que o direito à boa administração pública pode colaborar para o aprimoramento do controle efetuado, a partir do fornecimento de balizamentos para a interpretação da moralidade administrativa, os quais são delineados ao cabo da pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Boa Administração Pública. Tribunal de Contas da União. Controle Externo. Moralidade Administrativa. Segurança Jurídica.

ABSTRACT: This work deals with the right to good public administration and the implications it carries in relation to the control of administrative morality perpetrated by the Federal Court of Auditors. The problem guiding the study is to identify whether the right to good public administration can serve as an interpretative support for the principle of administrative morality in order to improve the control activity carried out by the Federal Court of Auditors based on the systematization of criteria. The hypothesis is that the right to good public administration can contribute to the definition of concrete interpretative standards, strengthening

and improving the control activity of the Federal Court of Auditors, and moving towards greater legal security. Based on the analysis of the Federal Court of Auditors' decisions rendered between August 2019 and August 2020, the result achieved was the confirmation of the hypothesis, since the Federal Court of Auditors, despite incorporating administrative morality as a duty to be followed by public agents, does not do so based on defined and systematized standards. The conclusion is that the right to good public administration can contribute to the improvement of the control carried out, based on the provision of standards for the interpretation of administrative morality, which are outlined at the end of the survey.

KEYWORDS: Right to Good Public Administration. Federal Court of Auditors. External Control. Administrative Morality. Legal Security.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo traz à lume o tema do controle efetuado pelo Tribunal de Contas da União tendo por base o princípio da moralidade administrativa, o qual guarda alta carga de abstração e, por conta disso, sua verificação não revela contornos definidos e sistematizados. E muito se tem comentado sobre a necessidade de aprimorar-se essa faceta, de forma que ao administrador público se garanta uma segurança jurídica para seu atuar, diminuindo o seu temor de responsabilização em virtude de uma interpretação equivocada dos órgãos de controle, privilegiando-se uma efetivação do direito à boa administração pública.

O problema que guia essa pesquisa é precisamente identificar se o direito à boa administração pública pode sugerir um suporte interpretativo sistematizado do princípio da moralidade administrativa de modo a aperfeiçoar a atividade de controle perpetrada pelo Tribunal de Contas da União? Parte-se da hipótese de que essa organização é possível e a definição dos balizamentos perpassa pelo direito à boa administração pública como vetor de interpretação, de modo que haja uma lapidação da atividade do controlador e a conferência de uma maior segurança jurídica ao administrador público.

A metodologia empregada para a abordagem foi o método dedutivo, ao passo que o método de procedimento é o estudo de caso, através da análise qualitativa das decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União entre agosto de 2019 e agosto de 2020, a partir das palavras-chave “moralidade administrativa”, filtrando-se por “data da sessão” e por “Plenário” no campo “colegiado”. A técnica de pesquisa é a bibliográfica.

O trabalho encontra-se estruturado em três partes, sendo a primeira dedicada à contextualização do direito à boa administração pública na perspectiva do Estado Democrático de Direito; a segunda diz respeito ao estudo de casos apartados da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, que versem sobre o princípio da moralidade administrativa; e o terceiro se presta, especificamente, à formatação de uma proposta de critérios interpretativos para fins de aprimoramento da atividade de controle da Corte de Contas em relação à observância do princípio da moralidade administrativa.

2. O DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA PERSPECTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição Federal de 1988 inaugurou a concepção de Estado Democrático de Direito, revolucionando o estado das coisas e contaminando com valores democráticos todo o ordenamento jurídico (SILVA, 2002). A primazia, nesse novel arquétipo, é a busca pela efetiva igualdade através de intervenções que possam alterar e contrabalançar situações de contraste, orientando-se pelos princípios da constitucionalidade, organização democrática da sociedade, sistema de direitos fundamentais e coletivos, justiça social, divisão de poderes/funções, legalidade, segurança e certeza jurídica (STRECK; MORAIS, 2014).

Passa-se a conceber, ao lado do Estado Democrático de Direito, o fenômeno do constitucionalismo contemporâneo, cujas características mais marcantes residem na normatividade, superioridade e centralidade das disposições constitucionais, pela integração de valores e opções políticas, com ênfase nos direitos fundamentais (BARCELLOS, 2005). Apoiando-se no Estado Democrático de Direito, o constitucionalismo ganha campo fértil, pois a intenção de ambos os portentos é de modificação da realidade.

Uma das consequências da nova configuração jurídica adotada pelo Estado é a constitucionalização do Direito Administrativo, o qual, por essência, passa a ser subordinado à Constituição Federal e à legalidade democrática, restringindo a discricionariedade aos espaços que estejam circunscritos às finalidades legais e aos fins constitucionalmente estabelecidos (BINENBJOM, 2014). Streck e Morais (2014) apontam que o Estado de Direito adita um conteúdo social à juridicidade liberal, como forma de restrição da atividade estatal, tornando a lei o instrumento de ação em concreto do Estado, cuja seguridade reside na efetividade e promoção de certas ações projetadas pelo ordenamento jurídico.

Perante tal contexto, deduz-se ser necessária a releitura do Direito Administrativo, tomando por privilégio o seu comportamento de concretizador de direitos. Hachem (2013), concordando com Gabardo (2009), firma posição no sentido de que a Constituição Federal de 1988 carrega à Administração Pública um dever de afastamento dos entraves para o alcance dos objetivos fundamentais, inclusive pela criação de circunstâncias reais e efetivas para essa implementação em concreto. Exsurge, daí, o papel primordial da Administração Pública, agora encarregada expressamente pelo texto constitucional de materializar “[...] os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, para isso, cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diferentes tipos, garantir a prestação de determinados serviços, etc.” (BARCELLOS, 2005, p. 90). É a partir dessas considerações que surgem os primeiros estudos sobre o direito à boa administração pública.

