

REVISTA DA AGU

Vol. 23 nº 01 - Brasília-DF - mar/2024



Qualis A2
ISSN-L 1981-2035
ISSN 2525328-X



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
ESCOLA SUPERIOR DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
MINISTRO VICTOR NUNES LEAL

REVISTA DA AGU

volume 23 n° 01 - Brasília-DF, março 2024

<https://revistaagu.agu.gov.br/>

Revista da AGU	Brasília	Qualis A2	v. 23	n° 01	p. 1-330	março 2024
----------------	----------	--------------	-------	-------	----------	---------------

Revista da AGU

Escola Superior 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

Jorge Rodrigo Araújo Messias

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Flavio José Roman	Advogado-Geral da União Substituto
Clarice Costa Calixto	Secretaria-Geral de Consultoria
Marcelo Eugênio Feitosa Almeida	Procurador-Geral da União
André Augusto Dantas Motta Amaral	Consultor-Geral da União
Adriana Maia Venturini	Procuradora-Geral Federal
Isadora Maria Belém Rocha Cartaxo de Arruda	Secretária-Geral de Contencioso
Heráclio Mendes de Camargo Neto	Corregedor-Geral da Advocacia da União
João Carlos Souto	Diretor da Escola Superior da AGU
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor da Advocacia-Geral da União

ESCOLA SUPERIOR DA AGU

João Carlos Souto	Diretor da Escola Superior da AGU
Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio	Coordenador-Geral de Gestão de Pós-Graduação
Cláudia dos Santos Vieira	Coordenação de Desenvolvimento de Pós-Graduação Stricto Sensu

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 Superior 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 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

JOÃO CARLOS SOUTO

Diretor da Escola Superior da AGU

Mestre e Doutor (Suma Cum Laude) em Direito (CEUB). Procurador da Fazenda Nacional.

VICE-EDITOR

HENRIQUE AUGUSTO FIGUEIREDO FULGÊNCIO

Coordenador-Geral de Gestão de Pós-Graduação

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

CLÁUDIA DOS SANTOS VIEIRA

Coordenação de Desenvolvimento de Pós-Graduação Stricto Sensu

INDEXAÇÃO EM:

DIADORIM - Diretório de Políticas Editoriais das Revistas Científicas Brasileiras.

RVBI - Rede Virtual de Bibliotecas.

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

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

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

PORTAL DE PERIÓDICOS CAPES

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

CONSELHO EDITORIAL

INTERNACIONAIS

CARLA AMADO GOMES (UNIVERSIDADE DE LISBOA, PORTUGAL)

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

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 FILCHTINER FIGUEIREDO (AGU/PUC/RS)

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

do Sul (PUC/RS). Membro da Advocacia-Geral da União.

REGINA LINDEN RUARO (PUC/RS)

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

PARECERISTAS

ADELICIO MACHADO SANTOS

Doutor em Engenharia e Gestão do Conhecimento (UFSC). Pós-Doutor em Gestão do Conhecimento (UFSC). Mestre em Relações Internacionais. Especialista em Psicologia Organizacional e do Trabalho. Bacharel em Direito. Advogado.

ALBERTO JONATHAS MAIA DE LIMA

Doutor em Direito com ênfase em Arbitragem Internacional pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito Processual pela Universidade Católica de Pernambuco. Estudou Arbitration of International Law na Universiteit Leiden. Professor da Universidade Católica de Pernambuco.

BRUNO COSTA MARINHO

Doutor em Propriedade Intelectual e Inovação pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá e em Ciências Militares pela Academia Militar das Agulhas Negras. Especialista em Gestão da Inovação pela Universidade de Linköping - Suécia, em Coordenação Pedagógica pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, em Ciências Militares pela Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais, em Direito Militar pela Universidade Castelo Branco e em Direito Ambiental pela Universidade Estácio de Sá. Subchefe da AGITEC - Agência de Gestão e Inovação Tecnológica.

CAROLINA ÂNGELO MONTOLLI

Bacharel em Comunicação Social pela Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG e em em Direito pela Universidade Salgado Oliveira-Universo. Pós-Graduada em Direito Público, Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário Newton Paiva em parceria com o Aprobatum/Anamages. Pós-Graduada em Gestão Estratégica de Recursos Humanos e Comunicação e Marketing pelo Centro Universitário de Belo Horizonte- uni-bh. Pós-graduada em Advocacia Pública pelo IDDE e Auditoria e Controladoria UNG. Mestrado em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Puc Minas. Doutorado em Direito Público com ênfase em Direito Internacional dos Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-Doutorado em Direito Penal e Garantias Constitucionais pela Universidad

Nacional de La Matanza, Buenos Aires, Argentina. Pós-Doutorado em Ciências Jurídicas - Direito Penal Internacional Humanitário pela Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, Argentina. Pós-doutorado em Direitos Sociais e Vulnerabilidades da Università Degli Studi di Messina, Sicília. Professora no Centro Universitário Estácio de Sá. Advogada.

DIOGO DE ALMEIDA VIANA DOS SANTOS

Doutorado PHD em International Cooperation--Governance and Law - Universidade de Nagoya Japão. Mestrado em LL.M. Comparative Law - Universidade de Nagoya-Japão. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Professor na Universidade CEUMA, da UEMA-Universidade Estadual do Maranhão.

FELIPE DA VEIGA DIAS

Pós-Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC-RS. Doutor em Direito pela UNISC com período sanduíche na Universidade de Sevilla. Mestre em Direito pela UNISC. Pós-graduação em Direitos Fundamentais e Constitucionalização do Direito pela PUC-RS. Graduado em Direito pela ULBRA-SM. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Atitus Educação - Mestrado.

FLÁVIO GARCIA CABRAL

Pós-doutorado pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR. Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Mestre em Derecho de Daños pela Universitat de Girona - UDG, Espanha. Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC/RIO. Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS. Coordenador acadêmico e Professor do curso de Pós-graduação em Direito Público pela Escola de Direito do Ministério Público de Mato Grosso do Sul (EDAMP). Professor de Direito Constitucional e Administrativo da UNIGRAN-Capital, INSTED e ESMAGIS. Professor convidado de cursos de pós-graduação da PUCPR, UNISC, USP, FGV-RJ, IBET, Instituto Bacellar, UCDB dentre outros. Membro do Corpo Permanente de Docentes

da Escola da AGU. Professor credenciado do programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas da UNIRIO. Procurador da Fazenda Nacional.

FLAVIO HENRIQUE ALBUQUERQUE DE FREITAS

Doutorando em Direito pela FADISP. Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR. Graduação em Direito pela Fundação Educacional Jayme de Altavila. Pós-Graduação em Direito Processual e Direito Constitucional pela Escola Superior de Administração, Marketing e Comunicação e pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Professor Universidade Plesbiterina Mackenzie. Juiz Auxiliar no Superior Tribunal Militar.

FLÁVIO ROBERTO BATISTA

Graduação em Direito. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo - USP. Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo USP

FRANCIELI PUNTEL RAMINELLI

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e pela Universidade de Sevilla (Espanha). Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Graduada em Direito pela UFSM, tendo recebido Láurea Acadêmica por destaque no ensino, na pesquisa e na extensão. Pesquisadora externa do CEPEDI/UFSM e da UFRGS. Advogada.

JOSÉ OSÓRIO DO NASCIMENTO NETO

Pós-doutorado em Direito Político e Econômico pela Universidade MACKENZIE/ SP. Doutor e Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC/PR, com estágio de doutoramento na Universidad Carlos III de Madrid - UC3M/Espanha. Especialista em Direito Contemporâneo com ênfase em Direito Público, pela Universidade Candido Mendes do Rio de Janeiro - UCAM/RJ. Graduado em Direito pela PUC/PR. Professor titular da Universidade Estácio de Sá, Faculdade Estácio de Curitiba.

JULIANA RODRIGUES FREITAS

Doutorado em Direito Público, UFPA, com pesquisa sanduíche na Universit di Pisa/Itália e na Universidad Diego Portales, Chile. Mestrado em Direitos Humanos, UFPA. Pós-Graduação em Direito do Estado, Universidade Carlos III de Madrid/Espanha. Graduação em Direito, Universidade da Amazônia. Advogada

e Consultora Jurídica. Fundadora da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político - ABRADEP. Professora do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA.

LUDMILLA ELYSEU ROCHA

Doutorado em Educação pela Universidade Federal do Rio de Janeiro/PPGE - Programa de Políticas Públicas e Gestão Educacional - UFRJ/RJ. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho - UGF/RJ. Bacharel em Direito e Advogada pela Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal - AEUDF. Licenciada em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro/UFRRJ - Instituto de Filosofia e Ciências Sociais/IFCS. Pós-graduada em Filosofia Moderna e Contemporânea pela Faculdade de Filosofia de São Bento no Rio de Janeiro. Professora na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ.

LUÍS HENRIQUE BORTOLAI

Doutor e mestre em “Acesso à justiça” na Faculdade Autônoma de Direito - FADISP. Pós-graduado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Pesquisador externo na Universidade Federal de Sergipe – UFS. Professor na Pontifícia Universidade Católica de Campinas – PUC Campinas.

MARCIA ANDREA BÜHRING

Pós-doutorado pela FDUL - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Portugal. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora nas especializações da ESMAFE. Professora na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

MARCOS AUGUSTO MALISKA

Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Paraná, com estudos de doutoramento (Doutorado Sandwich) na Ludwig Maximilians Universität, em Munique, Alemanha. Pós-doutorado no Instituto Max Planck de Direito Público de Heidelberg, Alemanha. Foi professor/pesquisador visitante nas Universidades de Bayreuth, Alemanha, Wrocław, Polónia, Karaganda, Cazaquistão, Salzburg, Austria, Lviv, Ucrânia e Ottawa, Canadá. Professor na Faculdade do Brasil, UNIBRASIL, no Centro Sulamericano de Ensino Superior – CESUL e

no Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL. Procurador Federal.

MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E MENDONÇA

Pós-doutora em Direito Tributário pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Foi professora titular do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional - Mestrado e Doutorado - e professora do curso de graduação em Direito da Universidade de Fortaleza. Foi coordenadora e professora titular do curso de graduação em Direito do Centro Universitário Católica de Quixadá (UNICATÓLICA), Profa. aposentada da Universidade Estadual do Ceará (UECE), Profa. Colaboradora do Programa de Pós Graduação - Mestrado Profissional em Planejamento e Políticas Públicas (UECE).

MÔNICA MOTA TASSIGNY

Graduação em Educação. Mestrado em Educação pela Universidade Federal do Ceará. Doutorado em Educação pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Doutorado sanduiche na Ecole des Hautes Études en Sciences Sociales - E.H.E.S.S (PARIS) e Pós Doutorado pela Faculté de Droit et Sciences Politiques / Aix-Marseille Université (France) no Instituto Louis Favoreau - GERJC (UMR-DICE 7318). Professora titular da Universidade de Fortaleza, do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGD/UNIFOR). Membro titular da Academia Metropolitana de Letras de Fortaleza (Cadeira nº36) e membro efetivo da Câmara de Assessoramento Técnico-Científico da Funcap.

PEDRO DIAS DE OLIVEIRA NETTO

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito pela UFPE. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Professor externo Universidade Federal de Pernambuco – UFPE.

SERGIO TORRES TEIXEIRA

Graduação em direito e pós-graduação (especialização) em Direito Público e em Direito do Trabalho pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Mestrado e doutorado em direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Professor na Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, na Universidade

Católica de Pernambuco – UNICAP e na Faculdade Integrada de Pernambuco – FACIPE. Desembargador do TRT da 6ª Região (Pernambuco).

TATIANA MARETO SILVA

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

THAÍS BERNARDES MAGANHINI

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), bolsista CAPES tese premiada na França pela Société Française pour le droit de l' Environnement. Mestre em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR). Graduada em Direito - Instituição Toledo de Ensino (ITE). Professora na Universidade Federal de Rondônia – UNIR.

TUANNY SOEIRO SOUSA

Doutora em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Mestra em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Professora no Centro Universitário Dom Bosco (UNDB).

AUTORES

ADALBERTO NARCISO HOMMERDING

Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Alicante, Espanha. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo/RS. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Bacharel em Direito pelo Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo. Professor na Escola Superior da Magistratura da Associação dos Juizes do Estado do Rio Grande do Sul – AJURIS e na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus de Santo Ângelo/RS, na Graduação, no Mestrado e no Doutorado em Direito. Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Sul.

ANDREA LOBATO

Doutora em Ciência da Literatura pela Universidade Federal do Rio de Janeiro UFRJ. Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação em Letras da Universidade Estadual do Maranhão. Professora da Universidade CEUMA.

CARLOS GUSTAVO MOIMAZ MARQUES

Graduação em direito pela Faculdade de Direito de Araçatuba. Especialização em direito público pelo CEAD-UNB. Mestrado em direito das relações sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Doutorado em direito político e econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e pós-doutorado no “Mediterranea International Center for Human Rights Research”. Professor do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Adventista de São Paulo - UNASP e da Pós-Graduação em Direito do Trabalho da Universidade Mackenzie. Procurador Federal. Integrante do Grupo de Pesquisa O Sistema de Seguridade Social – Mackenzie.

CLAUDIO GUIMARÃES

Docente Permanente da Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão e do Programa de Mestrado em Direito e Afirmação de Vulneráveis da Universidade CEUMA. Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Promotor de Justiça.

DAVID LAZZARETTI VIEIRA

Mestrando em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus de Santo Ângelo/RS. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Público pela Universidade de Caxias do Sul (UCS) e Escola Superior da Magistratura Federal no Rio Grande do Sul (ESMAFE/RS). Procurador da Fazenda Nacional.

DRIANE FIORENTIN DE MORAIS

Mestranda em Direito pela ATTUS Educação. Bolsista Capes. Bacharela em Direito pela Faculdade Meridional (IMED) – Passo Fundo. Integrante do Grupo de Pesquisa “Criminologia, Violência e Controle”. Bolsista de Iniciação Científica PROBIC-FAPERGS.

FELIPE DA VEIGA DIAS

Pós-doutor em Ciências Criminais pela PUC/RS. Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) com período de Doutorado Sanduíche na Universidad de Sevilla (Espanha). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, Escola de Direito ATTUS Educação.

FERNANDA FURLANETO

Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Mestra em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Procuradora do Trabalho do Ministério Público do Trabalho. Coordenadora regional de Promoção da Regularidade do Trabalho na Administração Pública (Conap) na Procuradoria do Trabalho da 16ª Região.

GILSON AIRES DE MENEZES JÚNIOR

Graduação em Direito pela Universidade UNIEURO. Especialista em Direito Administrativo FACIBRA e em Direito de Família DAMÁSIO. Mestrando do Instituto de Direito Público. Assessor Parlamentar da Câmara Legislativa do Distrito Federal.

JANAÍNA ANDRADE DE CERQUEIRA TELES

Mestre em administração pública pelo PROFIAP/UFSE. Possui graduação em Gestão - IBS/ISCTE - Lisboa/Portugal, Pós graduação em Comunicação, Cultura e

Tecnologia de Informação no ISCTE - Lisboa/Portugal, Pós Graduação em Controle Interno no Setor Público Municipal - Unypública e graduação em Comunicação - UFBA (2007). Atualmente é analista de controle interno da Prefeitura Municipal de Camaçari.

KLEVERTON MELO DE CARVALHO

Doutor em Direito Internacional pela Universidad de Buenos Aires, com diploma reconhecido pela Universidade de São Paulo. Estágio pós-doutoral na Indiana University, Estados Unidos. Coordenador adjunto do Mestrado Profissional em Administração Pública em Rede Nacional (PROFIAP). Professor e pesquisador do Departamento de Administração, do Mestrado em Desenvolvimento e Meio Ambiente da Universidade Federal de Sergipe.

LEONARDO MARQUES

Docente Permanente da Programa de Mestrado em Direito e Afirmação de Vulneráveis da Universidade CEUMA. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado da União.

LORENZO BORGES DE PIETRO

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel), Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst); Advogado.

LUCAS ISAAC SOARES MESQUITA

Doutor em Direito do Trabalho pelo programa “Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social” da Universidad de Salamanca (USAL). Graduado e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (FDA/UFAL). Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de Salamanca (USAL). Advogado.

LUCILENE RODRIGUES SANTOS

Procuradora da Fazenda Nacional. Especialista em Direito Tributário (PUC/Cogea). Mestranda em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE); Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA

Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Adjunto III da Universidade de Brasília (UnB). Professor Titular do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento

e Pesquisa (IDP) e do PPGD da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Ministro do Superior Tribunal de Justiça, em vaga destinada à magistratura federal.

LUIZ HENRIQUE DINIZ ARAUJO

Graduação em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, com Doutorado Sanduíche pela Universidade da Califórnia, Berkeley (bolsista CAPES), e pós-doutorados na Universidade Paris I Panthéon-Sorbonne e na University of British Columbia (Canadá). Professor da DeVry/Faculdade Boa Viagem. Procurador federal.

MARTIANE JAQUES LA FLOR

Doutora em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Mestrado em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especializações em Direito Notarial e Registral e em Direito Civil. Graduação em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel).

PALLOMA PAROLA DEL BONI RAMOS

Mestranda em Direito Político e Econômico no Instituto Presbiteriano Mackenzie. Especialista em Direitos Constitucional e Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae/ Centro de Direitos Humanos – Coimbra/Portugal. Eespecialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Formação em extensão 14.0x: Industry 4.0: How to Revolutionize your Business pela The Hong Kong Polytechnic University. Defensora na Vigésima Terceira Turma do Tribunal de Ética da OAB-SP. Advogada.

RAFAEL SILVEIRA E SILVA

Doutorado e Mestrado em Ciência Política pela Universidade de Brasília. Professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), do Instituto Legislativo Brasileiro (ILB) e do Instituto Serzedello Corrêa (ISC/TCU). Consultor legislativo do Senado Federal.

RENATO GOMES DE ARAUJO ROCHA

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade

do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

RICHARD PAE KIM

Doutor e Mestre em Direito pela USP. Pós-doutorado em políticas públicas pela UNICAMP. Professor no Mestrado em Direito Médico da UNISA. Juiz Substituto em Segundo Grau do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

VICENTE BAGNOLI

Professor do Programa de Pós-graduação em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Diretor para o Brasil da Academic Society for Competition Law – ASCOLA. Advogado.

ZÉLIA LUIZA PIERDONÁ

Doutora em Direito do Estado e mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Estágio pós-doutoral na Universidade Complutense de Madrid. Professora da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-graduação em Direito Político e Econômico (mestrado e doutorado) da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Procuradora Regional da República, na 3ª Região.