Ordenamentos jurídicos europeus despontam como reconhecedores dessa circunstância – a exemplo da Itália e da Espanha –, especialmente a partir da vigência da Carta de Nice (ou Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) que, no art. 41, expressamente vale-se do termo “direito à boa administração pública”. Elenca, em seus incisos, os seguintes direitos: 1) direito de ter seu pleito analisado de forma imparcial, justa e em tempo razoável; 2) direito de ser ouvido antes da tomada da decisão; 3) direito de ter acesso aos seus dados que constem de registros públicos; 4) direito de ter uma decisão motivada; 5) direito de ser ressarcido por danos causados pelo poder público; e 6) direito de se dirigir a qualquer das instituições da União Europeia em uma das línguas oficiais e no mesmo idioma obter resposta (PARLAMENTO EUROPEU, 2000). Fragale (2019) destaca que o direito em comento não se esgota nas hipóteses enumeradas, as quais são meramente exemplificavas.

O aprofundamento da temática culminou na edição do Código Europeu de Boa Conduta Administrativa, aprovado pela Resolução de 06 de setembro de 2001 do Parlamento Europeu. O documento em testilha revela, em seus 27 artigos, diversas condutas a serem estritamente observadas pelas instituições e administradores públicos, como o direito de ter indicada a possibilidade de solicitar a revisão de uma decisão (artigo 19); direito de ser notificado da decisão (artigo 20); direito de requerer informações (artigo 22); direito de ter acesso a registros adequadamente armazenados (artigo 24); direito de noticiar qualquer violação ao Ombudsman (artigo 26) (PARLAMENTO EUROPEU, 2001).

No Brasil, a expressão “boa administração pública” não verte expressamente da Constituição Federal, mas é apreensível pelos princípios e diretrizes que regem a Administração Pública, a qual precisa ser proba, eficiente, transparente, e capaz de implantar e gerenciar ações voltadas à concretização dos direitos fundamentais (KOHLS; LEAL, 2015). Alinhavando-se a previsão contida no artigo 37, *caput* (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) com os objetivos da República Federativa brasileira, (construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional; a erradicação das desigualdades; a promoção do bem-estar social e a abolição de qualquer forma discriminatória), todos contidos no texto constitucional, revela-se imperativa a conclusão da existência de um direito fundamental à boa administração pública.

A nota de jusfundamentalidade do direito em testilha, a seu turno, decorre do trilhar de que existem direitos fundamentais expressamente positivados no texto constitucional, e outros que estão atrelados à noção de Constituição material e dizem respeito às decisões centrais sobre a sociedade e a sua estrutura (SARLET, 2015). Nesse particular, o direito fundamental à boa administração pública é, pois, uma escolha do constituinte, hierarquizado em termos de ordenamento jurídico (pois consta implicitamente na Constituição Federal) e que resguarda bem jurídico relevante materialmente, pois diz respeito às configurações básicas do próprio aparato estatal brasileiro, o qual deve atuar pautando-se pelo respeito aos direitos fundamentais, proteção da confiança e da boa-fé, dever de transparência e de prestação de serviços públicos eficientes e eficazes, além da implantação de políticas públicas (CARVALHO, 2013). Complexa, portanto, a sua caracterização, já que congrega diversos direitos positivados e, ainda, outras condutas idealmente esperadas.

Inexiste, aliás, um conceito que caracterize a boa administração pública de forma definitiva ou majoritária, sendo qualificada muito mais pelo que se espera que venha a ser (estado ideal de coisas), do que por determinações pré-estabelecidas doutrinariamente. A integridade da conduta dos agentes públicos acaba sendo um dos principais focos de alcance do direito em testilha, posto que é esse agir que gera a materialização de uma boa Administração Pública aos auspícios do cidadão e dos órgãos de controle. Dessa conjuntura ressaí a importância do controle de moralidade administrativa para se atingir o desiderato de atender o direito em testilha, o que será desvelado nos próximos tópicos a partir da experiência do Tribunal de Contas da União.

3. O CONTROLE DE MORALIDADE ADMINISTRATIVA NA PERSPECTIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O Tribunal de Contas da União (TCU), na atual formatação do nosso Estado como Democrático de Direito, ganha sobrelevô em razão das suas importantes funções enquanto fiscalizador das finanças pùblicas. O delineamento previsto pelo constituinte originário de 1988 deixa, sem sombra de dÙvidas, aparente a preocupação em levar a cabo um controle rigoroso das contas pùblicas por um òrgão tÙcnico, capaz de ancorar dois objetivos fundamentais: garantir um adequado gerenciamento dos recursos financeiros e dos atos do Poder Executivo, precipuamente (SPECK, 2000).

O controle da Administração Pùblica é uma importante fonte de garantia da preservação do Estado brasileiro e dos direitos fundamentais, e a gerência dos interesses coletivos deve buscar, sob o viés democrático, a conformidade com os padrões legais, com especial ênfase na proteção dos objetivos primordiais insculpidos pela Constituição Federal de 1988 (artigos 1º e 3º). O Tribunal de Contas visa assegurar, sob tais ditames, que não serão vulnerados os direitos subjetivos e as diretrizes administrativas (CARVALHO FILHO, 2007). E, indo além do mero controle de aplicação dos percentuais mÙnimos de receita com despesas, a Corte de Contas ainda atua como agente verificador da qualidade dos serviços prestados, reforçando a ideia de economicidade e eficiênciã.

Nesse diapasão, o TCU colabora para a fortificação do direito fundamental à boa administração pùblica, ao certificar que as atividades desenvolvidas pelos òrgãos e instituições pùblicas tenham sempre por finalidade o atendimento pleno dos direitos fundamentais, de forma que o agir seja sempre comedido pelos princípios e objetivos do Estado Democrático de Direito, conceito do qual retira seu fundamento axiológico (FERNANDES, 2017). Essa conjuntura descamba, evidentemente, para um controle de moralidade administrativa, a ser operado em face dos atos e omissões dos agentes pùblicos ou privados que mantenham vinculação com a Administração Pùblica.

A moralidade administrativa reside como princípio norteador da atividade administrativa, contido no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988. O seu conteúdo é pautado por diversas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais, sendo desafio maior dimensionar a sua eficácia jurÙdica, especialmente para criar condutas ou impor abstenções aos agentes pùblicos, e desacoplá-lo da simples ideia de legalidade, densificando-o normativamente para assegurar uma relativa estabilidade e

previsibilidade (MIRAGEM, 2013). Quando se observa os demais princípios contidos no artigo 37, como a eficiência e a efetividade, pode-se imaginar parâmetros objetivos de aferição, a partir da estipulação de metas e seu preenchimento. Diversa é a situação da moralidade administrativa que, em um caso concreto e outro, pode estar ou não evidente a sua violação.

A moral administrativa tem sua sistematização originariamente atribuída ao francês Maurice Hauriou, e servia para policiar o ato administrativo em termos de boa administração em sentido amplo, de violação à legalidade (LEAL, 2014). Posteriormente, a doutrina brasileira ampliou essa função para abarcar a fiscalização em termos de objeto do ato administrativo, a ser efetuado a partir do conjunto de regras de conduta esperadas e atribuídas à Administração Pública.

Giacomuzzi (2002) elucida que a moralidade mencionada pelo artigo 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal é, na realidade, a proteção ao desvio de finalidade, da legalidade interna do ato, enquanto a moralidade administrativa contida no artigo 37 trata da constitucionalização da boa-fé ao Direito Público, e sua consequente derivação à improbidade administrativa. Moreira Neto (1992, p. 11) deduz que o “vício de moralidade administrativa” ocorre quando há a prática de ato “[...] fundando-se em *motivo*: a) inexistente; b) insuficiente; c) inadequado; d) incompatível; e e) desproporcional”. E Carvalho Filho (2007) acaba não conceituando especificamente a moralidade administrativa, mas deduz que usualmente estará atrelada ao princípio da legalidade e da impessoalidade, repisando as impressões já declinadas por outros doutrinadores.

Humberto Ávila (2005), a seu turno, em trabalho dedicado à investigação da moralidade administrativa, reconhece a preocupação da Constituição Federal de 1988 com os “padrões de conduta” – ou seja, com a probidade do atuar da Administração Pública, aproximando a moralidade da probidade. Sistematiza que esses padrões podem ser vertidos a partir de cinco óticas: 1) partindo-se do estabelecimento de valores fundamentais, que devem estar inseridos na atividade administrativa e que não devem ser restringidos sem justificativa; 2) instituindo uma maneira objetiva e impessoal para o atuar da Administração Pública, lastreado no Estado de Direito, separação de poderes e legalidade; 3) criando maneiras de proteção dos direitos fundamentais; 4) impondo critérios para acesso aos cargos públicos; e 5) impondo mecanismos de controle da atividade pública.

Aproximando o princípio da moralidade administrativa da concepção de controle dos atos, Rangel (2006) apregoa que tal postulado legitima

a averiguação dos atos estatais e do comportamento dos seus agentes e órgãos. Na mesma toada, Emerson Garcia (2002), aponta que a moralidade administrativa tende a restringir o arbítrio dos agentes públicos, e confere aos cidadãos a prerrogativa de exigir a máxima eficiência dos atos administrativos, visando o bem comum e a melhor solução.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Souza Filho (2015) veicula existir diferença básica entre moralidade comum e moralidade administrativa, calcada na premissa de que aquela nem sempre se subsume à punição estatal, ao contrário da moralidade administrativa, pois é pressuposto que o cidadão deve controlar os atos que lhe digam respeito e que suscitem dúvidas quanto ao ponto. Também Miragem (2013) defende tal ponto de vista, ao explicitar que a moralidade administrativa é princípio geral e abrangente da atividade pública, que incide sobre a conformação e controle da ação, e na imposição de condutas aos agentes públicos, daí resultando um dever de probidade.

A ausência de uniformidade com relação ao conceito de moralidade administrativa não impede, contudo, que alguns aspectos em comum sejam detectados, como a perspectiva de controle dos atos administrativos, de tratamento impessoal das questões públicas, de observância da probidade e da integridade no exercício das funções públicas, de proteção da justa expectativa social sobre as atividades da Administração Pública. Essas impressões podem ser colhidas, também, da jurisprudência atual dos órgãos de controle, a exemplo do Tribunal de Contas da União.

No âmbito dessa Corte de Contas, a moralidade administrativa resta estampada em diversos julgados. No período destacado para a pesquisa - entre agosto de 2019 e agosto de 2020¹ -, 46 acórdãos julgados pelo Pleno mencionam a expressão “moralidade administrativa”. Nem todos, todavia, adentraram na análise específica do princípio em pauta, por vezes sendo citado genericamente ou reproduzido a partir de trechos de relatórios e de defesas apresentadas. Tendo essas condições em vista, optou-se pela análise qualitativa das decisões, apartando-se aquelas mais paradigmáticas no período.

O primeiro acórdão destacado é o de número 2027/2020, julgado em 05 de agosto de 2020, o qual analisou a possível irregularidade

1 A pesquisa foi efetuada a partir do site <https://portal.tcu.gov.br/inicio/>, clicando-se em “pesquisa integrada”, selecionando-se “acórdãos”, a partir das palavras-chave “moralidade administrativa”, após “acórdão” na seleção “no campo”, filtrando-se por “data da sessão”, inserindo-se as datas de 01/08/2019 a 31/08/2020, e por “Plenário” no campo “colegiado”.

relacionada à confusão entre o agente público que planeja e aquele que fiscaliza um contrato administrativo. Nesse caso em particular, o mesmo servidor do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes no Estado do Rio Grande do Sul era encarregado de efetuar o cálculo dos quantitativos de materiais para os orçamentos e, posteriormente, pela medição desses quantitativos quando da execução do contrato. Para a Corte de Contas, tal situação acarreta insegurança tanto no processo de orçamento das contratações, quanto no de fiscalização pois, em sendo o mesmo encarregado, caso houvesse algum desajuste, certamente não haveria interesse em apontar o problema. Essa situação macula, portanto, o princípio constitucional da moralidade, pois é imprescindível que haja a segregação de funções no âmbito das contratações públicas – especialmente aquela dedicada à fiscalização do contrato.