SUMÁRIO

EDITORIAL..... 17

ARTIGOS

Saúde Pública Baseada em Evidências (SPBE) Como Conteúdo Essencial da Política Pública de Direito à Saúde

Evidence-Based Public Health (EBPH) As a Essential Content of Public Health Policy

Richard Pae Kim..... 19

O Sistema Constitucional de Seguridade Social e o Princípio da Subsidiariedade

The Constitutional Social Security System and the Subsidiarity Principle

Carlos Gustavo Marques

Zélia Luíza Pierdoná..... 45

A Inteligência Artificial como Ferramenta de Mediação em Conflitos Internacionais: Uma Nova Abordagem para a Guerra Rússia-Ucrânia

Artificial Intelligence as a Mediation Tool in International Conflicts: A New Approach to the Russia-Ukraine War

David Lazzaretti Vieira

Adalberto Narciso Hommerding..... 73

A Revitimização na Condução Coercitiva de Crianças e Adolescentes em Casos de Crimes Sexuais na Jurisprudência Brasileira

Revictimization in the Coercitive Conduct of Children and Adolescents in Cases of Sex Crimes in Brazilian Jurisprudence

Felipe da Veiga Dias

Driane Fioretin de Moraes..... 95

Liberdade Econômica e Valorização do Trabalho: Entre o Paradigma da Flexibilização e os Ditames da Justiça Social

Economic Freedom and Valuation of Work: Between the Paradigm of Flexibility and the Dictums of Social Justice

Fernanda Furlaneto

Vicente Bagnoli

Palloma Parola Del Boni Ramos..... 121

Panorama da Produção Acadêmica Sobre Transparência Pública Municipal no Brasil: Uma Revisão de Escopo dos Últimos 35 Anos

Panorama of Academic Production on Municipal Public Transparency in Brazil: A Scoping Review of the Last 35 Years

Janaina Teles

<i>Kleverton Melo de Carvalho</i>	141
A Pesquisa Jurídica no Mestrado: Uma Introdução aos Seus Fundamentos <i>Legal Scholar Research in LLM Courses: An Introduction to its Fundamentals</i> <i>Leonardo Marques</i> <i>Claudio Guimarães</i> <i>Andrea Lobato</i>	171
A Terceira Onda de Acesso à Justiça: Da Sacralização e Legitimação dos Tribunais aos Cartórios Extrajudiciais <i>The Third Wave of Access to Justice: From The Sacralization and Legitimization of Courts to Extrajudicial Registry</i> <i>Lorenzo Borges de Pietro</i> <i>Martiane Jaques La Flor</i>	195
Participação Popular nos Hospitais Universitários Federais: Uma Análise do Princípio Constitucional no Sistema Único de Saúde (SUS) e Sua Aplicação na Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH) <i>Popular Participation in the University Hospitals: An Analysis of the Constitutional Principle in the National Public Health System (SUS) and its Application in the Brazilian Company of Hospital Services (EBSERH)</i> <i>Lucas Isaac Soares Mesquita</i>	215
O Princípio <i>Arm's Length</i> em Transações com Intangíveis de Propriedade Intelectual: Uma Análise Sob o Prisma do Projeto BEPS <i>The Arm's Length Principle in Transaction with Intangible Assets Intellectual Property: An Analysis from the Perspective of the BEPS Project</i> <i>Lucilene Rodrigues Santos</i> <i>Luiz Alberto Gurgel de Faria</i>	235
A Não Incidência de Honorários Advocatícios em Cumprimento de Sentença de Iniciativa da Fazenda Pública Ensejador de Requisição de Pequeno Valor (RPV) <i>The Non-Incidence of Attorney's Fees Within Enforcement Procedures Started by Public Entities for the Issuance of Small Amount Requisitions</i> <i>Luiz Henrique Diniz Araujo</i>	257
Inconstitucionalidades Intencionais: Racionalidade e Dinâmica Política da Câmara Legislativa do Distrito Federal <i>Intentional Unconstitutionality: Rationality and Political Dynamics of the Legislative Chamber of the Federal District</i> <i>Rafael Silveira e Vieira</i> <i>Gilson Aires de Menezes Júnior</i>	275
A Prevaricação Na Sistemática Dos Crimes Contra A Administração Pública	

<i>Malfeasance in the System of Crimes Against Public Administration</i>	
<i>Renato Gomes de Araiijo Rocha</i>	307

EDITORIAL

Prezado leitor,

A Escola Superior da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal anuncia o lançamento de nova edição da Revista da AGU.

Este primeiro número publicado no ano de 2024 é inaugurado por artigo do professor Richard Pae Kim, produzido a convite da Comissão Editorial do periódico, em que são expostos os resultados de pesquisa científica sobre a importância da Medicina Baseada em Evidências e sua relação com o conteúdo do direito constitucional à saúde.

Na sequência, a edição contempla artigos recebidos pelo sistema de submissão contínua e aprovados pelo processo de “avaliação cega por pares”. No primeiro deles, Carlos Gustavo Marques e Zélia Pierdoná destacam a importância do princípio da subsidiariedade para a organização do sistema de seguridade social brasileiro.

A partir de investigação bibliográfica que perpassa o Direito Internacional, a Ciência Política e a Teoria do Conflito, David Vieira e Adalberto Hommerding propõem a utilização da inteligência artificial como uma possível solução para conflitos internacionais, em que as novas tecnologias poderiam funcionar como um “terceiro” imparcial e racional nas negociações.

Felipe Dias e Driane Moraes sustentam, diante do exame de casos julgados por Tribunais de Justiça estaduais, que a condução coercitiva de crianças e adolescentes vítimas de crimes sexuais gera processos de revitimização ao reduzi-las a objetos probatórios.

Em debate sobre a relação entre liberdade econômica e trabalho, Fernanda Furlaneto, Vicente Bagnoli e Palloma Ramos identificam, como um possível ponto de equilíbrio entre tais vetores, a valorização do trabalho como resistência aos abusos do poder econômico.

Janaina Teles e Kleverton Carvalho elaboram um panorama acerca da produção acadêmica sobre transparência pública municipal no Brasil, com respaldo em análise bibliométrica e de conteúdo que envolveu 336 trabalhos científicos produzidos sobre o assunto.

Diante da constatação de que os alunos dos cursos de mestrado em Direito no Brasil possuem pouca familiaridade com a epistemologia e a metodologia da pesquisa, Leonardo Marques, Claudio Guimarães e Andrea Lobato discorrem sobre categorias e conceitos ligados a essas áreas do conhecimento, com o propósito de facilitar a iniciação daqueles que se interessem pela elaboração de trabalhos científicos.

Lorenzo Pietro e Martiane La Flor dissertam sobre a terceira onda de acesso à justiça, com enfoque na atuação dos cartórios extrajudiciais como mecanismo de solução consensual de conflitos.

Lucas Mesquita dedica-se a apontar os parâmetros da participação popular no Sistema Único de Saúde e a investigar sua observância na Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares, responsável pela gestão de 40 dos 50 hospitais universitários do País.

Considerando sua adoção no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, bem como sua projeção sobre o sistema tributário brasileiro, Lucilene Santos e Luiz Alberto Gurgel de Faria analisam o princípio *arm's length*, que trata as transações realizadas entre partes relacionadas como concernentes a entidades separadas, sinalizando que os preços praticados entre pares devem ser os de concorrência ou de mercado.

O artigo de Luiz Henrique Araujo especifica hipóteses de não incidência de honorários advocatícios em sede de cumprimento de sentença em face da Fazenda Pública, com respaldo em critérios extraídos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Rafael Silva e Gilson de Menezes Júnior abordam as chamadas “inconstitucionalidades intencionais”, categoria que designa a estratégia política utilizada por parlamentares que pretendem, por meio de proposições sabidamente viciadas, estabelecer conexão com seus eleitores e atrair a atenção do Poder Executivo para se associarem à sua pauta de interesses.

Por fim, Renato Rocha propõe-se a especificar os pressupostos e os elementos constitutivos do crime de prevaricação, com o objetivo de viabilizar uma compreensão crítica acerca das decisões dos tribunais superiores relacionadas ao delito.

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

Boa leitura!

Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio
Coordenador-Geral de Pós-Graduação da Escola Superior da AGU

Autor Convidado

SAÚDE PÚBLICA BASEADA EM EVIDÊNCIAS (SPBE) COMO CONTEÚDO ESSENCIAL DA POLÍTICA PÚBLICA DE DIREITO À SAÚDE

*EVIDENCE-BASED PUBLIC HEALTH (EBPH) AS
A ESSENCIAL CONTENT OF PUBLIC HEALTH
POLICY*

Richard Pae Kim¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. Medicina Baseada em Evidências (MBE) e sua relação com o conteúdo jurídico do direito à saúde. 2. Premissas da Saúde Pública Baseada em Evidências (SPBE). 3. Conformação normativa da SPBE no Brasil. Conclusão. Referências.

¹ Doutor e Mestre em Direito pela USP. Pós-doutorado em políticas públicas pela UNICAMP. Professor no Mestrado em Direito Médico da UNISA. Juiz Substituto em Segundo Grau do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

RESUMO: O artigo decorre de pesquisa científica realizada sobre a importância da Medicina Baseada em Evidências (MBE) e sua relação com o direito à saúde, indicando que o novo paradigma estabelecido pela MBE exige dos profissionais da área da saúde, gestores e até do Judiciário que as decisões sejam fundamentadas na ciência e nas experiências sistêmicas a garantir os direitos individuais e transindividuais dos cidadãos; e que o nosso regime jurídico estabelece uma vinculação normativa de nossas políticas públicas à denominada *Evidence-Based Public Health* (EBPH), “Saúde Pública Baseada em Evidências” (SPBE), cujos parâmetros estão moldados em protocolos internacionais, além de exigir que os seus parâmetros técnicos imponham barreiras ao acesso a medicamentos e processos técnicos experimentais no âmbito do SUS.

PALAVRAS-CHAVE: Medicina Baseada em Evidências. Conteúdo Jurídico do Direito à Saúde Pública. Saúde Pública Baseada em Evidências. SPBE.

ABSTRACT: This paper reflects the scientific research conducted on the importance of Evidence-Based Medicine (EBM) and its relationship with the right to health, indicating that the new paradigm established by EBM enables health professionals, managers and even the Judiciary to reach decisions duly grounded in science and systemic experiences to ensure the individual and transindividual rights of citizens. Brazilian legal regime lays down a normative binding of our public policies defined as Evidence-Based Public Health (EBPH), “Saúde Pública Baseada em Evidências” (SPBE) – in Portuguese –, whose parameters are shaped by international protocols, in addition to requiring that its technical parameters impose barriers to access to medicines and experimental technical processes within the scope of the Brazilian Health System (SUS) – “Health Unic System”.

KEYWORDS: Evidence-Based Medicine. Legal Content of the Right to Public Health. Evidence-Based Public Health. EBPH.

INTRODUÇÃO

A política pública baseada em evidências, cuida-se de método que tem sido fundamental para o melhor agir de governos, em especial, de gestores em todo o mundo, servindo de estratégia não só para a tomada das melhores decisões, mas também para facilitar a avaliação e reavaliação das ações e, ainda, tornar mais transparentes as prestações de contas das ações públicas.

A utilização desse método ou ferramenta, como denominam alguns autores, ocorre em todas as áreas. Exemplo disso foi sua tentativa no Timor-Leste, entre os anos de 1999 e 2012, durante o período de pacificação e estabilização desenvolvido pelas Nações Unidas (COSTA, 2016, p. 125).

A evidência científica importa em elemento essencial que garante limites e proporciona racionalidade e vinculação às políticas escolhidas, cuidando-se, inclusive, de elemento para garantir a adequada responsabilização não só do gestor, mas daqueles que estão envolvidos na execução da política, a partir dos resultados da instituição da decisão adotada. O uso das evidências tem, como objetivo, informar o processo de decisão política e não apenas apontar eventuais objetivos da política (SUTCLIFFE; COURT, 2005).

Nos termos do escólio de Lorenc *et al.* (2014), é importante entender o processo de tomada de decisão e o papel desempenhado pela pesquisa em relação ao conceito de evidências, abordando diferentes setores e fatores. Dependendo dos graus de intervenção nos vários setores e das espécies de fatores levados em consideração, os impactos das decisões adotadas podem ser substanciais ou não.

A Medicina Baseada em Evidências (MBE), como consenso de especialistas reconhecidos, cujos estudos serão expostos neste trabalho, inclui fatos e dados oriundos de análises previamente desenvolvidas (STETLER *et al.*, 1998) e importa prática essencial para o exercício de atividade no âmbito da saúde a garantir o direito individual à saúde.

Tratando-se do direito fundamental à saúde pública, para resguardar direitos transindividuais e individuais, por sua vez, não há dúvida de que as evidências científicas são primordiais para a definição de políticas públicas, como veremos neste trabalho.

Esse será um dos debates que enfrentaremos neste artigo; em seguida, serão desenvolvidas as premissas que estabelecem a MBE e sua influência na construção da “Saúde Pública Baseada em Evidências” (SPBE), elemento constitutivo do direito social à saúde pública estabelecido em nossa Constituição da República e nas balizas legais e normativas que conformam esse verdadeiro direito público à saúde de todos os cidadãos dentro do nosso Sistema Único de Saúde (SUS).

Neste trabalho, o contexto da pesquisa se limita a analisar os seguintes questionamentos: (i) A MBE é elemento constitutivo do conteúdo jurídico da saúde pública? (ii) Quais são as premissas que deverão ser adotadas na “Saúde Pública Baseada em Evidências (SPBE)? Podemos afirmar que o nosso ordenamento jurídico vincula a construção das políticas públicas de saúde sob o paradigma da SPBE? E se positivo, quais são as implicações da SPBE no conteúdo jurídico do direito à saúde pública?

1. MEDICINA BASEADA EM EVIDÊNCIAS (MBE) E SUA RELAÇÃO COM O CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO À SAÚDE

A MBE, conhecida em inglês como *Evidence-Based Medicine* (EBM), termo cunhado pelo pesquisador britânico Archie Cochrane na década de 1970, propõe um novo paradigma de estratégia de tratamento na medicina, afastando a intuição, a experiência clínica não sistematizada e o uso da fisiopatologia como bases para a tomada de decisões clínicas. A MBE enfatiza a importância dos resultados de ensaios clínicos, inclusive pesquisas de literaturas comprovadamente eficientes e o uso crítico de normas estabelecidas para a avaliação da literatura clínica.

Para David Lawrence Sackett (1996, p. 179), também pioneiro no desenvolvimento da MBE, esse paradigma pode ser definido como “o uso consciente explícito e criterioso das melhores evidências atuais na tomada de decisões sobre o cuidado de pacientes individuais”. A MBE se utiliza de evidências científicas rigorosamente obtidas.

A expressão “baseada em evidências” tem sido aplicada com o objetivo de se utilizar de pesquisas não só para ampliar o conhecimento médico, mas também diminuir as incertezas nos processos clínicos envolvendo as fases do diagnóstico, da terapêutica e do prognóstico, mediante permanente consulta às informações produzidas e que tenham sido sistematicamente validadas em pesquisas de epidemiologia clínica (SACKETT *et al.*, 1996).

Existem na medicina, como se sabe, três critérios (COSTA, 2019, p. 307) para se decidir sobre qual o tratamento a ser adotado, a saber: (i) o primeiro, que é o mais precário, é a decisão por indução, por experiência pessoal; (ii) o segundo se dá pela sedução, pela opinião de colegas, especialistas, sem apoio em pesquisas sobre as evidências, podendo ser incluída nesta categoria a propaganda realizada pela indústria farmacêutica; (iii) e o último, pelo critério da dedução científica, mediante estudos controlados, criteriosos e randomizados.

Embora não se negue a importância da experiência clínica e do desenvolvimento de distintos diagnósticos clínicos dentro da competência médica, é fato que as tentativas sistemáticas de registrar observações

reprodutíveis de forma imparcial, adotando métodos científicos, aumentam fortemente a confiança que o médico pode ter em um prognóstico, bem como a eficácia das estratégias de um tratamento (LEWIS; ORLAND, 2004).

Mesmo Sackett e seus colaboradores (1996) sustentavam que a MBE não poderia ser entendida como um “livro de receitas” ou uma fórmula mágica, na medida em que a evidência clínica deve informar, mas não poderá só ela substituir a experiência ou expertise do médico, porque essa experiência irá decidir se a evidência é aplicável ou não ao estado clínico do paciente.

Conforme conclusões de um grupo de trabalho que escreveu o *texto Evidence-Based Medicine: a new approach to teaching the practice of Medicine* (GUYATT *et al.*, 1992), a adoção da MBE pelos médicos há de exigir dois importantes passos: a) as escolas médicas norte-americanas devem ser obrigadas a incluir em seu currículo essa matéria, inclusive durante o período de residência; e b) o treinamento em MBE aos médicos deve ser aplicado pelas secretarias estaduais (ou regionais) de saúde ou pelas associações profissionais, que podem monitorar a adesão dos médicos às novas diretrizes, em especial, para as doenças como diabetes, cardiopatias, hipertensão, asma e enfermidades pulmonares obstrutivas crônicas, sugerindo até que possa haver a suspensão da licença médica pelos órgãos de fiscalização quando não seguirem protocolos instituídos.

Sobre o tema, conforme Lina Faria, José Antonio de Oliveira-Lima e Naomar Almeida-Filho:

A MBE atingirá sua maturidade quando a comunidade médica como um todo perceber a importância desse novo paradigma assistencial e pedagógico no cuidado do paciente e incorporar os pressupostos e atributos essenciais às habilidades clínicas. Esses pressupostos e atributos incluem a vontade de reconhecer e admitir a possibilidade de incertezas a fim de convertê-las em evidências clínicas. O fato concreto é que, mesmo com merecidos elogios a Cochrane e a Sackett, aos ensaios clínicos randomizados e ao respeito ao modelo da prática clínica baseada em evidência, ainda hoje, cinco décadas após a primeira vez em que a expressão “baseado em evidências” foi utilizada num texto, sua aplicação abarca apenas um percentual restrito das evidências que precisam ser demonstradas. E, talvez a pior faceta, vários de seus ensaios são induzidos por fatores extracientíficos: pela decisão pessoal sem lastro científico, pela indústria farmacêutica, pela falta de recursos, pela dificuldade técnica e pela passividade e descrença. Somos levados a pensar que a aparição da MBE, com a reafirmação dos ECR como processo diferenciado de aquisição de conhecimento e legitimação de uma conduta, foi o modo como a medicina se posicionou contra o fato de que ela efetivamente

não se fundava sobre provas clínicas (FARIA; OLIVEIRA-LIMA; ALMEIDA-FILHO, 2021, p. 76).

No Brasil, a evolução da regulamentação sobre a MBE tem se mostrado uma necessidade, porquanto temos disposições esparsas no nosso ordenamento jurídico, mas sem a observância de uma necessária sistemática.

O Código de Ética Médica (CEM) brasileiro, por exemplo, estabelece que o médico deve “indicar o procedimento adequado ao paciente” de acordo com o melhor avanço tecnológico disponível, mas “observadas as práticas reconhecidamente aceitas e respeitando as normas legais vigentes no País” (Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009, do Conselho Federal de Medicina [CFM], Capítulo II) (CFM, 2009); e a normativa proíbe qualquer comercialização da medicina, que é uma ciência a serviço do ser humano (Capítulo I, I e IX, e art. 68), vedando ao médico, inclusive, “[p]raticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no País” (art. 14); e “[e]xagerar a gravidade do diagnóstico ou do prognóstico, complicar a terapêutica ou exceder-se no número de visitas, consultas ou quaisquer outros procedimentos médicos” (art. 35) (CFM, 2009).

Conforme dispõe a Resolução CFM nº 1.982/2012, os critérios de protocolo e avaliação para o reconhecimento de novos procedimentos e terapias médicas são regulados pelo CFM.

Também não se olvide que a prescrição médica não pode se afastar dos esquemas de tratamentos padronizados, como estabeleceu o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (Cremesp), em sua Resolução nº 278/2015, em seus arts. 2º, 3º e 7º, que o médico, excepcionalmente, pode prescrever medicamento fora do protocolo do serviço a que está vinculado desde que o faça, justificadamente, em relatório a ser entregue ao Diretor Técnico, que pode convocar uma junta ética para deferir ou não o pedido, documento imprescindível também caso a prescrição seja utilizada no SUS para medicamento não previsto em suas listas oficiais (CREMESP, 2015).

Essas normativas vinham ordenando inclusive o sistema de saúde privado suplementar, nas relações entre operadoras de saúde (planos e seguros-saúde)² e o consumidor dos serviços.

Mesmo a Lei nº 14.454/2022 que, embora tenha afastado a tese do “rol taxativo a ser fixado pela ANS”, não abandonou critérios, também com

2 Possível identificar esses fundamentos, *verbi gratia*, nos fundamentos utilizados no julgamento dos paradigmáticos acórdãos dos Embargos de Divergência em Recurso Especial – ERESp nºs 1.886.929 e 1.889.704, pelo Superior Tribunal de Justiça, em que se discutiu a natureza da lista de procedimentos e eventos em saúde instituída pela ANS – se taxativa ou exemplificativa, embora no voto vencedor, do eminente Ministro Luis Felipe Salomão, tenha ficado expresso que, apesar da taxatividade da lista, em diversas situações seria possível ao Judiciário determinar que o plano garanta ao beneficiário a cobertura de procedimento não previsto pela ANS, desde que comprovadas a existência de critérios técnico-científicos e a prova da necessidade e da pertinência do tratamento indicado por autoridade médica.

força normativa, que tenham como fundamentos a MBE para que o paciente tenha acesso a determinadas tecnologias. Vejamos.