A segunda decisão está encartada no acórdão nº1768/2020, julgada em 08 de julho de 2020, na qual avaliou-se procedimentos de seleção e de manutenção de beneficiários do Programa Nacional de Reforma Agrária no Estado do Tocantins. A auditoria realizada logrou identificar que a divulgação da lista corrente de beneficiários em sítio eletrônico não informava a situação de cada cidadão (assentado ou aguardando), tampouco indicava o estado da federação ou os projetos de assentamento que estavam em análise. Tal conjuntura, para o Tribunal de Contas da União, demonstra a impossibilidade de fiscalização pelas entidades e pela população em geral, atravancando princípios como o da impessoalidade, da legalidade e da moralidade. A moralidade administrativa, para a Corte, acaba demandando, a partir do caso em comento, que as informações divulgadas pelos órgãos e entidades federais sejam discriminadas e acessíveis, propiciando livre acesso e controle.

O terceiro acórdão, de número 1694/2020, julgado em 01 de julho de 2020, versou sobre tomada de preços realizada pelo município de São Gabriel, Bahia, para a contratação com o fito de realizar obras de melhoramento do esgotamento domiciliar. A questão central foi a desclassificação de empresas que detinham as propostas mais vantajosas em virtude de questões formais, sem oportunidade para saneamento dos equívocos. A moralidade administrativa, conforme o Tribunal de Contas, aliada à legalidade, impessoalidade, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e probidade administrativa são responsivos para a licitação, cujo escopo é selecionar a melhor proposta a partir desses parâmetros. Assim, falhas formais não podem ser escusas para a desclassificação de licitantes com boas propostas, sem que lhe seja oportunizado o saneamento, já que tal situação não atende ao objetivo maior

da tomada de preços e nem se coaduna com a moralidade administrativa e demais princípios regentes.

O quarto acórdão, autuado sob o número 1409/2020, julgado em 03 de junho de 2020, tratou da impossibilidade de contratação de empresa para prestação de serviços ao arripio de licitação, e cujos componentes guardam relação de parentesco com o administrador público. O fato referiu-se à contratação de sociedade empresária para a realização de cursos aos servidores do Tribunal do Trabalho da 16ª Região sem licitação, e em momento no qual o Tribunal era presidido por magistrado do trabalho que era cônjuge e genro das sócias da empresa contratada. O relator do acórdão considerou que não restou demonstrado que houve conluio entre as partes para a pactuação, cristalizado a partir da devolução dos valores pagos, o que afastava a possibilidade de apenamento.

Entretanto, voto divergente acabou por sagrar-se vencedor, justificando a aplicação de sanções em razão da quebra do princípio da moralidade, posto que o juiz presidente do TRT16 possuía conhecimentos idôneos para saber da vedação ao nepotismo que é imposta aos agentes públicos. A conduta foi considerada dolosa, vez que o magistrado não negou desconhecer a relação de parentesco e, ainda assim, propiciou a contratação de empresa gerida e aberta pouco tempo antes pela esposa e sogra, para prestação de serviços ao tribunal sob sua presidência, sem o devido procedimento licitatório. Restou salientado que a devolução dos valores não usurpava a danosidade da conduta, tampouco seu dolo, ante a ocorrência de nepotismo na contratação levada a cabo e a conseqüente quebra dos bens jurídicos da probidade, da moralidade e da impessoalidade.

A quinta decisão apartada, proferida no acórdão nº 131/2020, julgado em 29 de janeiro de 2020, tratou da contratação de pessoal pela Confederação Brasileira de Canoagem (CBCa), beneficiária de recursos federais a partir da Lei Agnelo-Piva (Lei nº 10.264, de 16 de julho de 2001), para fomento do esporte. A problemática residia na forma de contratação de pessoal para encargos administrativos, recrutados por meio de sites de empregos na internet (como LinkedIn e Catho), contrariando o art. 56-B, inciso I, da Lei nº 9.615/1998 (Lei Geral sobre Desporto), o qual prevê que as entidades beneficiárias devem observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência.

Nesse estado de coisas, a CBCa não atendia aos critérios da impessoalidade e da moralidade nas suas contratações de pessoal para suporte administrativo – sem exigência de conhecimentos técnicos

específicos sobre o esporte em questão – pois, a despeito de não ser obrigada à realização de concurso público, precisa efetuar o preenchimento desses cargos a partir de critérios objetivos de seleção e avaliação, reduzindo ou excluindo a margem para escolhas baseadas em preferências pessoais. A moralidade administrativa (aliada à impessoalidade) demanda que a contratação seja efetuada com base em parâmetros definidos, passíveis de aferição e controle, mormente porque os pagamentos dos salários desses profissionais são efetuados com os valores recebidos da União.

O sexto caso aportado a essa pesquisa diz respeito ao acórdão 3048/2019, julgado em 10 de dezembro de 2019, o qual versou sobre o monitoramento de anterior recomendação expedida pelo Tribunal de Contas da União à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, pela qual se solicitava a implantação de medidas de controle interno sobre a cota financeira paga aos congressistas a título de reembolso pela atividade parlamentar, bem como a investigação das denúncias de irregularidades no manejo desses pagamentos. Todavia, nenhuma das Casas noticiou o atendimento das recomendações, pelo que a própria Corte de Contas, a partir dos elementos hauridos, deliberou sobre as denúncias.

O principal ponto dizia respeito ao controle dos ressarcimentos operados em virtude da cota para a atividade parlamentar, tendo o relatório preliminar apontado algumas situações mais recorrentes, tais quais: 1) algumas empresas contratadas pelos congressistas somente prestavam serviços para o parlamentar; 2) outras tiveram o início de suas atividades em data próxima à assunção do mandato; 3) as datas de emissão de algumas notas fiscais são incompatíveis com o processo de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, denotando a prestação de serviços antes da finalização dos trâmites legais; 4) outras, a despeito de constituídas, somente tiveram emissão de notas fiscais após o início do mandato do parlamentar contraente; 5) emissão de notas fiscais sequenciais para um mesmo parlamentar; 6) algumas locadoras de veículos contratada não detinham automóveis em sua propriedade. Além, também se logrou identificar que certas empresas não possuíam sedes, sítios eletrônicos, divulgação de sua atividade comercial, ou não retornavam resultados em pesquisas nas bases de informações sociais, previdenciárias, de compras e registros de fornecedores de materiais e serviços à Administração Pública, ou possuíam códigos postais incongruentes com os cadastros no sistema CNPJ da Receita Federal.

Essas anomalias, contudo, para o Tribunal de Contas, padeciam de comprovações materiais. Isso porque embora denotem a possibilidade de

irregularidade nos ressarcimentos oriundos de comprovantes emitidos por empresas nas condições antes declinadas, não existe forma de averiguar se houve a prestação efetiva do serviço – caso em que o pagamento seria, *a priori*, regular, ante a exibição da competente nota fiscal. Registrou a Corte de Contas que a sistemática de controle atual apenas requer a apresentação de comprovante da despesa correlata, sendo liberada a verba ressarcitória. Essa forma de regulamentação acaba permitindo obscuridades como as delatadas, pois é possível a contratação direta e fracionada por cada congressista, sem qualquer apego à economicidade e à eficiência, dificultando a fiscalização.

Reconheceu, ainda, que existem certas demandas com deslocamento, publicidade, serviços de comunicação e materiais administrativos que são inerentes à atividade parlamentar, salutares para o intercâmbio com a sua base eleitoral. Entretanto, a forma de contratação direta de certos serviços destaca a possibilidade de pagamentos indevidos a esse título. Cita, como exemplo, os serviços de publicidade, para os quais as casas legislativas dispõem de serviços gráficos próprios, embora os parlamentares efetuem contratações particulares e por elas sejam reembolsados, inclusive propiciando a divulgação pessoal do deputado ou senador (o que seria impossível caso efetuada através da gráfica da correspondente casa legislativa). Refere, ainda, que serviços de assessoria técnica jurídica são também usualmente contratados, e cada casa legislativa dispõe de corpo técnico jurídico para essa exata função, o que não justifica nem a contratação direta, tampouco o ressarcimento.

Assim, após longos apontamentos sobre valores gastos anualmente com a cota de ressarcimento pela atividade parlamentar, o Tribunal de Conta da União concluiu pelo envio de nova recomendação à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal para que, com base no princípio constitucional da moralidade (dentre outros), revejam as regulamentações para essa despesa, especialmente no que tange às prestações passíveis de ressarcimento (vedando aquelas que digam respeito à publicidade e assessoria técnica), estipulando valores máximos para gastos com escritórios de apoio, locação de veículos, fretamento de aeronaves e embarcações, e aprimorem os controles internos para aferir a compatibilidade da despesa com a atividade em si e a efetiva prestação do serviço, minimizando distorções que violem a moralidade administrativa.

O último acórdão selecionado foi o de número 3043/2019, julgado em 10 de dezembro de 2019, que apreciou ato de concessão de nova

aposentadoria à servidora da Justiça Militar. A aludida servidora foi aposentada em 1970 por invalidez. Após 25 anos de jubileamento, sem que tenha sido convocada para qualquer perícia revisional, solicitou, em 08/09/1994, a reversão ao cargo que ocupava, tendo a capacidade laboral sido aferida por junta médica oficial. Apenas 45 dias após o reinício das atividades laborais, efetuou requerimento de aposentadoria por tempo de contribuição, o qual foi deferido, e acabou por incrementar o valor da renda mensal com a incorporação de vantagem financeira que não recebia antes, valendo-se de todo o período da aposentadoria anterior para o preenchimento do requisito temporal. A conduta perpetrada, para o Tribunal de Contas da União, vilipendiou o princípio da moralidade administrativa na medida em que a servidora se utilizou da reversão como subterfúgio para aumentar os proventos de aposentadoria, em autêntico desvio de finalidade – corroborado pelo curto espaço temporal em que se manteve na ativa até o novo requerimento administrativo.

O apanhado geral das decisões do Tribunal de Contas da União revela que a moralidade administrativa é um pressuposto apto a ensejar o controle por aquele órgão. Conquanto sempre reste associada a outros princípios, a moralidade administrativa fica bem delineada nos casos em que há desclassificação de licitantes por falta de requisitos formais, mas sanáveis no curso do processo; de confusão, no mesmo servidor público, das funções de avaliação e cálculo quantitativo para contratações, e de fiscalização da execução desse pacto; pela falta de clareza e/ou de dados mínimos dos atos da Administração Pública que possam concretizar o controle por órgãos internos, externos e pela sociedade; pela contratação de empresas nas quais figurem como sócios parentes do contratante público, especialmente se desprovida da prévia licitação; pela falta de objetividade nos critérios de contratação de pessoal por entidade privada beneficiária de recursos financeiros de fomento; pela deficiência (ou ausência) dos critérios de controle interno com relação a despesas reembolsáveis de cota pela atividade parlamentar; e pelo desvio de finalidade dos institutos de direito administrativo.

Esses critérios desenhados pela Corte de Contas podem ser conectados ao direito à boa administração pública, estabelecendo-se outras premissas para além dessas já averiguadas na jurisprudência selecionada. É preciso ter em conta que não são todos os casos em que, de pronto, ressurirá a violação à moralidade administrativa, mas algumas proposições em simbiose com o direito mencionado podem ser úteis para se identificar a quebra (ou não) do dever de moralidade, a partir de bases sistematizadas, tema que será o foco do próximo capítulo.

4. A FIXAÇÃO DE PREMISSAS PARA O CONTROLE DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NA PERSPECTIVA DO DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UM APRIMORAMENTO DA ATIVIDADE DO CONTROLADOR

Revisitar a jurisprudência atual do Tribunal de Contas da União revela-se útil para a detecção de que a moralidade administrativa é basilar e inerente à atividade dos agentes que mantenham relação com a Administração Pública – sejam eles públicos, sejam eles privados. A Corte, contudo, não possui um conceito encerrado de moralidade administrativa, mas os critérios evidenciados pelos acórdãos analisados anteriormente descortinam uma ampla possibilidade interpretativa sobre o princípio da moralidade administrativa e, concomitantemente, indicam existir uma vinculação entre a atividade do agente público com os preceitos voltados à preservação do interesse público e dos direitos fundamentais dos cidadãos, além da vinculação legal.