A novel legislação, em seu art. 2º, estabeleceu que a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, passa a vigorar com as seguintes alterações: a) a amplitude das coberturas no âmbito da saúde suplementar, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será estabelecida em norma editada pela ANS, que publicará rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, atualizado a cada incorporação (cf. art. 10, § 4º); b) o rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, atualizado pela ANS a cada nova incorporação, constitui a referência básica para os planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e para os contratos adaptados a esta Lei e fixa as diretrizes de atenção à saúde (art. 10, § 2º); c) em caso de tratamento ou procedimento prescrito por médico ou odontólogo assistente que não estejam previstos no rol referido no dispositivo anterior, a cobertura deverá ser autorizada pela operadora de planos de assistência à saúde, desde que:

I – exista comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, *baseada em evidências científicas e plano terapêutico*; ou

II – existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) *órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional*, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais. (art. 10, § 13, incisos I e II – (BRASIL, 1998, grifo nosso)

É evidente que, por se tratar de legislação nova, criticada por muitos porque adotaria critérios não acolhidos em outros países, ela precisaria ser adequadamente interpretada ou até mesmo regulamentada. O presidente da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Dr. Paulo Rebello, inclusive, chegou a sustentar a necessidade de que seja editado um ato normativo (decreto) que regulamente o conteúdo jurídico do que seja “evidência científica”, porque, no seu entender, “a descrição como foi colada é muito ampla e traz insegurança jurídica ao setor” (GUIMARÃES, 2022, *on-line*).

A preocupação, à toda evidência, procede, na medida em que ainda não temos estudos maduros para garantir a segurança jurídica interpretativa sobre os elementos normativos definidos nessa nova legislação.

Também, no sentido de valorizar a MBE, é o teor da Lei nº 14.307/2022, que estabeleceu regras para a incorporação de novos tratamentos pelos planos e seguros de saúde, a exemplo dos relacionados ao combate ao câncer. A lei estabeleceu prazo para a ANS concluir a análise do processo de inclusão de procedimentos e medicamentos na lista dos obrigatórios e será

de cento e oitenta dias, prorrogáveis por mais noventa dias. A referida norma sancionada tem origem na Medida Provisória nº 1.067/2021, aprovada na Câmara dos Deputados, viabilizando a inclusão da cobertura de tratamento oral e domiciliar contra câncer no rol de procedimentos dos planos de saúde.

Determina a lei que a cobertura será obrigatória caso as medicações já tenham sido aprovadas pela Anvisa, acentuando que essa inclusão na lista deve seguir o prazo estipulado para a conclusão dos processos sobre os demais medicamentos (cento e vinte dias, prorrogáveis por sessenta dias corridos).

Ainda, a Lei nº 14.307/2022 também cria uma comissão técnica de apoio para assessorar a ANS na tomada de decisões sobre novas tecnologias e medicamentos, inclusive transplantes e procedimentos de alta complexidade, o que resguarda o poder regulatório e controlador da agência, dentro de parâmetros científicos; e a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar terá sua composição e seu funcionamento definidos em regulamento, respeitando-se a representatividade de diversos setores.

O CFM, que possui natureza jurídica de autarquia profissional federal e que é a instância competente que define se um procedimento médico é experimental ou não, publicou recente normativo (Resolução CFM nº 2.327, de 8 de dezembro de 2022) dispondo sobre a aplicação de terapêuticas reconhecidas no exercício da profissão médica considerando: (i) o surgimento da proliferação de práticas pretensamente terapêuticas, cuja eficácia não foi avaliada pelo CFM; (ii) os riscos à saúde das pessoas que estão sendo submetidas a procedimentos destituídos de análise técnica pelo Conselho; (iii) em respeito ao Código de Ética Médica, o médico deve primar pela beneficência e não maleficência; (iv) e ao que dispõe a Resolução CFM nº 1.982/2012.

Essa Resolução reforça a Lei do Ato Médico, Lei nº 12.842/2013, que autoriza procedimentos médicos executados por profissionais clínicos, com respeito ao Código de Ética, que estabelece as competências dos médicos e suas responsabilidades, e dispõe que aos médicos é permitida a aplicação de terapêuticas reconhecidas no exercício de sua profissão, ao tempo em que proíbe a utilização de procedimentos avaliados e não autorizados pelo CFM (art. 2º); as prescrições *off label* devem seguir os normativos vigentes no CFM (art. 3º); e fica proibida qualquer vinculação de médicos a anúncios de métodos e práticas não autorizados pelo CFM (art. 4º) (BRASIL, 2013).

Essas regras importam que, se um procedimento médico é considerado experimental pelo CFM, as autoridades médicas devem justificar os motivos pelos quais não estão a adotar um procedimento convencional e não podem cobrar pela sua aplicação. Tampouco a prática experimental pode ser coberta ou realizada pelo SUS ou pelos profissionais da saúde suplementar.

Ainda se aguarda que as regras que definirão os critérios para que o interessado solicite a análise da prática junto ao CFM sejam instituídas e publicadas³, para que a referida normativa tenha plena aplicabilidade, inclusive para que não se permita que, sob o manto de uma frágil “autodeterminação terapêutica”, não sejam ofertados à população novos produtos e procedimentos, protocolos clínicos e novas diretrizes terapêuticas, que estejam fundadas em evidências com baixo grau de eficácia, acurácia e segurança.

Portanto, não há dúvida de que, mesmo no direito individual à saúde, no âmbito da saúde privada, o seu conteúdo jurídico está restrito à utilização de tecnologias que estejam cientificamente comprovadas, podendo-se concluir que a adoção da MBE pode e deve “conduzir a decisões melhor fundamentadas e dotadas de maior racionalidade, sob a perspectiva de seu custo para a sociedade, tanto no âmbito da Saúde Pública quanto na Saúde Privada, concretizando de forma adequada o direito fundamental à saúde” (DIAS; CAMINHA, 2015, p. 106).

2. PREMISSAS DA SAÚDE PÚBLICA BASEADA EM EVIDÊNCIAS (SPBE)

A legislação e a regulação têm exercido papel fundamental na estruturação da saúde pública e têm constituído ferramentas vitais para as principais conquistas na saúde pública a partir do século XX. As regras que tratam das imunizações em todo o mundo, a socialização das tecnologias como a quebra de patentes e o controle do tabaco, *verbi gratia*, vêm auxiliando a reduzir as taxas de doenças crônicas e possibilitando um atendimento adequado à saúde pública.

Cada vez mais os gestores de políticas públicas estão a adotar a estratégia de aprovar as regras por meio de lei e de atos regulamentares para controlar as práticas médicas, a fim de que elas estejam baseadas em evidências científicas sólidas a garantir um serviço público de saúde eficaz e seguro para os cidadãos.

Conforme literatura específica sobre o tema que existe no mundo, de fato, há um consenso entre investigadores e gestores de saúde pública: que uma combinação de provas e valores científicos, recursos e contexto deve ser considerada na tomada de decisão no âmbito da saúde pública (BROWNSON; FIELDING; MAYLAHN, 2009).

Por outro lado, não há dúvida de que falta às literaturas jurídica, sanitária e da administração pública uma clara definição de política baseada em evidências.

3 Essa esperada regulamentação, mais detalhada, ainda não foi publicada até o término deste trabalho (12.2.2024).

Entretanto, pensamos que já existem parâmetros suficientes, mas que devem evoluir com o tempo, para delimitar o conteúdo do que se denomina “Saúde Pública Baseada em Evidências” (SPBE). Vejamos.

O discurso formal sobre a natureza e o alcance da “*Evidence-Based Public Health*” (EBPH), na literatura dos países desenvolvidos, iniciou-se no final dos anos 1990. Em 1997, o eminente epidemiologista e cientista Milos Jenicek definiu a EBPH, com base em trabalho de grupo de pesquisa liderado por Gordon Henry Guyatt, como o “uso consciente, explícito e criterioso das melhores e atuais evidências na tomada de decisões sobre o cuidado nas comunidades e populações na proteção da saúde, prevenção de doenças, e na manutenção e melhoria da saúde pública (promoção da saúde)” (JENICEK, 1997, p. 188). Em 1999, profissionais e acadêmicos dos Estados Unidos e da Austrália também se aprofundaram nesses estudos⁴.

Desses estudos, possível se faz resumirmos alguns dos atributos da SPBE: (i) as decisões públicas devem usar as melhores evidências disponíveis revisadas por pesquisadores nos campos quantitativo e qualitativo; (ii) devem ser utilizados sistematicamente os dados e os sistemas de informação, aplicando estruturas de planejamento de programas – que muitas vezes têm uma base na teoria da ciência comportamental; (iii) sempre que necessário e possível, a comunidade deve ser envolvida na avaliação e na tomada da decisão; (iv) deve ser realizada uma avaliação sólida das pesquisas e há de ser disseminado tudo o que é aprendido para as partes interessadas e os tomadores de decisão (BROWNSON; FIELDING; MAYLAHN, 2009, p. 177).

Afinal, o que são evidências? Não podemos ficar com a definição simplista e genérica de que se trata de um corpo disponível de fatos ou informações que indicam se uma crença ou proposição é verdadeira ou válida (JEWELL, 2001). Tampouco elas se limitam a ser formadas por elementos históricos, relatos de testemunhas, depoimentos ou opiniões de especialistas e da ciência (McQUEEN, 2001).

Para um profissional da saúde pública, a evidência é composta de: dados quantitativos – incluindo os epidemiológicos; dados qualitativos; resultados de avaliações de programas ou políticas (inclusive junto às comunidades); resultado de um ciclo complexo de observação (com dados de vigilância da saúde pública); teoria (literatura científica); e experimentos publicados em periódicos especializados e bem qualificados (McQUEEN; ANDERSON, 2001). Não se olvide, ainda, que conforme bem salienta Ross C. Brownson e seus colaboradores:

4 Brownson, Gurney e Land (1999), Glasziou e Longbottom (1999) e Kohatsu *et al.* (2004) ampliaram as definições anteriores de EBPH para incluir as perspectivas dos membros da comunidade e promover uma abordagem mais centrada na população.

Embora dados quantitativos forneçam uma excelente oportunidade para determinar como as variáveis estão relacionadas para um grande número de pessoas, esses dados fornecem pouca compreensão de porque essas relações estão a existir. Os dados qualitativos, por outro lado, podem ajudar a fornecer informações para explicar as descobertas quantitativas, ou o que tem sido chamado de “significado esclarecedor”. Pode-se encontrar muitos exemplos do uso da triangulação de dados quantitativos para avaliar programas e políticas de saúde, incluindo prevenção da AIDS, programas de saúde ocupacional e políticas e programas de prevenção de doenças crônicas em ambientes comunitários. (BROWNSON; FIELDING; MAYLAHN, 2009, p. 180, tradução livre)

Levando em consideração esses estudos, no âmbito da saúde pública, podemos concluir que existem, atualmente, três domínios-chave do que vamos denominar SPBE, apoiando-nos também no trabalho sobre política pública baseada em evidências escrito pelos cientistas Ross C. Brownson, Jamie F. Chriqui e Katherine A. Stamatakis, publicado eletronicamente na *American Journal of Public Health* em agosto de 2011 (BROWNSON; CHRQUI; STAMATAKIS, 2011): (i) o processo, para entender as abordagens para aumentar a probabilidade de chegar a determinada política pública de saúde; (ii) o conteúdo, para identificar todos os elementos, inclusive os científicos e políticos específicos da área da saúde pública, que sejam eficazes na análise do gestor; (iii) e os resultados esperados, documentando todos os impactos potenciais da política que for elegida – importante para a transparência da política e a sua futura avaliação e reavaliação.

Esses elementos ou domínios-chave estarão baseados em evidências na medida em que: (i) incluam no processo decisório a preparação e a comunicação de dados de forma eficaz e com o uso de ferramentas analíticas; (ii) durante e após a execução, o rastreamento, a fiscalização, a avaliação e a reavaliação das políticas escolhidas sejam realizadas sempre observando todas as evidências possíveis.

É de clareza solar que não basta ao gestor, no momento da decisão, levar em consideração apenas as evidências científicas. Como toda e qualquer política pública, a tomada de decisão deve levar em conta o ambiente social, econômico, as regras sociais e culturais e as evidências sobre variáveis contextuais e formas de adaptação a programas e políticas em ambientes e subgrupos populacionais. Por isso, importa também que o gestor público institua um processo de revisão sistemática de suas decisões que busque examinar, avaliar se a intervenção produziu efeitos no cenário do mundo real (BROWNSON; FIELDING; MAYLAHN, 2009, p. 176 e 180; PAWSON *et al.*, 2005).

Para alcançar esse desiderato, o regime regulatório estatal há de se utilizar de métodos, de procedimentos, que impeçam ou reduzam os riscos

aos usuários do serviço nas dispensações de medicamentos, produtos e demais tecnologias de interesse para a saúde.

3. CONFORMAÇÃO NORMATIVA DA SPBE NO BRASIL

O regime jurídico brasileiro adotou a SPBE como premissa para delimitar não só as políticas públicas na área da saúde pública, mas também do próprio direito do cidadão de receber os serviços do Sistema Único de Saúde, garantindo-lhes acesso a tecnologias e medicamentos com o menor risco possível à saúde, reduzindo os riscos de doença e de outros agravos (art. 196, CF).

Não se poderia exigir que a Carta da República estabelecesse todo o regime jurídico dos órgãos que atuariam com esta competência; mas em seu art. 197 obrigou o Poder Público a dispor por legislação infraconstitucional a regulamentação, fiscalização e controle, a ser realizado diretamente ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, ou até mesmo por terceiros.

Ademais, a nossa Constituição Federal, no seu art. 200 estabelece que ao SUS compete, além de outras atribuições, nos termos da lei infraconstitucional, controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde; além de participar da própria produção dos medicamentos, equipamentos, imunobiológicos (como as vacinas), hemoderivados e outros insumos (inciso I), para garantir a saúde dos seus cidadãos. A execução das ações de vigilância sanitária e epidemiológica, e a fiscalização do uso dos medicamentos e das tecnologias que podem ser utilizados no sistema de saúde de nosso país, incluindo também as substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos, à toda evidência, são objetos das competências do poder público (incisos II e VII).

Com o objetivo de dar conformação a essas normas constitucionais, a ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária foi fundada em 26 de janeiro de 1999 pela Lei nº 9.782/1999. Esta agência reguladora, instituída como autarquia federal, vinculada ao Ministério da Saúde, passou a atuar no controle sanitário de produtos nacionais e importados e de alguns estabelecimentos, a fim de garantir que órgãos, serviços e produtos sejam seguros, de qualidade e que somente aqueles de eficácia comprovada sejam utilizados no país.

No âmbito do SUS, como já tratado nos capítulos anteriores, a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90) cuidou de regulamentar a igualdade da assistência à saúde, com segurança e eficácia, baseada na ciência.

Para isso, dentro do que consiste a assistência terapêutica integral (art. 19-M da Lei Orgânica do SUS), as prescrições devem estar em conformidade com as diretrizes terapêuticas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado.

Como se sabe, a medicina não é ciência exata, e a prática clínica deve se adaptar às peculiaridades do quadro patológico do paciente. No entanto, em situações excepcionais de necessidade de acesso a medicamentos e procedimentos terapêuticos não previstos nos protocolos clínicos e nas diretrizes terapêuticas, esses casos devem ser tratados efetivamente como exceções e os novos protocolos devem ser amplamente justificados, e tais casos têm sido objeto, infelizmente, de judicialização. Nessas hipóteses, na falta do protocolo preestabelecido, em conformidade com o disposto no mencionado art. 19-P da Lei Orgânica do SUS, a dispensação será realizada com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, devendo a responsabilidade pelo fornecimento ser pactuada na Comissão Intergestores Tripartite (CIT) e, de forma suplementar, pelo Estado (cf. decisão da CIT) ou pelo Município.

O protocolo clínico e diretriz terapêutica é o documento que estabelece: critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos a serem seguidos pelos gestores do SUS.

Dentro desse sistema, os medicamentos, produtos ou tecnologias deverão ser avaliados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e ao seu custo-efetividade para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que trata o protocolo.

Isso não significa, como bem defendido por Antonio Carlos da Ponte e Reynaldo Mapelli Júnior, que:

[H]aja uma obrigação do SUS em oferecer qualquer prestação positiva, não importando o preço, bastando para tanto a prescrição de um médico, mas a ideia não subsiste a nenhuma análise econômica ou gestacional: isso é impossível em qualquer sistema de saúde, público ou privado, ainda que de países desenvolvidos. Há limitação dos recursos orçamentários e os custos crescentes das tecnologias médicas, quando se pensa na universalização do direito à saúde que deve ser de todos e de acesso igualitário (art. 196, CF). (...) Isto significa que o SUS deve respeito à padronização das ações governamentais sanitárias em procedimentos técnicos administrativos que contenham os produtos e serviços disponíveis e o esquema de tratamento propugnado, o que se convencionou chamar no Brasil de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT), (...) porque a “relevância pública” é característica essencial das ações e serviços de saúde (art. 197, CF), devendo obediência à padronização, ao controle de procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde, inclusive psicoativos, tóxicos e radioativos, e demais ações de vigilância

sanitária e epidemiológicas tipicamente do SUS, que devem atingir todas as atividades que tocam a saúde das pessoas (art. 200, incisos I, II e VII, CF). (PONTE; MAPELLI JR., 2019, p. 194)

Esses Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS, formulados pelo Ministério da Saúde após análise da Conitec⁵, e outras listas de serviços e produtos elaborados na sua falta devem ser atualizados periodicamente segundo procedimento administrativo que tem forma e prazo certos (Lei Orgânica da Saúde (LOAS) e Decreto nº 7.646, de 21 de dezembro de 2011), e não restringem o direito à saúde, mas o “conformam”, o “delimitam”, pois constituem um mecanismo de caráter organizacional essencial para que o SUS atenda a todos os brasileiros, respeitando o orçamento público e as evidências científicas que garantam a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança (cf. art. 19-Q da LOS).

O Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, que regulamenta a Lei Orgânica da Saúde, estabeleceu ainda critérios para o acesso e o tratamento na rede pública de saúde que, além da assistência em unidades públicas por meio de ações e serviços preceituados por profissional de saúde no exercício regular de funções do SUS, pressupõem estar a prescrição em conformidade com a RENAME – Relação Nacional de Medicamentos Essenciais do SUS e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas “com a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos” (art. 28, inciso III) (BRASIL, 2011a).

Também há a obrigatoriedade de observância dos protocolos e dos produtos disponíveis, ficando vedada a indicação de fármacos sem registro na Anvisa e de procedimentos experimentais e/ou não previstos.

A SPBE exige que a legislação sanitária e o seu sistema regulatório estabeleçam o dever de atenção aos protocolos clínicos, às diretrizes terapêuticas, aos esquemas de tratamento na rede pública de atenção à saúde a todos os órgãos do SUS, inclusive aos órgãos fiscalizadores (Anvisa, Conitec e Comissão Nacional de Ética em Pesquisa, a Conep).

5 A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde – Conitec foi criada pela Lei 12.401, de 28 de abril de 2011, substituiu a CITEC, e possui competência para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologias em saúde no âmbito do SUS. Composta pelo Plenário e a Secretaria-Executiva, é assistida pelo Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde – DGITS. É competência da Conitec assessorar o Ministério da Saúde na “incorporação, exclusão ou alteração pelo SUS de novas tecnologias em saúde, como medicamentos, produtos e procedimentos, tais como vacinas, produtos para diagnóstico de uso ‘in vitro’, equipamentos, procedimentos técnicos, sistemas organizacionais, informacionais, educacionais e de suporte, programas e protocolos assistenciais, por meio dos quais a atenção e os cuidados com a saúde são prestados à população”, além de ser responsável pela “constituição e alteração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, podendo requisitar a sua elaboração ou revisão, conforme o interesse para o SUS, lembrando que um protocolo clínico e diretriz terapêutica estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravamento à saúde; o tratamento preconizado, os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS”. (Vide site eletrônico do órgão, disponível em <http://antigo-conitec.saude.gov.br/historico-institucional>. Acesso em 5.2.2024).

Ainda, registre-se a importância da Lei nº 12.401/2011, que inseriu o Capítulo VIII ao Título II da Lei nº 8.080/90. Eis o texto do art. 19-Q do referido normativo:

Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. (BRASIL, 2011c)

A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Conitec) deve elaborar relatório e decidir com base, necessariamente, nas “evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso” (inciso I do § 2º do art. 19-Q da Lei nº 8.080/90) (BRASIL, 1990).

Essa Comissão também deve levar em conta a “avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível” (inciso II do § 2º do art. 19-Q da Lei nº 8.080/90) (BRASIL, 1990).

Os arts.19-M, 19-N e 19-O, acrescentados pela referida Lei nº 12.401/2011, tratam sobre a dispensação de medicamentos e produtos de interesse da saúde, que há de respeitar as diretrizes terapêuticas definidas por protocolo clínico para a doença ou o agravo a ser tratado.

Por protocolo clínico e diretriz terapêutica se entende como

o documento que prevê critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do Sistema Único de Saúde. (cf. inciso II do art. 19-N da Lei nº 8.080/90). (BRASIL, 1990)

Os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas, por sua vez, “deverão estabelecer os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que tratam, bem como aqueles indicados em casos de perda de eficácia e de surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha” (BRASIL, 1990).

Em qualquer caso, os medicamentos ou produtos devem ser avaliados quanto à sua eficácia e segurança, efetividade e custo-efetividade para as

diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que trata o protocolo, e na ausência de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, conforme estabelece o art. 19-P da referida lei do SUS, a dispensação deve ser realizada da seguinte forma:

I – com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas na Lei 8.080/90, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite;

II – no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite;

III – no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde. (BRASIL, 1990)

A Lei nº 8.080/90 estabelece, ainda, que a incorporação, a exclusão e a alteração a que se refere o art. 19-Q serão efetuadas “mediante a instauração de processo administrativo, a ser concluído em prazo não superior a 180 (cento e oitenta) dias, contado da data em que foi protocolado o pedido, admitida a sua prorrogação por 90 (noventa) dias corridos, quando as circunstâncias exigirem” (art. 19-R) (BRASIL, 1990), exigindo-se dos laboratórios e fabricantes todos os documentos e, se cabível, as amostras dos produtos que desejam ver incorporados; e a legislação, por sua vez, veda, em todas as esferas federativas de gestão do SUS, o “pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado” pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na mencionada agência (art. 19-T, e inciso II) (BRASIL, 1990).

Observe-se que o Judiciário também tem reconhecido que o SUS siga os parâmetros da SPBE e da MBE. Em importante precedente, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.657.156/RJ, pela sua Primeira Seção, concluiu em 25 de abril de 2018 o julgamento do recurso repetitivo, sob a relatoria do eminente Ministro Benedito Gonçalves, fixou na Tese 106 os requisitos para que o Poder Judiciário determine o fornecimento de remédios fora da lista do Sistema Único de Saúde (SUS). Restou definido que os critérios estabelecidos só

serão exigidos nos processos judiciais que forem distribuídos a partir da referida decisão e constituiu obrigação do poder público o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, desde que presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: a) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; b) incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; e c) a existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

Esta decisão determina, ainda, que após o trânsito em julgado de cada processo, o Ministério da Saúde e a Comissão Nacional de Tecnologias do SUS (Conitec) deverão ser comunicados para que realizem estudos quanto à viabilidade de incorporação do medicamento pleiteado no âmbito do SUS.

O referido recurso foi o primeiro repetitivo no qual o Superior Tribunal de Justiça fixou a Tese 106 e veio a modular os efeitos da decisão para considerar que “os critérios e requisitos estipulados somente serão exigidos para os processos que forem distribuídos a partir da conclusão do presente julgamento”, o que foi feito com base no art. 927, §3º, do Código de Processo Civil.

A despeito da existência de um fenômeno cada vez mais crescente da jurisdicionalização da saúde, observando os fundamentos jurídicos das decisões proferidas pelos nossos tribunais superiores, em especial, de nossa Suprema Corte (inclusive dos votos e acórdãos que julgaram os Temas nºs 6⁶, 500 e 793 de repercussão geral), podemos inferir que tem havido uma sistemática defesa de que o SUS conforma um direito à saúde baseado: (i) nos preceitos constitucionais da universalidade, gratuidade, integralidade e equidade; (ii) na ciência e na medicina baseada em evidências; (iii) em decisões estatais motivadas fundadas na SPBE; e, (iv) no que toca à incorporação e à revisão de tecnologias, medicamentos e produtos, na premissa normativa de que estes deverão ser avaliados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e ao seu custo-efetividade para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que tratam os protocolos técnicos.

CONCLUSÃO

Utilizando-se dos parâmetros dos problemas propostos neste trabalho, podemos extrair algumas conclusões.

Hodiernamente, embora não se negue a importância da experiência clínica e do desenvolvimento de distintos diagnósticos clínicos dentro

⁶ Observo que ainda não se encontra definida a tese do Tema 6 do STF, até o encerramento deste trabalho (12.2.2024).

da competência médica, é fato que as tentativas sistemáticas de registrar observações reprodutíveis de forma imparcial, adotando métodos científicos, aumentam fortemente a confiança que o médico pode ter em um prognóstico, bem como a eficácia das estratégias de um tratamento.

Dentro de um processo evolutivo da ciência da medicina, construiu-se um novo paradigma de decisão sobre qual o tratamento que deve ser aplicado a um paciente. Cuida-se da Medicina Baseada em Evidências (MBE) - *Evidence-Based Medicine* (EBM) -, em que se afastam a simples intuição, a experiência clínica não sistematizada e o uso da fisiopatologia como bases para a tomada de decisões clínicas.

A MBE enfatiza a importância dos resultados de ensaios clínicos, inclusive pesquisas de literaturas comprovadamente eficientes e o uso crítico de normas estabelecidas para a avaliação da literatura clínica.

O fato é que o sistema normativo e regulamentar no Brasil estabelece uma série de restrições às atividades dos profissionais da saúde, inclusive a aplicação dessa novel prática da MBE, a fim de garantir eficiência e segurança aos serviços e às tecnologias que são disponibilizadas aos cidadãos.

No âmbito da saúde pública brasileira, no contexto do SUS, a utilização desse parâmetro, que, tem caráter constitucional e normativo, constitui delimitação do direito fundamental social à saúde.

Como exposto neste trabalho, a evidência científica importa em elemento essencial que proporciona racionalidade e vinculação às políticas públicas escolhidas e que forma também a delimitação do conteúdo jurídico da saúde pública.

Nesse universo, eis algumas premissas do que a doutrina internacional denomina “*Evidence-Based Public Health*” (EBPH), que, traduzido para o português, pode ser denominado “Saúde Pública Baseada em Evidências” (SPBE): (i) as decisões públicas devem usar as melhores evidências disponíveis revisadas por pesquisadores nos campos quantitativo e qualitativo; (ii) devem ser utilizados sistematicamente os dados e os sistemas de informação, aplicando estruturas de planejamento de programas – que muitas vezes têm uma base na teoria da ciência comportamental; (iii) sempre que necessário e possível, a comunidade deve ser envolvida na avaliação e na tomada da decisão; e (iv) deve ser realizada uma avaliação sólida das pesquisas e há de ser disseminado tudo o que é aprendido para as partes interessadas e os tomadores de decisão.

É claro que não basta ao gestor, no momento da decisão, levar em consideração apenas as evidências científicas. Como toda e qualquer política pública, a tomada de decisão deve levar em conta também o ambiente social, econômico, as regras sociais e culturais e as evidências sobre variáveis contextuais e formas de adaptação a programas e políticas em ambientes e subgrupos populacionais.

Para alcançar esse desiderato, o regime regulatório estatal há de se utilizar de métodos, de procedimentos, que impeçam ou reduzam os riscos aos usuários do serviço nas dispensações de medicamentos, produtos e demais tecnologias de interesse para a saúde (Anvisa, Conitec e Conep).

A delimitação do direito fundamental à saúde pública, portanto, deve seguir os protocolos estabelecidos pela SPBE, cujo conteúdo jurídico encontra-se delineado na Constituição Federal, na Lei Orgânica do SUS, no Decreto nº 7.646, de 21 de dezembro de 2011, nos demais atos normativos que restaram descritos, exemplificativamente, neste trabalho, e na doutrina internacional; e a despeito da existência de um fenômeno cada vez mais crescente da jurisdicionalização da saúde, observando os fundamentos jurídicos das decisões proferidas pelos nossos tribunais superiores, podemos inferir que tem havido uma sistemática defesa de que o SUS conforma um direito à saúde baseado nas decisões estatais quando fundadas na SPBE, em especial, no que toca à incorporação e à revisão de tecnologias, medicamentos e produtos, na premissa normativa de que estes deverão ser avaliados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e ao seu custo-efetividade para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que tratam os protocolos.

É certo que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS, formulados pelo Ministério da Saúde após análise da Conitec, e outras listas de serviços e produtos elaborados na sua falta devem ser atualizados periodicamente segundo procedimento administrativo que tem forma e prazo certos, e isto não significa que estejam a restringir o direito à saúde, mas o “conformam”, o “delimitam”, pois constituem mecanismos de caráter organizacional essencial para que o SUS atenda a todos os brasileiros, respeitando o orçamento público e as evidências científicas que garantam a eficácia, a acurácia, e a segurança da saúde pública de forma igualitária e integral a todos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 set. 2023.

BRASIL. *Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011*. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único

de Saúde – SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm. Acesso em: 15 set. 2009.

BRASIL. *Decreto nº 7.646, de 21 de dezembro de 2011*. Dispõe sobre a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde e sobre o processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo Sistema Único de Saúde – SUS, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7646.htm. Acesso em: 15 set. 2023.

BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 15 set. 2023.

BRASIL. *Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656compilado.htm. Acesso em: 15 set. 2023.

BRASIL. *Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011*. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Brasília: Presidência da República, 2011c. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12401.htm. Acesso em: 15 set. 2023.

BRASIL. *Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013*. Dispõe sobre o exercício da Medicina. Brasília: Presidência da República, 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12842.htm. Acesso em: 15 set. 2023.

BRASIL. *Lei nº 14.307, de 3 de março de 2022*. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, para dispor sobre o processo de atualização das coberturas no âmbito da saúde suplementar. Brasília: Presidência da República, 2022a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14307.htm. Acesso em: 15 set. 2023.

BRASIL. *Lei nº 14.454, de 21 de setembro de 2022*. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, para estabelecer critérios que permitam a cobertura de exames ou tratamentos

de saúde que não estão incluídos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar. Brasília: Presidência da República, 2022b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14454.htm. Acesso em: 15 set. 2023.

BRASIL. *Medida Provisória nº 1.067, de 2 de setembro de 2021*. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, para dispor sobre o processo de atualização das coberturas no âmbito da saúde suplementar. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/mpv/mpv1067.htm. Acesso em: 15 set. 2023.

BROWNSON, Ross C.; CHRIQUI, Jamie F.; STAMATAKIS, Katherine A. Understanding Evidence-Based Public Health Policy. *American Journal of Public Health (AJPH)*. Published online: August 30, 2011. Disponível em: <https://ajph.aphapublications.org/doi/full/10.2105/AJPH.2008.156224>. Acesso em: 10 jan. 2024.

BROWNSON, Ross C.; FIELDING, Jonathan E.; MAYLAHN, Christopher M. *Evidence-Based Public Health: A Fundamental Concept for Public Health Practice*. *Annu. Rev. Public Health*, v. 30, p. 175-201, 2009.

BROWNSON, Ross C.; GURNEY, James G.; LAND, Garland H. *Evidence-based decision making in public health*. *J. Public Health Manag. Pract.*, v. 5, p. 86-97, 1999.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM. *Resolução CFM nº 1.931/2009*. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília: CFM, 2009. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/etica-medica/codigo-2010/resolucao-cfm-no-1931-2009/>. Acesso em: 15 set. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM. *Resolução CFM nº 1.982/2012*. Dispõe sobre os critérios de protocolo e avaliação para o reconhecimento de novos procedimentos e terapias médicas pelo Conselho Federal de Medicina. Brasília: CFM, 2012. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2012/1982_2012.pdf. Acesso em: 15 set. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM. *Resolução CFM nº 2.327/2022*. Dispõe sobre a aplicação de terapêuticas reconhecidas no exercício da profissão médica. Brasília: CFM, 2022. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2327_2022.pdf. Acesso em: 15 set. 2023.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO – CREMESP. *Resolução Cremesp nº 278, de 23 de setembro de 2015*. São Paulo: Cremesp, 2015. Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=13411&tipo=RESOLU%C7%C3O&orgao=Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%C3%A3o%20Paulo&numero=278&situacao=VIGENTE&data=23-09-2015>. Acesso em: 15 set. 2023.

COSTA, Carlos Germano Ferreira; SILVA, Edson Vicente da. O que realmente importa no processo de tomada de decisão considerando políticas públicas baseadas em evidência. *Revista Administração em Diálogo (RAD)*, v. 18, n. 2, p. 124-143, maio/ago. 2016.

COSTA, Paula Martins da; COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *A Medicina Baseada em Evidências como suporte para a judicialização da saúde no Brasil*. I Congresso Internacional da Rede Ibero-Americana de Pesquisa em Seguridade Social. Anais, n. 1, p. 301- 324, out. 2019.

DIAS, Eduardo Rocha; CAMINHA, Uinie. *Saúde Privada e a Medicina Baseada em Evidências como fonte de critérios orientadores da intervenção judicial*. Direitos Fundamentais & Justiça, ano 9, n. 31, p. 80-109, abr./jun. 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2009.

FARIA, Lina; OLIVEIRA-LIMA, José Antonio de; ALMEIDA-FILHO, Naomar. *Medicina baseada em evidências: breve aporte histórico sobre marcos conceituais e objetivos práticos do cuidado*. História, Ciências, Saúde – Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 28, n. 1, p. 59-78, jan./mar. 2021.

GLASZIOU, P.; LONGBOTTM, H. *Evidence-based public health practice*. Aust. N. Z. J. Public Health, v. 23, p. 436-440, 1999.

GUERRA, Alcení Angelo; BERTOTTI, Barbara Mendonça; GUIDI, Silvio. *Comentários à Lei Orgânica da Saúde (LOS): Leis nºs 8.080/90 e 8.142/90 – Trinta anos da Lei*. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

GUIMARÃES, Arthur. *ANS estuda decreto para regular “medicina baseada em evidência”*, diz presidente. JOTA, 15 set. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/saude/ans-estuda-decreto-para-regular-medicina-baseada-em-evidencia-diz-presidente-15092022>. Acesso em: 9 jan. 2024.

Richard Pae Kim

GUYATT, Gordon et al. *Evidence-Based Medicine. A New Approach to Teaching the Practice of Medicine*. JAMA, v. 268, n. 17, p. 2420-2425, 1992. Disponível em: <https://jamanetwork.com/journals/jama/article-abstract/400956>. Acesso em: 2 jan. 2024.

JENICEK, Milos. *Epidemiology, evidence-based medicine, and evidence-based public health*. J. Epidemiol. Commun. Health, v. 7, p. 187-197, 1997.

JEWELL, Abate F. *The New Oxford American Dictionary*. New York: Oxford University Press, 2001.

KIM, Richard Pae. *Separação de poderes e as teorias interna e externa dos direitos fundamentais: direitos sociais e a inaplicabilidade da teoria externa*. Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 165-187, 2000.

KOHATSU, Neal D.; ROBINSON, Jennifer G.; TORNER, James C. *Evidence-based public health: an evolving concept*. Am. J. Prev. Med., v. 27, p. 417-421, 2004.

LEWIS, Sonya J.; ORLAND, Burton I. The importance and Impact of Evidence-Based Medicine. *Supplement to Journal of Managed Care Pharmacy*, v. 10, n. 5, set. 2004.

LORENC, T. et al. Cultures of evidence across policy sectors: systematic review of qualitative evidence. *European Journal of Public Health*, v. 24, n. 6, p. 1041-1047, 2014.

McQUEEN, D. V.; ANDERSON, L. M. *What counts as evidence? Issues and debates*. Evaluation in Health Promotion: Principles and Perspectives. Copenhagen, Denmark: World Health Organ; ed. Rootman, 2001.

McQUEEN, D. V. Strengthening the evidence base for health promotion. *Health Promot. Int.*, v. 16, p. 261-268, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2002.

MOWAT, David. *Decisões Baseadas em Evidências na Saúde Pública*. Ethos Gubernamental, 2006/2007. Disponível em: <http://files.bvs.br/upload/S/1555-8746/2007/vn4/a231-248-1.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2024.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MULROW, Cynthia; COOK, Deborah; DAVIDOFF, Frank. Systematic reviews: critical links in the great chain of evidence [Editorial]. *Annals of Internal Medicine*, v. 126, p. 389-391, 1997.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. *Conteúdo normativo do direito à saúde: definição do núcleo essencial segundo a abordagem das capacidades*. RIL, Brasília, ano 59, n. 234, p. 197-215, abr./jun. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OAS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 15 set. 2023.

PAWSON, R. et al. Realist review – a new method of systematic review designed for complex policy interventions. *J. Health Serv. Res. Policy*, v. 10, suppl. 1, p. 21-34, 2005.

PONTE, Antonio Carlos da; MAPELLI JR., Reynaldo. Prescrições médicas para ações judiciais. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 22, n. 9, p. 184-199, jan./abr. 2019.

RIMER, Barbara K.; GLANZ, Karen; RASBAND, Gloria. Searching for evidence about health education and health behavior interventions. *Health Educ. Behav.*, v. 28, p. 231-248, 2001.

ROCHA, Luiz Carlos da. *O direito à saúde e o sistema suplementar*. São Paulo: Contracorrente, 2018.

SACKETT, David L. et al. Evidence-based medicine: what it is and what it isn't. *BMJ*, v. 13, n. 312, p. 71-72, 1996.

SACKETT, David L. *Using Evidence-based medicine to help physicians keep up-to-date*. *Serials*, v. 9, n. 2, p. 178-181, 1996.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, José Luiz Toro da. *Planos de saúde: limites ao poder de regular*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

STETLER, C. B. *et al.* Evidence-based practice and the role of nursing leadership. JONA, v. 28, n. 7/8, p. 45-53, 1998.

SUTCLIFFE, S.; COURT, J. *Evidence-Based Policemaking*: What is it? How does it work? What relevance for developing country? Overseas Development Institute, 2005.

RECEBIDO EM: 24/04/2023

APROVADO EM: 24/07/2023

O SISTEMA CONSTITUCIONAL DE SEGURIDADE SOCIAL E O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

THE CONSTITUTIONAL SOCIAL SECURITY SYSTEM AND THE SUBSIDIARITY PRINCIPLE

Carlos Gustavo Marques¹

Zélia Luiza Pierdoná²

SUMÁRIO: Introdução. 1. O princípio da subsidiariedade como diretriz organizativa da proteção social. 2. O modelo beveridgiano de seguridade social:

- 1 Graduado em direito pela Faculdade de Direito de Araçatuba, especialização em direito público pelo CEAD-UNB, mestrado em direito das relações sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, doutorado em direito político e econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e pós-doutorado no “*Mediterranea International Center for Human Rights Research*”. Professor do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Adventista de São Paulo - UNASP e da Pós-Graduação em Direito do Trabalho da Universidade Mackenzie. Procurador Federal. Integrante do Grupo de Pesquisa O Sistema de Seguridade Social - Mackenzie
- 2 Doutora em Direito do Estado pela PUCSP. Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUCSP. Realizou estágio pós-doutoral na Universidade Complutense de Madrid. É professora da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-graduação em Direito Político e Econômico (mestrado e doutorado) da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora visitante na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora visitante na Universidade de Salamanca. Tem experiência na área de Direitos Sociais, com ênfase em Direito da Seguridade Social. Coordena o Grupo de Pesquisa “O sistema de seguridade social”. Também é Procuradora Regional da República, na 3ª Região.

premissas. 2.1. As técnicas protetivas (métodos) da seguridade social. 2.2. A coordenação das técnicas protetivas. 3. A construção da seguridade social brasileira nos mais de 30 anos da Constituição Federal de 1988. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente artigo analisa como o princípio constitucional da subsidiariedade reforça o principal instrumento de proteção social estabelecido no artigo 194 da Constituição Federal, denominado Seguridade Social. Considerando-se as premissas internacionais que desenharam a mencionada teia de proteção social, destaca-se o princípio da subsidiariedade como diretriz estruturante para garantir a compreensão da seguridade social como sistema e sua própria operacionalidade. A partir disto e se valendo da experiência brasileira obtida nos mais de trinta anos do sistema de seguridade social, o qual foi trazido pela Constituição Federal de 1988, objetiva-se apontar o desapego dos poderes constituídos brasileiros com o vetor principiológico da subsidiariedade na seguridade social brasileira, minando em grande parte as próprias premissas que norteiam a consagrada ideia protetiva.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Sociais. Princípio da Subsidiariedade. Seguridade Social Brasileira. Assistência Social. Efetivação da Cidadania.