Na mesma toada, e em análise próxima, Cabral (2019a) aponta que o Tribunal de Contas da União teria como recorrência a invocação de princípios constitucionais, a exemplo da moralidade administrativa, para a construção caso a caso dos julgados – e muitas vezes impondo obrigações sem o respaldo legal. De rememorar, novamente com Cabral (2019b), que a função exercida pela Corte de Contas é de natureza administrativa, mas demanda a interpretação das normas como se um tribunal judicial fosse, no ponto.

O cerne da atividade de controle é justamente delimitar e analisar como uma decisão administrativa, que resguarde os requisitos formais para sua edição também consiga estar em conformidade com a teleologia de todo o ordenamento jurídico – e aí, inclusive, o direito à boa administração pública (FREITAS, 2015), sem que incorra em violação do princípio da moralidade administrativa por se afastar dos rigores técnicos da lei, ou por deturpar as disposições legais. Não há especificação de parâmetros interpretativos fixados pela Corte de Contas para análise do princípio em testilha, a qual é pautada a partir de casos concretos, mas sem especificação de marcos teóricos, o que pode gerar incongruências mesmo em situações que são semelhantes e insegurança jurídica aos administradores públicos.

Contudo, ressei possível a formulação de balizamentos interpretativos da moralidade administrativa (a despeito de sua alta carga de abstração, como anteriormente mencionado), a partir do direito fundamental à boa administração pública enquanto marco interpretativo para tanto,

colaborando para o aprimoramento dos critérios de análise dos órgãos de controle, sejam eles internos ou externos.

O primeiro destes parâmetros diz respeito à verificação da aderência da ação/omissão a algum direito fundamental como escopo final do ato administrativo perpetrado. Moral, assim, será o ato que congrega o viés finalístico de catapultar (para melhor) um direito fundamental, ainda que não tenha observado, rigorosamente, a forma legal predisposta em lei. Nesse caso, a moralidade administrativa resta resguardada, pois a inobservância de preceito formal, sanável posteriormente, não pode ser impeditivo ao acesso do cidadão ao direito fundamental a que faz jus. A legalidade estrita acaba sendo mitigada em prol da moralidade administrativa, mas sem que se abandone um ou outro, apenas se posterga o preenchimento de requisitos legais que não sejam prejudiciais ao regular atingimento do escopo final da atividade administrativa sob jugo.

Tal conclusão se alinha, aliás, com a jurisprudência da Corte de Contas pois, como analisado em tópico precedente, a inabilitação ou desclassificação de licitantes com melhores propostas por desatendimento de critérios formais, passíveis de retificação, configura quebra da moralidade administrativa, vez que menoscaba a oportunidade de se contratar de forma racional, eficiente e econômica por meras questões solenes, disparatando o direito à boa administração pública. A interpretação é cabível para hipótese semelhante: se o ato administrativo tem por finalidade propiciar o alcance a um direito fundamental, mesmo que em desacordo com a forma legal, atende à moralidade administrativa – como no caso de concessão de aposentadoria por idade rural a segurado da Previdência Social que não disponha de documentação material ano a ano do período de carência, mas que do conjunto documental possa se aferir o seu labor enquanto rurícola.

O segundo parâmetro interpretativo é a verificação da justificativa do ato vergastado. A própria Constituição Federal de 1988 exige que os atos administrativos sejam publicizados, e o mesmo rumo segue as razões que os fundamentam. Logo, a falta de justificativa ou a existência de móbil desvirtuado (evado por interesses escusos à finalidade pública ou inexistentes na prática) tornam o ato ilegal e imoral (SOBRINHO, 1993). A moralidade administrativa precisa estar estampada no ato administrativo, cuja justificativa deve estar atrelada ao direito fundamental à boa administração pública (ou outro direito fundamental mais específico), ainda que de forma indireta, o que será apenas será controlável através das razões expostas pelo agente público.

Tal critério encampa a hipótese dos pedidos de ressarcimento de despesas a partir da cota por atividade parlamentar, já que não bastaria a mera apresentação de documento fiscal (como atualmente regulamentado, considerado insuficiente pelo Tribunal de Contas da União), mas também a efetiva comprovação de que o serviço foi prestado e que não estava disponível por outro meio que não a contratação direta. Esse critério afastaria, pois, o ressarcimento de despesas com veiculação de publicidade dos atos do congressista, dos serviços de assessoria técnica, com a compra de insumos de escritório e com fretamento e locação de meios de transporte, uma vez que existentes serviços semelhantes disponíveis nas próprias casas legislativas - exceto se justificado a partir razões com ressonância verídica, que fosse impossível, inacessível ou indisponível nos quadros de servidores e de serviços um agente com conhecimentos técnicos específicos para a plena execução do trabalho e/ou os meios materiais.

Um terceiro parâmetro interpretativo da moralidade administrativa seria a averiguação do objetivo final a ser atingido com o ato administrativo sob investigação. A ausência de correspondência entre o que pretendia o ato a partir das razões dadas, e aquele que foi efetivamente concretizado, para além da possível ilegalidade, também pode configurar uma imoralidade (GARCIA, 2002). Como arremata Miragem (2013), a probidade é uma das facetas da moralidade, e exige dos agentes públicos mais do que honestidade: demanda um dever de eficiência funcional, voltada ao atingimento de melhores resultados pela atividade. O resultado, contudo, precisa estar voltado ao fim público, qual seja, à conformação do direito à boa administração pública, orientado aos direitos fundamentais do cidadão. O viés que se busca, para fins de interpretação de moralidade administrativa, não é aquele do agente público claramente inábil, mas sim daquele que contraria a previsão legal ao determinar o rumo dos instrumentos que estão a seu dispor por um caminho determinado a partir de interesses outros que não o precípua dever-poder² de realização do direito fundamental nuclear. O elemento teleológico não resta dissociado da moralidade administrativa (como acontece também na moralidade comum), pois em última análise o agente acaba quebrando a expectativa nele depositada pela sociedade, da qual é conhecedor.