ABSTRACT: This article analyzes how the constitutional principle of subsidiarity reinforces the main instrument of social protection established in article 194 of the Federal Constitution, called Social Security. Considering the international premises that designed the web of social protection called “social security”, the principle of subsidiarity stands out as a structuring guideline to guarantee the understanding of social security as a system and its own operability. From these premises and taking into account the Brazilian experience obtained in more than thirty years of the social security system, brought by the Federal Constitution of 1988, the objective is to focus the desengagement of the brazilian constituted powers from the principle vector of subsidiarity in brazilian social security, largely undermining the very premises that guide the established idea of “social security”.

KEYWORDS: Social Rights. Principle of Subsidiarity. Brazilian Social Security. Social Assistance. Effectiveness of Citizenship.

INTRODUÇÃO

Não é de hoje a preocupação mundial com a pobreza, a diminuição da desigualdade social e a necessidade do desenvolvimento sustentável, equilibrado e inclusivo.

A Organização das Nações Unidas (ONU), ao traçar os desafios políticos e as diretrizes de governança, reforça a necessidade de erradicação da pobreza, do desenvolvimento da agricultura sustentável, da promoção da saúde e bem-estar e do estímulo ao trabalho decente. Além disso, essa organização multilateral salienta a importância do crescimento econômico, da redução das desigualdades, buscando-se a paz e justiça por meio de instituições eficazes que busquem parcerias e meios de implementação. Para tanto, as políticas de segurança social/seguridade social são apontadas como “elementos vitais das estratégias nacionais de desenvolvimento com vista a reduzir a pobre e a vulnerabilidade ao longo da vida” (OIT, 2019, p. 01).

A Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 194 o sistema de seguridade social brasileiro, deixando claro, no *caput* do dispositivo, o próprio conceito de tal mecanismo: seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Dentro da conceituação constitucional traçada, não há dúvidas de que o constituinte de 1988 segue o desenho de proteção social denominado “seguridade social”, desenvolvido na segunda metade do século passado, como resultado do estudo multidisciplinar conhecido como “Plano Beveridge”, projeto este que ganhou acolhida nos países da Europa Ocidental e da América Latina. Trata-se de protótipo apontado, desde então, como a forma mais acurada para a efetividade das políticas de segurança social.

Em que pese sua estruturação ser esboçada na Constituição de 1988 e vir sendo efetividade desde então, nesses mais de trinta anos de vigência do texto constitucional de 1988, há forte crítica na doutrina quanto à real efetividade do sistema brasileiro, levando a se afirmar, inclusive, que a proposta idealizada constitucionalmente ainda não foi concretizada (FLEURY, 2004; VIANNA, 2001).

Considerando a importância da seguridade social como instrumento imprescindível no combate das principais causas de vulnerabilidade social (como apontado pela ONU), aliado ao próprio contexto brasileiro atual de deterioração da economia, aumento do desemprego, precarização das relações de trabalho e crescimento considerável da vulnerabilidade social, torna-se de extrema relevância refletir sobre o sistema de seguridade social, seus resultados e possíveis inconsistências ou incompletudes estruturais que podem estar minando seus fins ou, ainda, diminuindo sua otimização.

Quando se fala em análise da eficácia do sistema de seguridade social, várias abordagens e enfoques podem ser feitos, inclusive nas mais diversas áreas de conhecimento (econômica, sociológica, jurídica, entre outras), sendo necessários alguns recortes. O presente artigo pretende refletir sobre a eficácia da seguridade social brasileira a partir da análise jurídica do sistema constitucional de seguridade social, com centralização no princípio da subsidiariedade como elemento organizativo basilar desse sistema de proteção social. A partir das ideias estruturantes apresentadas originariamente no Plano Beveridge, busca-se demonstrar a essencialidade da compreensão e emprego do princípio organizativo da subsidiariedade para seguridade social.

Assim, empregando a metodologia qualitativa, baseada em dados extraídos de sites de consultas públicas, bem como em trabalhos científicos, pesquisas empíricas e doutrina especializada, pretende-se comprovar a importância e centralidade do princípio da subsidiariedade na organização do sistema de seguridade social, muito negligenciado pelos poderes constituídos no Brasil.

1. O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE COMO DIRETRIZ ORGANIZATIVA DA PROTEÇÃO SOCIAL

A busca contra um difícil porvir sempre acompanhou o indivíduo ao longo de seu desenvolvimento. É justamente a partir dessa busca por medidas preventivas que o indivíduo, sozinho ou contextualizado em grupos sociais, desenvolveu e criou mecanismos de proteção individuais ou sociais. Por essa razão, a definição de qualquer mecanismo de proteção social sempre se revelará pelo elemento histórico que o justificou: é o dado da realidade que justifica o repensar protetivo e fomenta as novas técnicas e mecanismos de proteção social.

Costumam-se apontar quatro fases ou dimensões para caracterizar as técnicas de proteção social desenvolvidas desde o início da civilização até o modelo atual de seguridade social (PIERDONÁ, 2016):

1ª dimensão - assistência individual/privada: a mais antiga das técnicas de proteção se baseia na autorresponsabilidade individual (a ideia de que o próprio homem, instintivamente, busca se precaver contra um difícil porvir). Caracterizou-se dentro do período civilizatório mais elementar, quando a organização coletiva estava restrita a grupos familiares, tribos ou aldeias;

2ª dimensão - assistência pública: fase em que é verificado o surgimento e desenvolvimento das cidades e, como consequência, a desordem provocada com esta nova realidade. Leva-se ao chamamento, na busca da proteção individual/coletiva, de um novo coautor, a saber, o Estado;

3ª dimensão - seguro social: fase em que se constrói a proteção dos trabalhadores proletariados como resposta à crise social advinda com a Revolução Industrial;

4ª fase - seguridade social: ante o contexto de precariedade social e econômico trazido pelas duas grandes guerras, a instabilidade social advinda da revolução Russa e a queda da bolsa de Nova York, propõe-se um novo mecanismo de proteção social denominado “seguridade social” (Plano Beveridge), cujo traço característico é a articulação entre as diversas técnicas protetivas já existentes (três fases anteriores), criando um verdadeiro “sistema de proteção social” universal e garantidor de um padrão mínimo de vida digna para todos os cidadãos.

O termo “dimensão” é utilizado aqui com o propósito de reforçar a ideia de “expansão” em cada uma das fases desse evoluir: cada período se apresenta como avanço a se integrar ao anterior, fortalecendo a ideia protetiva precedente que é agregada a uma nova dimensão (criada para resolver a nova situação de vulnerabilidade social ainda não protegida).

Assim, esse progredir se caracteriza como um processo cumulativo de instrumentos de proteção, de tal modo que o modelo corrente de proteção social, denominado seguridade social, pressupõe, ante de mais nada, a junção coordenada de todas as dimensões anteriores.

Dentro desse contexto, em que o principal protótipo de mecanismo de proteção social (seguridade social), trazido pela Constituição Federal, fixa a atuação coordenada “(...) dos Poderes Públicos e da sociedade (...)” – art. 194, *caput*, da CF, torna-se imprescindível que haja uma regra básica equalizando essa coparticipação. E não poderia ser diferente, já que deveres sociais orbitam dentro da lógica antagônica entre direito de receber, garantido àqueles que necessitam, versus dever de prover (custear), que é uma prerrogativa de quem pode. Ou seja, exige-se estruturação clara e com proporção previamente delimitada da intervenção estatal, definindo-se os limites da liberdade individual e a própria corresponsabilidade coletiva dos cidadãos, construída nos mais diversos grupos sociais.

O princípio da subsidiariedade busca justamente lançar luz a tal problematização. Por ele se regula a relação Estado, indivíduos e grupos sociais (TORRES, 2001). E mais, é dele que se depura o valor da solidariedade, ínsita de qualquer ideia intervencionista em favor dos cidadãos, seja feita pelo Estado, seja pelos próprios cidadãos ou grupos de cidadãos.

O vetor da subsidiariedade nasce e se constrói buscando justamente equilibrar essa interação entre os diversos atores sociais. Por esse motivo, sua compreensão pressupõe a análise da “pessoa situada”, ou seja, a pessoa “espontaneamente emergente de um conjunto de sociedades” (BARACHO, 1997, p. 52), que assim pode ser sintetizado:

O princípio da subsidiariedade, invocado por numerosos textos pontifícios, resume-se em uma idéia simples: as sociedades são subsidiárias em relação à pessoa, ao passo que a esfera pública é subsidiária em relação à esfera

privada. Como corolário, não se deve transferir a uma sociedade maior aquilo que pode ser realizado por uma sociedade menor.

Assim, o princípio da subsidiariedade delimita a força organizativa entre os vários indivíduos e instituições, colocando-se como mecanismo definidor da organização social e de reforço da própria natureza humana (filosofia da pessoa), já que reitera a primazia da autonomia do indivíduo (autodeterminação) e, conseqüentemente, sua própria dignidade, sem desconsiderar ou excluir a coparticipação e responsabilidade dos demais atores sociais e do próprio Estado (TORRES, 2001) também para com o indivíduo. Neste sentido,

a subsidiariedade é um princípio de organização social, que por extensão é concebido como princípio de organização política. Essa extensão é lembrada por Chantal Millon-Delsol quando, para reconhecer o primado da ontologia da sociedade sobre o Estado, lembra o adágio alemão: O homem é mais velho do que o Estado. Para a realidade moderna a idéia de subsidiariedade se aplica com mais força ao Estado, do que às instâncias sociais propriamente ditas. Ela não se justifica em país dominado pela simples dicotomia: indivíduo e Estado (...). Assim, a autonomia e a responsabilidade dos atores, concretizando a filosofia da pessoa e a filosofia da ação, possibilitaram as concepções antropológicas e éticas (...). A característica essencial do princípio é sua flexibilidade, pela qual, em qualquer circunstância, ele implica efetivação do equilíbrio (...). O princípio inspira inteiramente o sistema federal (...). O Estado subsidiário, perseguindo seus fins, harmoniza a liberdade autônômica com a ordem social justa, com a finalidade de manter o desenvolvimento de uma sociedade formada de autoridades plurais e diversificadas recusando o individualismo filosófico. A idéia de subsidiariedade aparece como solução intermediária entre o Estado-providência e o Estado liberal (BARACHO, 1997, p. 70).

À luz da subsidiariedade reforça-se o equilíbrio de todos (cidadão, grupos sociais, sociedade organizada e Estado) na responsabilidade e efetivação do bem comum e da própria justiça social. O pressuposto é de que a participação conjunta precisa ser organizada por regras básicas que garantam o equilíbrio na atuação de cada um, vedando a sobreposição de uns em relação aos outros, também impedindo que haja hipertrofia entre eles.

Dentro dessa realidade, é possível concluir que o princípio da subsidiariedade reitera a organização hierárquica da própria sociedade, na medida em que secciona e fornece diretriz na divisão de atribuições entre indivíduos, sociedades intermediárias, sociedades maiores e Estado.

Mais do que isso, se proteção social se constrói a partir de uma realidade sociológica, não há como dissociar o princípio da subsidiariedade da própria estruturação de qualquer tipo de proteção social.

Há de se ressaltar que tal princípio está permeado em toda a Constituição Federal Brasileira, como é possível verificá-lo com a adoção do pacto federativo (divisão de atribuições entre estados e comunidades menores), com o princípio democrático do Estado brasileiro (democracia pressupõe diversidade e respeito de grupos sociais), além dos valores da soberania e cidadania (soberania pressupõe autonomia dos membros da nação, reforçada pela autonomia política = cidadania), da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político (GONÇALVES, 2003; BARRACHO, 1997; TORRES, 2001).

Ademais, a subsidiariedade também está intrinsecamente ligada à proteção social materializada pelo “valor social do trabalho”, indicado pela Constituição, seja como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso IV), seja como princípio norteador da ordem econômica: é com o trabalho que se busca dar dignidade à pessoa humana, na medida em que é com o labor que se alcança a satisfação econômica e social, conseqüentemente a própria “autonomia individual”. Por isto, são necessárias regras que permitam o justo funcionamento do mecanismo estatal, afastando qualquer estímulo ao ócio, ou à sobrecarga dos agentes sociais, além de garantir aos cidadãos, com prestígio na autonomia individual (é ele que define seu caminho), a satisfação de sua própria dignidade.

Assim, se o sistema social se coloca justamente como meio para realização das autonomias individuais, não haveria sentido sua atuação desestimulando o trabalho. Isto porque, se é o trabalho que deve conferir ao indivíduo meios indispensáveis para seu pleno desenvolvimento, é necessário concluir que o Estado só deverá intervir nas hipóteses em que a força de trabalho não se mostrar hábil. Por outro lado, o Estado como provedor e garantidor da autonomia individual (ínsito ao próprio direito de cidadania), não deve medir esforços para que essa independência individual se efetive, inclusive intervindo na economia para a garantia do pleno emprego e da própria independência individual.

Portanto, sendo o Estado o responsável pelo bem-estar coletivo e da garantia dos mínimos, impõe-se a ele o dever e a busca constante para instrumentar e dar concretude a essa “autonomia do cidadão”, devendo intervir na economia para efetivar e potencializar ao cidadão essa emancipação social (razão por que são tão importantes as políticas públicas do pleno emprego e da educação, que habilitam o cidadão como profissional).

Sem a “autonomia” mina-se, de imediato, a própria ideia do “indivíduo como cidadão”, já que se tira dele grande parte da sua prerrogativa de autodeterminação, bem como muda a lógica da primazia da autorresponsabilidade, inerente às técnicas organizativas mais elementares.

O sistema de seguridade social, sob o viés estatal, dessa forma, só intervirá quando houver necessidade, sob pena de se prestigiar justamente o ócio: qualquer estímulo à não realização de suas próprias atribuições é afastar a própria natureza humana.

Nesse sentido é a lição de Silvia Faber Torres:

o indivíduo tem competências que lhe são naturalmente pertencentes, devendo ele mesmo, por sua iniciativa e com suas forças, cumpri-las, sob pena de esvaziar-se a própria natureza humana. A realização das finalidades vitais inerentes à sua condição consiste, em suma, em um “assunto de sua responsabilidade pessoal” ou “responsabilidade moral pessoal”, que constitui o fundamento dos direitos pessoais, e com isso do princípio da subsidiariedade.

(...)

A subsidiariedade eleva a sociedade civil a primeiro plano na estrutura organizacional do Estado e concebe a cidadania ativa como pressuposto básico para sua realização, colocando a instância privada a serviço do interesse geral a partir, também, da idéia de solidariedade, que se funda principalmente, na maior eficiência da ação social sobre a ação estatal junto a grupos menores (TORRES, 2001, p.14)

Se a seguridade social é o principal instrumento de proteção social, a qual exige a participação coordenada dos diversos atores sociais, não há dúvidas de que o princípio da subsidiariedade, que se apresenta na organização da Constituição Federal, também está identificado em sua plenitude dentro do referido modelo de proteção social. E isto é facilmente verificado quando se observam as premissas que originariamente definiram o Plano Beveridge.

2. O MODELO BEVERIDGIANO DE SEGURIDADE SOCIAL: PREMISSAS

A expressão “sistema de seguridade social”, ou “sistema de segurança social”, foi empregado a partir do estudo inglês, elaborado na Inglaterra nos anos de 1941 e 1942, por equipe multidisciplinar, presidida pelo sociólogo e economista inglês William Henry Beveridge (“Plano Beveridge” - *Report on Social Insurance and Allied Services*, 1942).

Tal estudo buscou apresentar um novo modelo de proteção social para responder à realidade da época modificada pela Revolução Industrial (formatação e o desequilíbrio da relação capital x trabalho, diferença essa que estava tensionando o cenário social). Além disso, as crises econômicas que se

instalaram entre as duas grandes guerras, a expansão das ideias do socialismo soviético e o próprio agravamento das condições sociais experimentadas no período suscitaram novas demandas sociais que deveriam ser atendidas por um sistema de proteção social diferente do que era oferecido até então.

Pensa-se, assim, em um novo modelo que se afigure como um plano concreto para a resolução dos problemas sociais, elaborado a partir da experiência histórica da Inglaterra e de vários outros países no enfrentamento dos problemas das causas sociais: a Comissão Beveridgiana estudou o histórico das políticas sociais inglesas dos últimos 45 anos anteriores à Comissão, a Lei dos Pobres, todos os seguros sociais vigentes na Inglaterra na ocasião, os serviços de socorro médico, de proteção à infância, os serviços sociais prestados pela sociedade, bem como os instrumentos de proteção social de 30 países, incluindo os do Brasil.

Dessa pesquisa, a equipe inglesa propõe uma nova forma de se efetivar a proteção social caracterizada pela atuação articulada/sistematizada, já que o momento era de superação, “revoluções – não para remendos” de modelos já existentes (BEVERIDGE, 1942, p.11).

Assim, a primeira e principal premissa do Plano é propor o enfrentamento das causas de vulnerabilidade de forma articulada entre diversos atores e técnicas protetivas, algo inexistente até então, já que as políticas sociais eram estruturadas de forma isolada, sem coerência ou interligação (ROSANVALLON, 1997). A atuação articulada, segundo o Plano, se dá por três métodos de segurança, que agem de forma entrosada:

O nosso Plano de Segurança Social se apoia nas três proposições supra-mencionadas, combinadas com três métodos diferentes: o seguro social, para as necessidades básicas; a assistência nacional, para casos excepcionais; e o seguro voluntário, para os auxílios adicionais aos auxílios básicos (BEVERIDGE, 1942, p. 23).

O segundo elemento identificador é a fixação do trabalho como a “lei gravitacional” a reger todo o sistema protetivo: é o trabalho que norteia a intervenção do Estado (busca da garantia do pleno emprego), bem como delimita e organiza as técnicas de proteção a ser garantidas aos cidadãos. Como enfatizado no estudo, qualquer instrumento que busque a proteção social deve se alicerçar e pressupor a “manutenção do emprego e a prevenção do desemprego em massa” (BEVERIDGE, 1943, p. 251), até porque é o trabalho o principal instrumento para afastar a pobreza e as demais causas de vulnerabilidade social.

É dentro dessas duas premissas delimitadas no Plano (atuação coordenada de técnicas e a necessidade da busca do pleno emprego) que se verifica a plenitude e o reforço da organização social fixada pelas premissas da

subsidiariedade: se serviços sociais são prestados à sociedade com a aquisição de riquezas coletivas, é evidente que, em um mundo no qual a estruturação dos meios de proteção está calcada no trabalho, a principal forma de se obter riqueza coletiva é com a atividade laboral. Mais do que isso, com o prestígio e garantia do trabalho, reforça-se a equação responsabilidade individual x estatal na concretização da proteção.

A busca do bem-estar social é dever de todos os cidadãos e do Estado. Com o trabalho, reforça-se a responsabilidade de cada um para com a sua própria emancipação e, mais, reforça-se a primazia da autonomia individual que confere ao cidadão se autodeterminar e assim satisfazer dignamente suas próprias necessidades.

Com isto, o Plano tonifica a própria ordem social que deve existir entre os diversos grupos sociais menores e o indivíduo, como norteia o princípio da subsidiariedade por sua conotação ético-política como direito natural que é: a independência do indivíduo é elemento ínsito a guiar a dignidade da pessoa humana, seja porque com isso se reforça sua liberdade de autodeterminação, seja porque decorre da própria característica inata do indivíduo a busca por seu próprio desenvolvimento. Além disto, para uma ordem social factível, torna-se imprescindível que cada cidadão e a sociedade à qual ele pertença tenham consciência e executem seus deveres para a finalidade do bem comum.

O terceiro elemento identificador do Plano é apontar e pressupor que todos os cidadãos devem ser protegidos com um feixe de proteção social mínima que lhes garanta vida digna. Ao Estado compete intervir na economia para garantir a todos a proteção mínima. Tal intervenção deve ocorrer para estimular a efetivação do pleno emprego (já que esta é a principal via pela qual o cidadão, autonomamente, consegue sua emancipação e satisfação das suas necessidades compatíveis com uma vida digna), como também deve atuar para ofertar serviços e benefícios aos cidadãos, toda vez que os “mínimos sociais” não são efetivamente alcançados por eles próprios, conforme se pode observar abaixo:

A expressão “segurança social” é aqui usada para designar a garantia de um rendimento, que substitua os salários, quando se interromperem estes pelo desemprego, doença ou acidente, que assegure a aposentadoria na velhice, que socorra os que perderam o sustento em virtude da morte de outrem a que atenda as certas despesas extraordinárias, tais como as decorrentes do nascimento, da morte e do casamento. Antes de tudo, segurança social significa segurança de um rendimento mínimo; mas esse rendimento deve vir associado a providências capazes de fazer cessar, tão cedo quanto possível, a interrupção de salários (BEVERIDGE, 1942, p. 189).

Nesse aspecto, é possível verificar que o princípio da subsidiariedade se manifesta no Plano para traçar o diretivo da ordem econômica, informando a atuação do Estado e do particular no âmbito da organização econômica. A partir dessa divisão de atribuições, verifica-se a harmonia na coexistência entre a iniciativa de cada cidadão e a atuação do Estado.

Algumas diretrizes básicas, que encontram fundamento no próprio vetor principiológico da subsidiariedade, são claras:

1º) O Estado deve atuar e intervir para garantir o pleno emprego, pois este é o principal instrumento que reforça a autonomia do cidadão e, conseqüentemente, o seu status com vida digna;

2º) O cidadão sempre foi e continua sendo o protagonista pela busca do seu próprio bem, tanto que a intervenção estatal com medidas e serviços só ocorrerá quando a autonomia individual não estiver ocorrendo ou, existindo, estiver operando de forma não satisfativa para tutelar o mínimo;

3º) A atuação da prestação estatal interventiva deve sempre ser pensada e colocada de maneira provisória, já que tal atuação deve ser estruturada com “providências capazes de fazer cessar, tanto cedo quanto possível, a interrupção de salários” (BEVERIDGE, 1942, p 189).

Na verdade, o Estado deverá sempre atuar para garantir o padrão mínimo de vida digna para todos os cidadãos. Tudo que exceder a ideia e técnicas protetivas para além da proteção mínima pode até ser estimulado pelo Estado, mas não deverá ter sua atuação direta.

Dentro de tais premissas, é possível verificar total reforço entre o sistema de seguridade social com o princípio da subsidiariedade, o que poderia ser assim resumido : no que diz respeito à divisão de competências e atribuições dentro da organização social, a seguridade social (em consonância e reforço com o vetor da subsidiariedade) fixa como primazia a autonomia individual, posto que a satisfação das necessidades se dá com o “rendimento básico de subsistência” de que o próprio cidadão é capaz. Por outro lado, cabe ao próprio Estado a percepção de que ele deverá sempre atuar para garantir e potencializar a “autonomia individual” de cada pessoa, intervindo apenas subsidiariamente com fornecimento de prestações e serviços nas situações em que o cidadão não é capaz de obter seu “rendimento básico de subsistência”.

É esta a regra básica do sistema de seguridade social no que diz respeito à autonomia individual (percepção de si) e à própria cidadania (percepção do Estado sobre o indivíduo), que ganha assento e reforço no princípio da subsidiariedade.

2.1. As Técnicas Protetivas (Métodos) da Seguridade Social

Da baliza principiológica extraída do princípio da subsidiariedade (que fixa a equação da responsabilidade dos diversos atores sociais, como

apontado no tópico anterior) se extrai, por consequência, a lógica de atuação das diversas técnicas de proteção que orientam o Plano Beveridge: compete ao Poder Público o dever de garantir o mínimo ao cidadão (direito de cidadania), sempre e somente quando a autonomia individual não é capaz para tanto.

Essa atuação do Poder Público, ora fiscalizando, ora efetivando a própria prestação positiva, se dará por meio da combinação das técnicas da provisão (seguro social) e ajuda (assistência nacional), ou seja, o sistema beveridgiano propõe atingir a proteção mínima de todos valendo-se de três “métodos de segurança”, que são: 1) “Seguro social para as necessidades básicas”³ – técnica de provisão obrigatória (para as necessidades básicas do trabalhador e seus familiares em situações em que o trabalhador perde sua força de trabalho); 2. “Assistência nacional para casos especiais” – técnica de ajuda (auxílio individual para os necessitados pagos pelo Tesouro) e 3. “Seguro voluntário” – técnica de provisão facultativa (para coberturas adicionais) - BEVERIDGE, 1942, p. 23.

A primeira técnica protetiva, chamada técnica de provisão (ou também seguridade social contributiva), caracteriza-se pelo seguro social, criado na Alemanha no século XIX.

A construção do seguro social é inspirada no próprio “seguro privado”, no qual todos os trabalhadores cotizam para uma instituição seguradora, que os protege nas situações futuras (riscos sociais) de impossibilidade de trabalhar. Por meio de benefício (prestação pecuniária que substitui a remuneração) ou serviço (prestação para o trabalhador readquirir sua capacidade laborativa), a técnica busca alcançar e evitar que o trabalhador (que não recebe remuneração, já que não possui força laboral) vá para uma situação de vulnerabilidade.

O intuito é proteção securitária apenas enquanto há incapacidade laboral. Tanto que, além das prestações pecuniárias, o seguro social oferece serviços aos beneficiários com o intuito de que estes consigam readquirir sua capacidade laborativa – serviço de habilitação/reabilitação profissional – e assim voltem a, per si, prover seu próprio sustento.

A presença do Estado se dá, seja para regular a proteção, como também para ajudar os trabalhadores a suportar o custo desses seguros, além de chamar compulsoriamente a contribuir a categoria dos empregadores.

Os elementos definidores dessa técnica são: base profissional (sujeitos protegidos são só os profissionais ou o grupo familiar ligado a ele); financiamento segundo a técnica de seguro, com criação de um fundo mútuo comum e proteção projetada e garantida de forma limitada, de acordo com o que restou cotizado (perspectiva de “solidariedade profissional” e não

3 Os termos foram colocados entre aspas já que repetem aqueles empregados no Plano Beveridge.

propriamente “solidariedade de todos os cidadãos”). Tal ideia é reforçada expressamente no próprio Plano Beveridge, que destaca a correlação entre base profissional – proteção – e equilíbrio financeiro mútuo – BEVERIDGE, 1942, p. 255).

Registra-se que, segundo o Plano, a atuação estatal deve se ater ao “seguro social para as necessidades básicas”, ou seja, garantir apenas “um rendimento básico de subsistência” (BEVERIDGE, 1943, p. 190), pois qualquer tipo de provisão/proteção que excedesse a isso sairia do âmbito estatal, ficando sob a responsabilidade voluntária de cada indivíduo, por meio do “seguro voluntário”.

A segunda técnica protetiva é a técnica de ajuda (assistência social ou seguridade social não contributiva). Essa medida propõe a garantia de “segurança de um rendimento mínimo” para todos os cidadãos, fixando a necessidade da atuação articulada entre a proteção decorrente do seguro social com outra técnica, que é aquela de ajuda (seguridade não contributiva). Esta, como a técnica de provisão, não foi criada pelo Plano Beveridge (a assistência social já existia e se desenvolveu desde os primórdios da sociedade). Sua novidade reside na proposição de atuação articulada com a técnica de provisão, além de servir de instrumento para a recomposição da autonomia do cidadão e de garantia de proteção mínima para aqueles que não conseguem, autonomamente, um “rendimento básico de subsistência”.

Na medida em que impõe ao Estado o dever de intervir para efetivar a “autonomia do cidadão”, bem como prestar assistência para aqueles que não conseguem de modo autônomo a sua manutenção em um patamar de subsistência, fixa-se a assistência social (seguridade social não contributiva) como verdadeiro “direito de cidadania”.

Como já referido, uma das premissas do Plano era garantir a todos os cidadãos uma proteção mínima contra as situações de necessidade. E, para conseguir alcançar todos, exige-se também pensar naqueles que não estão protegidos por sua própria força de trabalho, nem pelo seguro social. Ela opera de acordo com uma lógica universalizante, tutelando todos que apresentam concreta situação de indigência ou privação, sem pressupor qualquer prévia contribuição.

Sob o viés histórico, cumpre registrar que a técnica de ajuda é o mais velho e basilar modo de proteção social: desde as mais elementares formas de agrupamento (família, tribos, grupos) até as complexas teias sociais atuais (comunidade internacional), as pessoas sempre procuraram pensar na ajuda contra o difícil porvir. Assistir ao próximo sempre foi pauta e preocupação da sociedade ao longo de sua evolução. O que muda com o tempo é a inserção de novos atores e corresponsáveis nesse intento (assistência particular, assistência privada/filantropia e assistência estatal).

Diante desse contexto, é necessário apontar que a técnica de ajuda, denominada assistência social, engloba e compreende três espécies: assistência familiar, assistência particular e assistência pública⁴.

Quando se aborda o viés dos legitimados em efetivar a técnica de ajuda, é possível perceber que o Plano Beveridge prevê, mais uma vez, o reforço e apego às diretrizes do princípio da subsidiariedade, na medida em que se reforça a atuação articulada entre cidadão, sociedade e Estado, dado que a assistência estatal não despreza, tampouco desonera, a autorresponsabilidade de cada um para, por si só, satisfazer o seu próprio padrão mínimo (prevalência da autonomia). A ideia de assistência estatal também não tira do Estado a responsabilidade de atuar na economia e no campo social em prol de direitos de cidadania básicos de qualquer indivíduo.

Mais do que isto, em reforço ao princípio da subsidiariedade, a atuação do sistema assistencial mais complexo (estatal) só ocorrerá quando os menores (família e privado) não se mostrarem suficientes. Por este motivo, pode-se afirmar que a assistência social pública é duplamente subsidiária, ou seja, é subsidiária em relação aos outros subsistemas de seguridade (previdência) e também em relação à assistência privada (ausência do auxílio familiar e particular) – MARQUES, 2008.

Quando se fala em objeto tutelado pela técnica de ajuda (assistência social), no entanto, tão importante quanto a concessão de benefícios para a “segurança de um rendimento mínimo” é a diretriz de que “esse rendimento deve vir associado a providências capazes de fazer cessar tão cedo quanto possível a interrupção dos salários” (BEVERIDGE, 1943, p. 201). Ou seja, tão relevante quanto agir para garantir a satisfação das necessidades elementares, o sistema precisa agir e efetivar a restituição do protegido ao status de cidadão, que pressupõe autonomia para, por si só, suprir suas carências. Assim, é elemento caracterizador dessa técnica o desenvolvimento das potencialidades ou capacidades individuais que lhes garantam o protagonismo de suas próprias vidas.

É por esta faceta que se verifica o caráter transformador da assistência e sua relevância como instrumento realmente qualificado de transposição da realidade material, uma vez que não há cidadania verdadeira sem autonomia e autodeterminação para o próprio indivíduo conduzir sua vida dignamente. Disto se extrai o rompimento com a desigualdade histórica e material, dando sentido à sistematização da proteção articulada por várias técnicas, como propõe a seguridade.

4 A assistência familiar caracteriza-se pela unidade de seus membros em laços morais, de afeto solidário e unidade econômica. Justamente por impulsionar o desenvolvimento espiritual de seus membros, traz consigo a ideia de solidariedade entre eles (solidariedade parental), materializada no dever de alimentos. Já a assistência privada constitui medida protetiva contra a indigência, espontânea ou circunstancial, realizada por instituições privadas e dotada de fundos privados. Seu fundamento radica-se na caridade, entendida como dever moral (solidariedade moral). Por seu turno, a assistência pública caracteriza-se pela atividade desenvolvida pelo Poder Público, tendo por escopo a proteção contra as indigências (MARQUES, 2008).

Assim, a lógica articulada entre técnica de provisão com técnica de ajuda reforça, mais uma vez, o viés principiológico da subsidiariedade: só há efetiva proteção social quando, além de se retirar a situação de vulnerabilidade, constrói-se ou se restabelece a autonomia do cidadão (e isso é a preocupação de ambas as técnicas, tanto de provisão (serviços de reabilitação/habilitação profissional), como da ajuda (serviços para dar ao indivíduo a autonomia cidadã).

Por fim, a terceira técnica de proteção é o “seguro voluntário”, do qual o Estado não participa diretamente, competindo, tão somente, tomar medidas que permitam e encorajam essa modalidade de proteção. Ao Estado cabe apenas garantir a todos um rendimento básico de subsistência. Qualquer proteção acima, que envolva efetivamente as rendas e os padrões normais de despesa das diferentes camadas da população, ou seja, os padrões de vida mais elevados, é função do indivíduo, o qual pode optar livremente pelo “seguro voluntário”.

2.2. A Coordenação das Técnicas Protetivas

Ao estruturar a atuação organizada entre as técnicas protetivas, o Plano Beveridge reforça a divisão de responsabilidade entre os diversos atores sociais, destacando o papel de cada um para a consecução do todo, tendo como diretriz o princípio da subsidiariedade.

Segundo o Estudo Inglês, a técnica de provisão deve ser vista com primazia. Ela é a porta principal para acesso à seguridade social. Isto porque, “um sistema de seguridade social de sucesso pressupõe a manutenção do emprego e a prevenção do desemprego em massa” (BEVERIDGE, 1942, p. 251). Assim, como a regra principal é a autonomia individual, os cidadãos, em princípio, garantem suas subsistências por meio do trabalho. Com isto, havendo situações de perda superveniente da força laboral, opera-se a proteção social pelo seguro social, garantindo-se rendimentos que substituem a remuneração, bem como serviço para que se readquira a força laborativa (reabilitação profissional), se possível.

Dessa forma, ao mesmo tempo que o Plano ressalta, como porta de acesso principal ao sistema, o seguro social (proteção previdenciária), ele pressupõe e fixa ao Estado a obrigação de atuar para garantir o pleno emprego, o que compreende não apenas a garantia de postos de trabalho, como também o preparo do cidadão para ele adquirir aptidão técnica para exercer e assumir tais postos.

Por outro lado, a via da assistência social deve atuar em um plano secundário, subsidiariamente à proteção do seguro social e à própria assistência social prestada pelas sociedades menores. Portanto, há a coparticipação social das mais diversas formas: os grupos sociais menores também são

corresponsáveis (como é o Estado) na busca de garantir “autonomia ao cidadão” (autonomia aqui que não compreende só o prover econômico, mas também o “prover social”), na medida em que se impõe aos grupos menores (como por exemplo, a família) o dever de educar/preparar os indivíduos para a vida em sociedade. Como já mencionado, a assistência estatal só se dá quando os grupos menores (família e privado) não se mostrarem aptos o suficiente. Por esse motivo é que se pode afirmar que a assistência social pública é duplamente subsidiária, ou seja, é subsidiária em relação à previdência social e também em relação à assistência privada (ausência do auxílio familiar e particular).

3. A CONSTRUÇÃO DA SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRA NOS MAIS DE 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Não há dúvidas de que a Constituição Federal de 1988 absorveu o protótipo de proteção social estruturado pelo Plano Beveridge: o Constituinte, além de trazer artigo específico (art. 194), definindo o modelo de proteção articulada entre técnica de provisão (proteção previdenciária) e de ajuda (assistencial), efetivadas por meios da garantia de direitos à saúde, à previdência e à assistência social, indica que os atores responsáveis são a sociedade e o Estado (“conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade” – artigo 194, CF).

Há estruturação da proteção da saúde de forma universal (artigos 196/200, CF), da proteção previdenciária assentada sobre dois pilares (seguro social obrigatório e seguro facultativo – arts. 40, 201/202) e da assistência social como direito do cidadão necessitado (artigos 203/204, CF).

Em que pese a seguridade social brasileira ter ganhado assento na própria Constituição, a efetiva estruturação e concretização do modelo dependeu de vários fatores, como evoluções históricas, condicionamentos econômicos, diversas interpretações políticas, arranjos sociais e as relações de poderes entre grupos e suas preferências ideológicas.

Na verdade, sendo a proteção social fenômeno da própria realidade social, é a sua real contextualização que a define, e não o inverso.

Quando se atenta para essa materialização/contextualização e as premissas fixadas, seja no Plano Beveridge, seja no vetor principiológico da subsidiariedade, é possível observar um grande distanciamento de tais diretrizes na concretização da seguridade social brasileira.

O primeiro traço que demonstra esse abismo é verificado a partir da análise da garantia do pleno emprego, bem como da atuação articulada entre as técnicas de proteção, apontadas como elementos caracterizadores do protótipo da seguridade social beveridgiana.

Com efeito, ao se analisar a realidade do mercado de trabalho no Brasil, observa-se como ele sempre se apresentou com os problemas históricos ligados à empregabilidade típica dos países subdesenvolvidos: mercado de trabalho desestruturado, informalismo, alta rotatividade nos empregos, baixa remuneração e taxa de desemprego elevada.

Especificamente durante a década de 90, a economia brasileira apresentou baixo crescimento do PIB, altos índices inflacionários, taxa de desemprego variando entre 5,5% e 6%, aumento da informalidade e diminuição das típicas relações de emprego.

Segundo dados do IGBE, a informalidade, quando do início da implantação da política pública de seguridade social, cresceu na década de 90 em 62%, com diminuição substancial dos números de empregos com carteira assinada.

Diante desse quadro, de aumento da informalidade nas relações de trabalho e da ausência de políticas públicas efetivas para diminuir esse fluxo no decorrer das décadas de 1980 e 1990, a informalidade se tornou fenômeno inerente à economia brasileira (PEREIRA, 2003).

Tal perspectiva se mantém até os dias atuais: segundo dados recentes, o País alcançou taxa de informalidade de 40,4%, em janeiro de 2022 (IGBE, PNAD), ou seja, mais de 33,5 milhões de trabalhadores, os quais, justamente pela precariedade de seu vínculo laborativo, não possuem ligação real com a proteção previdenciária (porta principal apontada no Plano Beveridge para acesso à seguridade social).

A pouca eficácia de políticas públicas tendentes à formalização das atividades laborais agrega-se à pouca atenção das políticas sociais na área da educação, que poderiam convergir e levar a uma melhor capacitação dos cidadãos para a “vida independente profissional”. Embora a OCDE (2018) ateste a importância e a correlação existente entre educação e melhor nível de renda do trabalhador (quanto maior é formação educacional, maior é o nível de renda do trabalhador), as políticas públicas brasileiras em educação também se mostraram tímidas nesses mais de 30 anos da Constituição Federal de 1988: quando do início da instalação e implantação do plano de seguridade social brasileiro, o País era identificado pelo grave problema do analfabetismo e do acesso limitado ao ensino fundamental.

Apesar do aumento expressivo do acesso ao ensino fundamental nas décadas de 90, seguido pelo aumento, nas décadas seguintes, do ingresso no ensino superior, tal aumento quantitativo não refletiu em aumento qualitativo. Não bastasse isto, os dados atuais mostram uma realidade ainda muito precária: em 2019 o nível de instrução das pessoas com 25 anos ou mais de idade no Brasil era 6,4% de analfabetos; 32,2% com ensino fundamental incompleto; 8% com ensino fundamental completo; 4,5% com ensino médio

incompleto; 27,4% com ensino médio completo, 4,0% de ensino superior incompleto e 17,4% com ensino superior completo (IBGE-PNAD 2012-2019).