2 A noção de dever-poder encontra-se na lição de Celso Antonio Bandeira de Mello (2013, p. 979), e se consubstancia na incumbência de buscar a solução perfeita para o caso do mundo concreto, uma vez que como aquele que atinja a solução perfeita para o caso existente no mundo concreto, uma vez que “[...] a variedade de soluções comportadas na regra outorgadora de discricção não significa que todas estas soluções sejam igual e indiferentemente adequadas para todos os casos de sua aplicação. Significa, pelo contrário, que a lei considera que algumas delas são adequadas para certos casos e outras para outros casos”.

Assim, moralidade e probidade são conceitos entrelaçados à atividade da Administração Pública, a partir do disposto na Constituição Federal de 1988, de modo que impedem “[...] a ação de qualquer agente público com a finalidade de obtenção de vantagens ou interesses que, no plano da compreensão ética da comunidade, sejam violadoras de um *standard* de conduta tido por valioso” (MIRAGEM, 2013, p. 233). Esse critério se amolda aos casos em que os institutos jurídicos são utilizados para outras finalidades, como nos casos em que inexista seleção objetiva de colaboradores para entidades privadas que recebam subvenções e fomentos públicos (tal qual exposto em acórdão do Tribunal de Contas em tópico precedente), pela concessão de benefício de jubramento com renda majorada a partir da deturpação da finalidade legal dos institutos jurídicos, ou pela contratação de estagiários para suprir a ausência de agentes públicos em quantitativo suficiente que atenda à demanda do órgão.

O estabelecimento dessas premissas teóricas vertidas a partir do direito fundamental à boa administração pública podem colaborar para o aprimoramento da atividade dos órgãos de controle, com particular ênfase para o Tribunal de Contas da União, o qual não estabelece critérios para a aferição da moralidade administrativa, avaliando caso a caso a partir dos elementos contidos em cada processo. Essa falta de uniformidade pode levar a distorções nos julgamentos levados a cabo, pois basta a precária instrução do feito, por exemplo, para impedir a plena incidência da averiguação da quebra do princípio em comento (tal qual cristalizado no acórdão que tratou do reembolso das cotas pela atividade parlamentar, com elementos que foram considerados insuficientes para se detectar atos irregulares e, por isso, houve a mera reexpedição de recomendação às casas legislativas).

Ao encetar-se parâmetros de averiguação para o postulado constitucional em testilha, além de estruturar a fase decisória a partir de medidas aferíveis e aplicáveis para todos os casos semelhantes, oferta-se ao agente público a possibilidade de pautar sua atividade em alicerces mais concretos, com segurança jurídica e possibilidade de antever as consequências, sem descuidar ou obstaculizar o acesso dos cidadãos ao direito fundamental à boa administração pública, pelo temor da responsabilização.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa dedicou-se a contextualizar o direito fundamental à boa administração pública como parâmetro interpretativo da moralidade

administrativa, com o escopo de aprimorar a atividade controladora do Tribunal de Contas da União com relação a tal postulado. A partir do reconhecimento de que, no Estado Democrático de Direito e ainda que não previsto textualmente na Constituição Federal, pode-se inferir a existência de um direito à boa administração pública, centrado na ideia de impessoalidade, legalidade, publicidade, eficiência, e voltado ao atendimento dos direitos fundamentais.

A moralidade administrativa ressoa como princípio orientador da atividade administrativa, consoante art. 37, *caput*, da Constituição Federal e, a despeito de carregar uma alta carga de abstração, aproxima-se muito da conduta proba que se espera dos agentes públicos. O controle da moralidade administrativa deságua, pois, nas atividades cotidianas do Tribunal de Contas da União, órgão encarregado de fiscalização das contas públicas.

Da análise perpetrada a partir de acórdãos selecionados dessa Corte de Contas, observou-se uma ausência de sistematização dos critérios interpretativos para aferição da quebra (ou não) do princípio da moralidade administrativa, bem como da própria conceituação em si do postulado. A averiguação era realizada caso a caso e a ausência de premissas definidas para tal mister pode acarretar, para situações similares, decisões conflitantes – o que descamba para uma margem de insegurança jurídica ao administrador público na execução de sua função, sujeito às alterações interpretativas do órgão de controle.

Levando tais considerações em conta e encetando-se o direito à boa administração pública como medida, delineou-se três preceitos interpretativos para o princípio da moralidade administrativa, a serem manejados pelos órgãos de controle. O primeiro deles diz respeito à aderência do ato a um direito fundamental como objetivo final do ato, mesmo que esteja ausente requisito formal previsto em lei, sanável posteriormente. O segundo preceito é a verificação da justificativa do ato pois, se inexistente ou desvirtuadas as razões, haverá violação da moralidade administrativa. O terceiro paradigma é a apuração do objetivo concretizado pelo ato, o qual não pode estar dissociado da justificativa ofertada.

O entrelaçamento dos temas aqui suscitados revela-se de grande importância para os fins colimados pelo Estado Democrático de Direito, centrado na preocupação com os direitos fundamentais, com o aprimoramento da atividade dos controladores e da segurança jurídica, pelo que se espera que o presente estudo possa contribuir para a evolução da temática.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 4, out./dez. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=67>. Acesso em: 7 jul. 2020.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>. Acesso em: 9 out. 2020.
- BINENBJOM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.
- _____. *Lei 9.615, de 24 de março de 1998*. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9615consol.htm. Acesso em: 20 out. 2020.
- CABRAL, Flávio Garcia. *O ativismo de contas no Tribunal de Contas da União - TCU*. Relatório de Estágio Pós-Doutoral - 2018-2019. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2019a. 95 p.
- _____. Qual a natureza da função exercida pelo Tribunal de Contas da União (TCU)? *Revista de Direito da Administração Pública*, Rio de Janeiro, ano 4, v. 1, n. 1, jan./jun. 2019b, p. 253-272. Disponível em: <http://www.redap.com.br/index.php/redap/article/view/179>. Acesso em: 10 out. 2020.
- CARVALHO, Valter Alves. *O direito à boa administração pública: uma análise no contexto dos direitos de cidadania no Brasil*. Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2013. 119 p. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Disponível em: http://ppgdc.sites.uff.br/wp-content/uploads/sites/34/2017/06/DISSERTAÇÃO_-_Valter_Alves_Carvalho.pdf. Acesso em: 26 maio 2020.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

FERNANDES, Sophie Perez. *A boa administração nas 'calhas de roda' dos discursos jurídico-constitucionais português e da União - 'gira a entreter a razão'...?* UNIO EU Law Journal, Braga, vol 3, n. 1, p. 95-113, jan. 2017.