Segundo a OCDE (2018), o Brasil apresenta uma das mais altas parcelas de adultos que não concluíram o ensino médio e um dos mais expressivos índices de desigualdade de renda entre os países-membros e países parceiros da OCDE.

A desfavorável realidade brasileira das últimas décadas, que combina a desestruturação do mercado de trabalho com a pouca efetividade das políticas educacionais, vem sendo agravada com o fenômeno da revolução tecnológica (a transição tecnológica e a economia digital desconfiguram ainda mais as típicas relações de emprego e exigem maior preparo e formação técnico-profissional).

Se a lógica sistêmica que estrutura a seguridade social pressupõe a intervenção estatal e a atuação de toda a sociedade na busca essencial da “autonomia do cidadão”, a pergunta que se faz é a seguinte: se a realidade social, seja por razões históricas ou mesmo político-econômicas, não consegue garantir essa autonomia, é possível pensar e empregar as próprias técnicas de seguridade social previstas no Plano Beveridge para reverter essa realidade?

Ora, se tanto o princípio organizativo da subsidiariedade como a própria ideia de seguridade social pressupõem a necessidade da busca incansável e fundamental da “autonomia do cidadão”, só há uma maneira de, partindo das técnicas de proteção desenhadas sistematicamente por Beveridge, efetivar tal medida: enfatizar a técnica de ajuda (assistência social), pois é justamente ela que se ocupa com o resgate da cidadania. É a técnica de ajuda que conduz ao escopo direto e concreto do padrão mínimo de cidadania, com ênfase nas medidas que buscam garantir justamente a independência do indivíduo como agente social.

Portanto, é a técnica capaz de alterar o círculo vicioso da exclusão, (re) construindo, em favor dos cidadãos, mecanismos que os tornem protagonistas de suas próprias vidas e, a partir daí, os coloquem dentro do ciclo sistêmico de proteção desenhado pela seguridade social. Isto porque, no momento em que o indivíduo tem autonomia, ele, por si só, é capaz de prover suas necessidades com o seu próprio trabalho. Já nas causas temporárias ou definitivas que atinjam sua força de trabalho, atua a técnica de provisão (previdência social), promovendo a substituição da remuneração pelo benefício previdenciário pecuniário.

Apesar da centralidade e importância que a assistência social possui para o contexto histórico como o brasileiro (no qual a desigualdade e os níveis de vulnerabilidade social são extremamente desfavoráveis e a realidade profissional e educacional são incipientes como instrumentos de concretização da autonomia do cidadão), foi justamente ela, a assistência social/técnica de ajuda, que menos cresceu e se estruturou. Na verdade, ela permanece

até hoje com a menor atenção e dispêndio financeiro se comparada com as demais áreas da seguridade.

Com efeito, partindo do contexto social de desigualdades, como é o caso brasileiro, é possível verificar que, na prática, os Poderes Constituídos no Brasil pouco ou nada se preocuparam em contextualizar a estruturação protetiva da seguridade social à realidade socioeconômica brasileira.

Mesmo com as frágeis e restritas iniciativas de aumento de emprego e construção da autonomia dos cidadãos nas políticas de educação e assistência social, os Poderes Públicos não pouparam esforços no tocante à criação de direitos, principalmente na área da previdência social, deixando, na verdade, a assistência social para um segundo plano.

O sistema de proteção previdenciária foi o que mais cresceu e se estruturou com substanciais reconhecimentos de direitos previdenciários. O seguro social (desenhado tanto no Regime Geral de Previdência Social como no Regime Próprio dos Servidores Públicos) não se ateve em delimitar a proteção aos “rendimentos básicos”: apesar de a renda média do trabalhador brasileiro, com carteira assinada, entre 95-99, ser de R\$ 530,83⁵ e o salário mínimo ser de R\$ 136,00, os tetos protetivos de tais regimes foram projetados e fixados bem acima, em R\$ 1.020,71 para o RGPS e, para o Regime dos Servidores, na integralidade das remunerações por eles auferidas. O próprio desenho dos benefícios, seu acesso e os beneficiários ganharam delimitação bem maiores daqueles traçados pela OIT na Convenção nº 102, tida como a Norma Mínima da Proteção Social.

O movimento descuidado e expansionista do legislador brasileiro no desenho da proteção previdenciária foi retratado, em 2008, pela pesquisa realizada pelo IPEA (ROCHA; CAETANO, 2008). Ao fazer uma análise comparada do desempenho do sistema brasileiro em relação a outros países (dentro e fora da OCDE), destacou-se uma cobertura excessiva e desproporcional para quase todos os benefícios.

Por outro lado, se a proteção dos regimes previdenciários foi ampliada, a preocupação com a cotização do seguro social seguiu em sentido inverso: no Regime Próprio dos Servidores Públicos, mesmo se garantindo o direito à aposentadoria com base na última remuneração recebida pelo servidor, não foi fixada, de forma compulsória, nenhuma alíquota contributiva para custeio desse direito (para alguns Estados, a obrigatoriedade só ocorreu em 2004, com a Emenda Constitucional nº 41). Já no Regime Geral, além de se admitirem situações que dispensavam certos trabalhadores de contribuir, a forma de cálculo dos valores não retratava a real média do histórico contributivo do trabalhador para fixação do valor da proteção.

⁵ Para o cálculo da média do salário mínimo e do teto nos regimes previdenciários, foi considerado apenas o período de 1994 até 1999. Fez-se o recorte no ano de 1994, pois até então havia outra moeda e os valores eram alterados mensalmente.

A falta de compreensão às premissas do seguro-proteção e previdência-cotização era tamanha que na primeira década havia consenso social de que a aposentadoria se colocava como “um prêmio ao trabalhador”, sem pressupor cotização ou equilíbrio financeiro e atuarial para lastrear este fundo dos próprios trabalhadores.

Tal incompreensão acerca do necessário equilíbrio econômico do sistema não se restringiu à sociedade civil, mas também aos próprios Poderes Constituídos, a ponto de, em 1998, ter sido necessária a alteração do texto da Constituição para deixar “expresso”, na redação da proteção previdenciária, a necessidade de serem “observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial” (Emenda Constitucional nº 20/98).

Olhando sob o viés da justiça social, pode-se apontar que a hipertrofia descuidada em relação à proteção previdenciária se mostra radicalmente contrária ao propósito redistributivo da teia de proteção: primeiro porque, como já observado, a ideia de proteção previdenciária está calcada na solidariedade profissional, e não na solidariedade coletiva. Além disto, se há restrição de acesso ao mercado formal de trabalho pelos mais necessitados, a teia protetiva da previdência alcançará apenas aqueles trabalhadores socialmente mais protegidos, deixando excluídos os trabalhadores mais vulneráveis (estes ficam na informalidade). Ademais, quando é projetada para além da proteção mínima, a previdência reforça a manutenção da desigualdade (quem pode cotizar mais recebe mais), especialmente quando as contribuições dos empregadores e trabalhadores são insuficientes para garantir a citada proteção. Por fim, porque existem ocupações muito protegidas e ocupações pouco ou nada protegidas, sendo tal proporcionalidade protetiva majorada ou diminuída de forma inversamente proporcional às necessidades (são justamente os setores mais sofisticados e que exigem maior qualificação que conseguem melhor proteção).

Não menos, como na estruturação brasileira pouco se preocupou em “cotização”, grande parte do ideal de “solidariedade profissional” passou, na realidade, a ser visto como um verdadeiro “prêmio” pago pela coletividade (e pelos próprios trabalhadores atuais e futuros, que arcarão com o ranço financeiro deturpado das cotizações). Como a concentração da tributação no Brasil está calcada no consumo e não na renda ou capital, todo o excedente que o Poder Público precisa inserir para sustentar o sistema previdenciário acaba sendo extraído de todos, inclusive daqueles mais vulneráveis, que, apesar de não conseguirem ser protegidos pela previdência, arcam com seu custo no pagamento de tributos incidentes sobre o consumo.

Na verdade, a expansão da proteção previdenciária, sem o cuidado com a efetivação do pleno emprego e a diminuição da informalidade, acaba gerando mais vulnerabilidade em efeito cascata: diminui-se a possibilidade da autoproteção (é o trabalho a principal fonte de provisão das necessidades

do indivíduo e de seu grupo familiar) e, por conseguinte, o acesso à proteção previdenciária fica obstado (já que esta é exclusiva do trabalhador formal). Consequência: aumenta-se a vulnerabilidade e, com isto, a necessidade ainda maior da busca da proteção pública pela via da proteção não contributiva – assistência social.

No entanto, mesmo sendo o Brasil um país historicamente desigual e com índices de vulnerabilidade social alarmantes, a efetivação do sistema de assistência social, como referido, se efetivou de forma muito mais tímida e precária do que aquela conferida à previdência social.

Apesar do reconhecimento da proteção (direito do cidadão) e da própria previsão da proteção assistencial para os idosos e deficientes hipossuficientes, com a garantia do pagamento de benefício assistencial, trazido na própria Constituição, a real efetivação da assistência social, como sistema, só ocorreu quase quinze anos depois (em 2005) da vigência da Constituição, com a criação do Sistema de Assistência Social - SUAS.

Em que pese o contexto social desfavorável e a quantidade expressiva de vulneráveis na década de 90 e início deste século, e mesmo sendo a técnica de ajuda o principal mecanismo redistributivo apontado no Plano Beveridge, esta foi a última área a ser realmente estruturada. Para se ter uma ideia, o primeiro mecanismo econômico de transferência de renda (integrado e com o escopo de “reforço da base familiar” - proteção da criança e garantia de acesso à escola) foi criado somente quinze anos depois da promulgação da Constituição, em 2004, com o Bolsa Família (Lei nº 10.836).

Mesmo com a criação do Programa de Transferência de Renda em 2004 e sua importância nos índices sociais, o sistema continuou “assistemático”, ou seja, as políticas assistenciais continuaram desarticuladas, caracterizando-se essencialmente pela importância dos valores monetários transferidos, com pouca ou quase nenhuma preocupação com políticas públicas de potencialização para o desenvolvimento das habilidades individuais ou com a adoção de medidas que transformassem os indivíduos em verdadeiros cidadãos protagonistas de suas vidas.

Na verdade, políticas expansivas na assistência social, tendo como foco a criança e o adolescente (para a construção da cidadania), como aquelas existentes e efetivadas na proteção dos idosos, não puderam e não podem sair do papel, já que o dispêndio do sistema não permite maiores ampliações.

A importância e efetividade da assistência social, como técnica redistributiva e de forte impacto na justiça social, foram observadas, agora, dentro do período caótico vivenciado com a pandemia do Covid-19. Apesar de o debate quanto à necessidade de reformulação das medidas de transferência de renda do governo federal não serem atuais, o contexto pandêmico o obrigou a criar o “auxílio emergencial” (Lei nº 13.982/20). Este benefício atingiu cerca de 67 milhões de beneficiários e mais de 40 milhões de famílias,

o que gerou efeitos na vida de quase 130 milhões de pessoas, ou seja, mais de 60% dos brasileiros foram alcançados pelo programa (IPEA, 2021).

Como apontam os pesquisadores Paiva, Bartholo, Souza e Orair (2021, p.5), torna-se impossível deixar de reconhecer a incontestável efetividade do mecanismo “no sentido de impedir que milhões de famílias mergulhassem na pobreza e que a economia entrasse em colapso”.

A lógica contrária de desenvolvimento das técnicas protetivas à luz das necessidades nacionais pelo sistema de seguridade social brasileiro (mais previdência e menos assistência) continua permanente. Tal discrepância pode ser facilmente corroborada quanto se analisa a distribuição financeira entre as três áreas que compõem a seguridade social: segundo o Portal de Transparência, em 2019, o orçamento, no âmbito da União, para manutenção dos regimes previdenciários representou o custo de R\$ 713.174.546.694,00 (76%), o da saúde R\$ 127.072.209.030,00 (14%) e o da assistência social R\$ 96.143.656.438,00 (10%).

CONCLUSÃO

Não há dúvidas de que a Constituição Federal de 1988 fixou como principal instrumento de proteção social o modelo beveridgiano denominado “seguridade social”. Consequentemente, se tal mecanismo pressupõe, como quis o constituinte, a atuação coordenada “(...) dos Poderes Públicos e da sociedade (...)” – art. 194, *caput*, CF, torna-se imprescindível que haja uma regra básica equalizando essa coparticipação. E não poderia ser diferente, já que deveres sociais orbitam dentro da lógica antagônica entre direito de receber, garantido àqueles que necessitam x dever de prover (custear), que é uma prerrogativa de quem pode. Além disto, a proteção social de modelo beveridgiano exige a estruturação sobre a proporção em que se levem em consideração princípios como a intervenção estatal, os limites da liberdade individual e a própria corresponsabilidade coletiva dos cidadãos, construídas nos mais diversos grupos sociais.

O princípio da subsidiariedade, que estrutura toda a organização da Constituição Federal de 1988, também é visualizado no modelo de proteção social denominado “seguridade social”, reforçando, ainda mais, a própria ordem social desenhada constitucionalmente.

No que diz respeito à divisão de competências e às atribuições dentro da organização social, a seguridade social (em consonância e reforço com o vetor da subsidiariedade) fixa como primazia a autonomia individual, já que a satisfação das necessidades se dá com o “rendimento básico de subsistência” de que o próprio cidadão é capaz. Esta também deve ser a percepção do Estado sobre cada indivíduo, devendo atuar para garantir e potencializar essa “autonomia individual”, intervindo apenas subsidiariamente

com fornecimento de prestações e serviços nas situações em que o cidadão não seja capaz de obter seu “rendimento básico de subsistência”.

É esta a regra gravitacional do sistema de seguridade social no que diz respeito à autonomia individual (percepção de si) e à própria cidadania (percepção do Estado sobre o indivíduo), que ganha reforço no princípio da subsidiariedade.

Em países cujos contextos histórico e social são desfavoráveis, caracterizados pela baixa efetivação do pleno emprego e a expressiva quantidade de indivíduos em situação de reiterada vulnerabilidade social, exige-se ênfase e especial atenção para a técnica de ajuda, instrumento social de genuína natureza redistributiva, já que trabalha com o foco de (re) construção de habilidades e capacidades para que os cidadãos se tornem protagonistas de suas próprias vidas.

Os Poderes Públicos no Brasil não se ativeram a esta realidade quando da construção do sistema de seguridade social: entre as técnicas de provisão (previdência social) e ajuda (assistência social), a ênfase e o ímpeto expansionista no reconhecimento de direitos se concentraram justamente na previdência, e não na assistência. Mais do que isto, a rota expansionista do sistema previdenciário, sem muita atenção para a própria equação securitária (cotização x proteção), tem levado a um aumento desenfreado de recursos para a previdência, que, cada vez mais, sufoca a ampliação e expansão da assistência social, tão imprescindível na realidade brasileira.

Dentro desse contexto, é possível verificar que o sistema de seguridade social brasileiro gravita em órbita paralela daquela defendida no Plano Beveridge.

Por consequência, ante a ineficiência das políticas públicas em efetivar a “autonomia do indivíduo”, a proteção social da seguridade social, que se propõe justamente garantir o mínimo social para todos, na verdade, atua de forma limitada e superficial, frustrando seus fins de justiça social.

Em um país desigual, no qual a concentração de renda é característica histórica, técnicas de ajuda precisam atuar, pois são delas que se extrai a genuína redistribuição almejada pela justiça social. Enquanto a sociedade civil e os Poderes Constituídos não olharem para os vícios estruturais que caracterizam a seguridade social brasileira, a rota perversa e constante do aumento da vulnerabilidade e da baixa escolaridade não se transporá.

REFERÊNCIAS

BARRACHO, José Alfredo. *O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BEVERIDGE, W. *Relatório sobre o seguro social e serviços afins*. Tradução: Almir de Andrade. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1943.

BOSCHETTI, I. *Assistência Social e Trabalho no Capitalismo*. São Paulo, Cortez, 2016.

_____ Seguridade social: *a armadilha dos conceitos*. Material didático para a disciplina Seguridade Social I–Previdência e Assistência. Brasília, SER/UNB, 2002.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acessado em: 17 jul. 2023.

BRASIL. *Portal da Transparência*. Orçamento anual. Disponível em: <https://www.portaltransparencia.gov.br/orcamento>. Acesso em: 17 de jul. 2023.

CABRAL, N. C. *O impacto da nova Revolução Industrial no emprego e no mercado de trabalho: efeitos amplificados com a COVID 19?* Disponível em: <https://observatorio.almedina.net/index.php/2021/02/04/o-impacto-da-nova-revolucao-industrial-no-emprego-e-no-mercado-de-trabalho-efeitos-amplificados-com-a-covid-19/?fbclid=IwAR0EPkH-isTPo-S8aoL4OnTJxrnXbjfAfapAhFJmS03Sq9tlfLl0fGBYJzE> Acesso em: 17 jul. 2023.

CARDOSO, F. L. *A influência do Relatório Beveridge nas origens do Welfare State Britânico (1942–1950)* – Monografia de Conclusão de Curso. Araraquara: FCLAR/UNESP, 2010, 132 p.

COSTA, A. R. *A Seguridade Social no Plano Beveridge: história e fundamentos que a conformam* (Dissertação de Mestrado em Políticas Sociais). Brasília, SER/UNB, 2019, 156 p.

DRAIBE, S. *As políticas sociais brasileiras: diagnóstico e perspectivas de políticas públicas*. In: Para a década de 90: prioridades e perspectivas de políticas públicas. Brasília. v. 4, p. 1-66, 1990.

FLEURY, S. *A Seguridade Social inconclusa*. 2006. In A era FHC e o governo Lula: transição, p. 121-150, 2004.

GONÇALVES, Vânia Mara Nascimento. *Estado, Sociedade Civil e Princípio da Subsidiariedade na Era da Globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Síntese de Indicadores Sociais*. PNAD 2012-2019, Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/29431-sintese-de-indicadores-sociais-em-2019-proporcao-de-pobres-cai-para-24-7-e-extrema->

Carlos Gustavo Marques
Zélia Luíza Pierdoná

pobreza-se-mantem-em-6-5-da-populacao#:~:text=A%20S%C3%ADntese%20 mostra%20que%20a,%25%20da%20popula%C3%A7%C3%A3o%2C%20 em%202019. Acesso em: 17 jul. 2023.

_____ *PNAD Contínua* (setembro/novembro 2020).
Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?edicao=29516&t=destaques> Acesso em: 17 jul. 2023.

_____ *PNAD Contínua*. Informativo. Educação 2019.
Disponível em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101736_informativo.pdf Aceso em: 17 jul. 2023.

INPE. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. *Panorama da Educação: destaques do Education at a Glance 2021*. Brasília, DF: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2021. Disponível em: https://download.inep.gov.br/publicacoes/institucionais/estatisticas_e_indicadores/panorama_da_educacao_destaque_do_education_at_glance_2021.pdf Acesso em: 17 jul. 2023.

LAHOZ, J. F. GANDÍA, Juan López. CARRASCO. Maria Angeles Momparler. *Curso de Seguridad Social I – Parte General*. 2. Ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2008.

MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. O Princípio da Subsidiariedade na Assistência Social. *Revista EPD*, v 1, no. 5, p. 91-113, 2008.

_____ A Construção do Sistema de Seguridade Social à luz dos Paradigmas Constitucionais. *Revista da Ajuris - Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, v. 44, p. 13-41, 2017.

_____ PEREIRA, D. S. ; PIERDONA, Z. L. . *A (in)adequação da reforma da previdência social diante dos impactos da indústria 4.0*. In: Elizabet Leal da Silva; Denise Pires Fincato.[et al].. (Org). IV Colóquio Hispano Brasileiro, II Colóquio Italo Brasileiro e I Colóquio LusoBrasileiro: Direito e Processo do Trabalho: Reflexões transdisciplinares e III jornada de investigação em direito do trabalho. 1ed.Cascavel: UNIVEL, 2020, v. 1, p. 133-147.

MORENO, L. Esping-Andersen, Gøsta. *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*. Barcelona, Ariel, 2000.