FRAGALE, Edoardo. El derecho (europeo) a la buena administración y el problema de la autonomía de las pretensiones participativas en el ordenamiento italiano. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Bogotá, n. 21, p. 125-151, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5702/7098>. Acesso em: 19 out. 2020.

FREITAS, Juarez. *Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração*. Sequência (Florianópolis), Florianópolis, n. 70, p. 115-133, jun. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552015000100115&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 jul. 2020.

GABARDO, Emerson. *O jardim e a praça para além do bem e do mal - uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2009. 396 p. Tese (Doutorado em Direito). Disponível em: https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/19053/TESE_Emerson_Gabardo_?sequence=1. Acesso em: 5 abr. 2020.

GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 39, n. 155, p. 153-173, jul./set. 2002. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/801/R155-11.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 26 jul. 2020.

GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa – história de um conceito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 230, p. 291-303, out./dez. 2002. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46347>. Acesso em: 23 maio 2020.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/417>. Acesso em: 21 mar. 2020.

KOHL, Cleize Carmelinda. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Boa administração pública e fundamentos constitucionais das políticas públicas na perspectiva do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, v. 7, n. 2, p. 188-196, maio/ago. 2015. Disponível em: <http://revistas.unisinus.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.08/4725>. Acesso em: 23 jul. 2020.

LEAL, Rogério Gesta. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. *Revista A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 87-107, jan./mar. 2014. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/104>. Acesso em: 21 jul. 2020.

MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 190, p. 1-44, out./dez. 1992. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45405/47592>. Acesso em: 29 jul. 2020.

PARLAMENTO EUROPEU. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, [2000]. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 3 jun. 2020.
_____. Código Europeu de Boa Conduta Administrativa, [2001]. Disponível em: <https://www.ombudsman.europa.eu/pdf/en/3510>. Acesso em: 3 jun. 2020.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. Caracterização da configuração do ato de improbidade por violação aos princípios da Administração Pública: o princípio da moralidade e o agir probo do agente público. *Revista Síntese Direito Administrativo*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 9-25, jan./2006. Disponível em: http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/DCP_141_miolo.pdf. Acesso em: 28 jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. *O princípio constitucional da moralidade administrativa*. Curitiba: Gênese, 1993.

SOUZA FILHO, Marcos José Nogueira de. Moralidade Administrativa, Extra-Administrativa e Comum: uma distinção necessária. *Revista Controle – Doutrina e Artigos*, v. 13, n. 2, p. 145-162, 2015. Disponível em: <https://revistacontrole.tce.ce.gov.br/index.php/RCDA/article/view/8>. Acesso em: 30 jul. 2020.

SPECK, Bruno Wilhelm. Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União. *O papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política & teoria do estado*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Processo 006.569/2018-8*. REPRESENTAÇÃO. TRT16. CONTRATAÇÃO, PARA AÇÕES DE TREINAMENTO INSTITUCIONAL, DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA, RECÉM CONSTITUÍDA, EM CUJO QUADRO SOCIETÁRIO FIGURAVAM ESPOSA E SOGRA DO MAGISTRADO PRESIDENTE DO TRIBUNAL. [...]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/push/processo?numero=00656920188>. Acesso em: 10 ago. 2020.

_____. *Processo 009.502/2008-9*. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ COMPROVENTOS PROPORCIONAIS. REVERSÃO. NOVA APOSENTADORIA, TRÊS MESES DEPOIS, COM PROVENTOS INTEGRAIS COM APROVEITAMENTO DO TEMPO DE INATIVIDADE. ILEGALIDADE. [...]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/push/processo?numero=00950220089>. Acesso em: 10 ago. 2020.

_____. *Processo 015.182/2020-7*. REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE ADOÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR. TOMADA DE PREÇOS 005/2019. MUNICÍPIO DE SÃO GABRIEL/BA. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA IMPLANTAÇÃO DE MELHORIAS SANITÁRIAS DOMICILIARES [...]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/push/processo?numero=01518220207>. Acesso em: 10 ago. 2020.

_____. *Processo 023.970/2015-4*. Auditoria, sob a forma de Fiscalização de Orientação Centralizada (FOC), com o objetivo de verificar a aderência à legislação específica dos procedimentos de seleção e manutenção da Relação de Beneficiários (RB) do Programa Nacional de Reforma Agrária (PNRA). Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/push/processo?numero=02397020154>. Acesso em: 10 ago. 2020.

_____. *Processo 025.515/2018-7. AUDITORIA DE CONFORMIDADE.* [...]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/push/processo?numero=02551520187>. Acesso em: 10 ago. 2020.

_____. *Processo 028.317/2016-5. MONITORAMENTO. UTILIZAÇÃO DE COTAS PARA EXERCÍCIO DA ATIVIDADE PARLAMENTAR. OPORTUNIDADES DE APRIMORAMENTO NA GESTÃO DOS RECURSOS APLICADOS NO RESSARCIMENTO DE DESPESAS. RECOMENDAÇÕES.* Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/push/processo?numero=02831720165>. Acesso em: 10 ago. 2020.

_____. *Processo 040.877/2018-3. RELATÓRIO DE AUDITORIA. AVALIAÇÃO DA EFICIÊNCIA E EFICÁCIA DOS GASTOS DOS RECURSOS DA LEI AGNELO-PIVA COM O ESPORTE DE ALTO RENDIMENTO.* [...]. Disponível em: <https://pesquisa.app.pps.tcu.gov.br/#/push/processo?numero=04087720183>. Acesso em: 10 ago. 2020.