OLEGA, M. A.; PLAZA, J. T. *Instituciones de seguridade social*. 14ª Ed. Madrid: Editorial Civitas, 1995.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável no Brasil*. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acessado em: 17 jul. 2023.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. *Futuro do trabalho no Brasil: perspectivas e diálogos tripartites*. Brasil: 2018.

_____ *Relatório Mundial sobre Proteção Social 2017-19*. Disponível em: https://www.ilo.org/lisbon/publica%C3%A7%C3%B5es/WCMS_698042/lang-pt/index.htm. Acesso em: 17 jul. 2023.

_____ OIT/B Construir sistemas de proteção social: *Normas internacionais e instrumentos de direitos humanos*. Genebra: OIT, 2019.

_____ Convenção nº 102. *Normas Mínimas da Seguridade Social*. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235192/lang-pt/index.htm. Acessado em: 17 jul. 2023.

PASTOR, J. M. Almansa. *Derecho de la seguridad social*. 7. Ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1991.

PAIVA, Luis Henrique Paiva; BARTHOLO, Letícia Bartholo, SOUZA, Pedro H. G. Ferreira e ORAIR, Rodrigo Octávio. *A Reformulação das Transferências de Renda no Brasil: simulações e desafios*. IPEA 2021. Disponível em: <https://joserobertoafonso.com.br/wp-content/uploads/2021/05/210521-publicacao-preliminar-a-reformulacao-das-transferencias.pdf>. Acessado em: 17 jul. 2023.

PEREIRA, Adriano José. *O comportamento da ocupação no Brasil: algumas evidências da informalização do formal*. Economia e Desenvolvimento, n. 15, 2003.

PEREIRA, Sandra de Oliveira Gomes; CABRAL, José Pedro Cabrera. *Informalidade e crise do emprego no Brasil*. Humanidades & Inovação, v. 6, n. 18, p. 92-102, 2019.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. *O sistema de seguridade social brasileiro*. Conpedi Law Review, v. 1, n. 6, p. 87-104, 2016.

_____ *O custo dos direitos e os deveres: outra perspectiva de análise sobre os direitos sociais*. In: Fábio da Silva Veiga; Paulo de Brito; Zélia Luiza Pierdoná.. (Org). Future Law, Vol. II. 1ed.Porto, Portugal: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Universidade Lusófona do Porto, 2021, v. II, p. 94-103.

----- MARQUES, C. G. M. ; MACHADO, L. A. . *A (in)adequação da reforma da previdência social diante dos impactos da indústria 4.0*. In: FINCATO; Denise Pires; SILVA, Elizabet Leal da Silva. (Org.). IV Colóquio Hispano Brasileiro, II Colóquio Italo Brasileiro e I Colóquio LusoBrasileiro: Direito e Processo do Trabalho: Reflexões transdisciplinares e III jornada de investigação em direito do trabalho. 1ed.Cascavel - PR: UNIVEL, 2020, v. 1, p. 133-147.

Ribeiro, M. M. & Ribeiro, E. M. (2001). *A Participação do Sistema Previdenciário no Déficit Público Brasileiro*. In: Encontro da Associação Nacional de Pós Graduação e Pesquisa em Administração, 2001, Campinas. Campinas: ANPAD.

ROCHA, R.; CAETANO, Marcelo Abi-Ramia. *O sistema previdenciário brasileiro: uma avaliação de desempenho comparada*. IPEA, 2008.

ROSANVALLON, P. *A Nova questão social*. Instituto Teotônio Vilela, Brasília, 1997.

TORRES, Silvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENTURI, A. *Los fundamentos científicos de la seguridad social*. Tradução de Gregorio Tudela Cambronero. Madri: Centro de Publicaciones, Ministerio del Trabajo e Seguridad Social, 1994.

VIANNA, Maria Lucia T. Werneck. *O silencioso desmonte da Seguridade Social no Brasil: o papel dos benefícios contributivos*. Política social e democracia, orgs. Bravo, Maria Inês, e Pereira, Potyara AP. São Paulo: Cortez, p. 173-195, 2001.

Recebido em: 06/09/2023

Aprovado em: 17/10/2023

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO FERRAMENTA DE MEDIAÇÃO EM CONFLITOS INTERNACIONAIS: UMA NOVA ABORDAGEM PARA A GUERRA RÚSSIA-UCRÂNIA

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AS A MEDIATION TOOL IN INTERNATIONAL CONFLICTS: A NEW APPROACH TO THE RUSSIA-UKRAINE WAR

David Lazzaretti Vieira¹

Adalberto Narciso Hommerding²

SUMÁRIO: Introdução. 1. O problema da guerra e da paz: do terceiro ausente de Norberto Bobbio à ineficácia das atuais estratégias ao encerramento da guerra entre

1 Mestrando em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus de Santo Ângelo/RS. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Público pela Universidade de Caxias do Sul (UCS) e Escola Superior da Magistratura Federal no Rio Grande do Sul (ESMAFE/RS). Procurador da Fazenda Nacional.

2 Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Alicante, Espanha. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo/RS. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Bacharel em Direito pelo Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo. Professor na Escola Superior da Magistratura da Associação dos Juizes do Estado do Rio Grande do Sul – AJURIS e na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus de Santo Ângelo/RS, na Graduação, no Mestrado e no Doutorado em Direito. Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Sul.

Rússia e Ucrânia. 2. Das contribuições da teoria do conflito (e da resolução de conflitos) para algumas razões de ineficácia do sistema internacional na gestão dos conflitos internacionais. 3. Inteligência artificial e conflitos internacionais. Conclusão. Referências.

RESUMO: Este artigo busca analisar a ineficácia das atuais estratégias de resolução de conflitos internacionais, especificamente no caso do conflito armado entre Rússia e Ucrânia. Pergunta-se: Como encerrar esse conflito e estabelecer uma paz duradoura diante da aparente ineficácia das estratégias atuais? A hipótese apresentada é que a ausência de um “terceiro” externo e imparcial que possa mediar as negociações é um dos principais obstáculos para a resolução do conflito. A metodologia empregada envolve a revisão bibliográfica de obras na área do Direito Internacional, da Ciência Política e da Teoria do Conflito, bem como a análise de documentos oficiais produzidos por organizações internacionais e relatos relacionados ao conflito. O artigo propõe a utilização da inteligência artificial (IA) como uma possível solução para a resolução de conflitos internacionais, baseada na capacidade da IA de analisar grandes volumes de dados, identificar padrões e tendências, e agir como um “terceiro” imparcial nas negociações. No entanto, o uso de IA na resolução de conflitos deve obedecer a um conjunto de parâmetros éticos mínimos, como o respeito aos direitos humanos, a transparência, a explicabilidade, a responsabilidade, a equidade e a prevenção de danos dos sistemas.

PALAVRAS-CHAVE: Guerra. Paz. Inteligência Artificial. Conflito. Terceiro.

ABSTRACT: This article seeks to analyze the ineffectiveness of current strategies in resolving international conflicts, specifically in the case of the armed conflict between Russia and Ukraine. The question is: How can this conflict be ended and lasting peace be established in light of the apparent ineffectiveness of current strategies? The hypothesis presented is that the absence of an external, impartial “third party” capable of mediating negotiations is one of the main obstacles to resolving the conflict. The methodology employed involves a literature review of works in the fields of International Law, Political Science, and Conflict Theory, as well as an analysis of official documents produced by international organizations and reports related to the conflict. The article proposes the use of artificial intelligence (AI) as a possible solution for the resolution of international conflicts, based on AI’s capability to analyze large volumes of data, identify patterns and trends, and act as an impartial “third party” in negotiations. However, the use

of AI in conflict resolution must obey to a set of minimum ethical parameters, such as respect for human rights, transparency, explainability, accountability, fairness, and prevention of harm from systems.

KEYWORDS: War. Peace. Artificial Intelligence. Conflict. Third Party.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como objetivo analisar o problema da guerra e da paz no âmbito do Direito Internacional, com foco na ineficácia das atuais estratégias para o encerramento da guerra entre a Rússia e a Ucrânia. Em mais de uma ocasião, a Rússia já ameaçou lançar mão de ataques nucleares no contexto de tal conflito.

Não custa lembrar, foi também no âmbito de uma guerra, a Segunda Guerra Mundial, que a espécie humana desenvolveu, produziu e fez uso, contra si mesma, das primeiras bombas atômicas no bojo do Projeto Manhattan. O físico teórico responsável por chefiar esse projeto de pesquisa, J. Robert Oppenheimer, adotou posteriormente uma posição de arrependimento, militando, inclusive, pelo controle internacional da energia nuclear e para evitar uma corrida armamentista atômica. Seus esforços não impediram, todavia, o desenvolvimento da bomba termonuclear de hidrogênio, com capacidades destrutivas, então, não na casa dos milhares de toneladas de dinamite (como as primeiras), mas de milhões desta. Em 30 de outubro de 1961, há pouco mais de 60 anos, a União Soviética testou e detonou a mais potente bomba nuclear já construída; a “Tsar Bomba” ou “AN602” liberou em energia o equivalente a 58 milhões de toneladas de dinamite, tendo sido criada para ser usada como “propaganda” na Guerra Fria.

Desse modo, a escolha deste tema se justifica pela sua relevância social e acadêmica, uma vez que a guerra e a paz são questões centrais na vida dos indivíduos, das sociedades e na formação de um sistema internacional de relações entre os Estados.

A guerra entre a Rússia e a Ucrânia, iniciada em 2022, é um exemplo de conflito armado que tem impactado não apenas os dois países diretamente envolvidos, mas também a comunidade internacional como um todo. As consequências desse conflito são sentidas diariamente por todos os seres humanos, seja pela ameaça à paz mundial, seja pelos efeitos econômicos e sociais que advêm de uma guerra.

O problema que se coloca, portanto, é como encerrar esse conflito e estabelecer uma paz duradoura. A hipótese que se apresenta é que as atuais estratégias de resolução de conflitos, baseadas principalmente na diplomacia e nas sanções econômicas, têm se mostrado ineficazes. Isso se deve, em

parte, à ausência de um “terceiro” externo e imparcial que possa mediar as negociações e propor soluções viáveis para o conflito.

A metodologia adotada para a análise desse problema envolve a revisão bibliográfica de obras na área do Direito Internacional, da Ciência Política e da Teoria do Conflito, bem como a análise de documentos e relatos que se conectam com o conflito. Além disso, também se faz uso da teoria do conflito e da resolução de conflitos para entender as dinâmicas envolvidas na guerra e na paz.

Os objetivos deste artigo científico são: (1) analisar o problema da guerra e da paz a partir das reflexões de Norberto Bobbio sobre o “terceiro ausente”; (2) investigar as razões da ineficácia das atuais estratégias de encerramento da guerra entre a Rússia e a Ucrânia; (3) explorar as contribuições da teoria do conflito para a compreensão desse problema; e (4) propor novas abordagens para a resolução de conflitos internacionais, com base na utilização da inteligência artificial.

Acredita-se que este trabalho possa contribuir para a compreensão das complexidades envolvidas na guerra e na paz, bem como para a busca de soluções mais eficazes para os conflitos internacionais. Ademais, espera-se que ele possa estimular o debate acadêmico sobre a aplicação da inteligência artificial na resolução de conflitos, uma área ainda pouco explorada na literatura jurídica.

1. O PROBLEMA DA GUERRA E DA PAZ: DO TERCEIRO AUSENTE DE NORBERTO BOBBIO À INEFICÁCIA DAS ATUAIS ESTRATÉGIAS AO ENCERRAMENTO DA GUERRA ENTRE RÚSSIA E UCRÂNIA

Os conflitos armados, em especial aqueles travados entre Estados-nação, não são de fácil perspectiva resolutória. A chaga da guerra e seus inúmeros efeitos sobre os indivíduos (civis ou militares), as sociedades, os grupos minoritários, o patrimônio e a economia de um (ou mais) países direta ou indiretamente envolvidos ainda não abandonaram por completo o cotidiano humano.

Embora a alguns a invasão da Ucrânia pela Rússia, ocorrida em fevereiro do ano de 2022, pareça um problema longínquo, talvez até de distâncias continentais, fato é que produz, ao menos, um efeito todos os dias na vida de todo e qualquer ser humano, qual seja o de que a sua existência está em risco diante das consequências imprevisíveis ditas pelo desenvolvimento do conflito militar em tempo real, esteja o conflito localizado mais ou menos próximo do observador. Em 1983, Norberto Bobbio, em trabalho que foi posteriormente objeto de compilação e republicação, escreveu:

O que caracteriza o atual equilíbrio do terror em relação ao tradicional equilíbrio das potências é a referência exclusiva não tanto à paz em geral, mas à eliminação, embora fosse melhor dizer à suspensão *sine die*, da guerra combatida com armas nucleares. (BOBBIO, 2009, p. 60).

Um mero dissabor infligido aqueles que possuem o controle dos armamentos nucleares seria suficiente para apertar o botão de lançamento de armas nucleares e, com isso, levar a raça humana ao apocalipse atômico? Ou seria necessário mais do que isso, uma grande baixa de soldados, a morte de entes queridos ou uma grande derrota em batalha de um dos lados? O que, de fato, equilibra tais agentes ou grupo de agentes para que, num rompante de emoções (com ou sem motivo) não determinem o juízo final da humanidade?

A perplexidade de tais constatações deve levar não à busca de respostas para tais questionamentos específicos (ao menos não imediatamente), mas à procura de tentativas de soluções que possam pôr termo a disputas militares de potenciais catastróficos. Indagando-se sobre os caminhos do pacifismo na era atômica, Bobbio identificava uma significativa dificuldade no caminho do voluntarismo desarmamentista dos Estados. Ele argumentava que, no desarmamento, a complexidade é intensificada, pois a responsabilidade pela escolha dos meios e dos fins recai sobre os próprios Estados. Isto é, a eliminação de instrumentos bélicos é uma decisão que deve ser tomada pela mesma entidade que tradicionalmente, e alguns diriam naturalmente, enxerga a guerra como uma expressão de seu poder. Bobbio faz uma analogia, comparando essa situação a pedir que um grupo de pessoas habituadas a beber excessivamente decida por uma lei que proíba o consumo de álcool. Essas considerações o levam a defender a busca pela paz através da crítica não só aos meios empregados, mas também às instituições que são, ou são percebidas como, originárias da guerra (BOBBIO, 2009, p. 52).

Em vista de tal problema apontado, é que Bobbio vai propor, em sequência, a adoção do pacifismo institucional, visando “à formação de um Estado universal” (2009, p. 52), pois, como refere o autor, “O Estado universal não produzirá armas termonucleares pelo simples motivo de que delas não terá necessidade” (2009, p. 52-53). É por isso que, segundo Bobbio, há um terceiro ausente que garanta a paz em definitivo. Convém mencionar, entretanto, que a proposta de Estado universal de Bobbio não era, já naquele tempo, uma completa novidade, pois muitos foram os estudiosos que refletiram sobre o problema da guerra. Um exemplo notável é a proposta de Albert Einstein a Sigmund Freud em 1932, onde Einstein, desprovido de preconceitos nacionalistas, propôs de maneira simplificada a criação, por meio de um acordo internacional, de um corpo legislativo e judiciário para

resolver conflitos entre nações. Segundo ele, as nações deveriam seguir as ordens deste corpo legislativo, recorrer a ele para solucionar disputas, aceitar suas decisões sem reservas e implementar quaisquer medidas vistas como necessárias para cumprir seus decretos (EINSTEIN; FREUD, 2005, p. 22).

Embora a constatação e a solução apresentadas por Bobbio sejam logicamente coerentes até certo ponto, não parece crível supor, ao menos em curto prazo, que os atuais Estados renunciem, em absoluto, à toda e qualquer parcela de respectiva soberania em prol da paz, sobretudo quando tal renúncia poderia significar a chancela definitiva à hegemonia da cultura de alguns Estados sobre outros, desaparecendo a dos últimos, bem como à cristalização de desigualdades históricas e regionais.

Atualmente, no lugar de um Estado universal, o que figura presente na estrutura da Organização das Nações Unidas (ONU) é um posicionamento institucional de índole notadamente jurídica, consistente num rol de direitos humanos básicos. Nesse sentido, Josué Emilio Möller discute o aparente paradoxo entre os direitos humanos e o relativismo cultural, propondo uma solução contemporânea, tanto teórica quanto prática e institucional. Ele fala sobre a identificação de um núcleo essencial relacionado ao que é comumente referido como “direitos humanos básicos”, “direitos humanos urgentes” ou “direitos humanos fundamentais”. Essa estratégia envolve diferenciar e reforçar esses direitos, fundamentando-os em conteúdos ético-políticos e jurídicos mínimos e fundamentais. Os “direitos humanos fundamentais”, portanto, emergem como uma expressão de valores éticos, políticos e jurídicos que são elevados ao status de parâmetros necessários e/ou normas mínimas que devem ser adotadas por instituições sociais em todas as comunidades culturais e sociedades nacionais. Möller destaca que essa perspectiva recebe um suporte prático e institucional significativo do Comitê de Direitos Humanos da ONU (OHCHR), um órgão especializado responsável por supervisionar a implementação das disposições do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Este Comitê enfatizou certos aspectos fundamentais dos direitos humanos como normas imperativas e inalienáveis (*jus cogens*), cuja observância é mandatória para todos (*erga omnes*), em linha com a defesa da realização obrigatória do núcleo dos direitos humanos para prevenir situações onde a negação da dignidade humana é evidente (MÖLLER, 2021, p. 76-78).

O terceiro, outrora “ausente” de Bobbio, residiria, agora, no conceito de “justiça sem fronteiras” garantidora de direitos humanos básicos, “uma justiça que ultrapassa meras linhas delimitadoras de confins geográficos [...], e apela e se radicaliza na valorização e na preservação fundamental de uma condição humana comum, passível de proteção em todos os lugares do mundo [...]” (MÖLLER, 2021, p.80-81). Assim, a atual configuração

institucional e de paradigma na postura da ONU, embora tenha, de fato, avançado na proteção internacional dos direitos humanos, não resolveu, ao fim, o problema da guerra e da paz; mais especificamente, não impediu o desencadeamento do conflito armado entre Rússia e Ucrânia, tampouco está sendo capaz de encerrá-lo.

Nessa perspectiva, quer esteja completamente ausente o terceiro, quer esteja ele presente, mais impotente e repressivo e menos preventivo e atuante é verdade, fato é que o conflito armado entre Rússia e Ucrânia poderá completar 2 anos dentro de poucos meses. Os inúmeros esforços diplomáticos, sanções de índole econômica e condenações públicas de Estados à invasão nos órgãos da ONU não surtiram os efeitos esperados de recompor o estado de paz e têm falhado, inclusive, no estabelecimento de tréguas duradouras no combate armado. Em mesmo sentido, nenhum ou pouco efeito teve a expedição de mandado de prisão pelo Tribunal Penal Internacional (TPI) em face do atual presidente russo (TPI EMITE..., 2023), principalmente considerando que a Rússia não é signatária do tratado internacional do Estatuto de Roma, que criou e regula o TPI.

Ainda, o apoio do bloco ocidental à Ucrânia, formado pelos Estados Unidos da América (EUA) e por países do oeste da Europa tem inegavelmente consumido largos recursos humanos e financeiros do mundo em uma estratégia que, de um lado, tem possibilitado a resistência militar do país ucraniano; porém, de outro, só tem prolongado o conflito sem perspectiva de resolução pela paz. Estima-se que, da deflagração da invasão russa em fevereiro de 2022 até o início de janeiro de 2023, foram destinados quase 120 bilhões de dólares para ajuda à Ucrânia, entre apoios de natureza militar, humanitária e financeira. Tal montante de recursos supera, em três vezes, o provisionamento anual efetuado pela ONU para erradicação da fome no mundo (CHADE, 2023).

A respeito dos danos causados às vidas humanas, segundo relatório divulgado recentemente pelo Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos das Nações Unidas (2023), de 24 de fevereiro de 2022 até 15 de fevereiro de 2023, 8.006 civis foram mortos e 13.287 foram feridos em decorrência do conflito armado.

A alocação de recursos humanos, financeiros e militares nos polos do conflito afeta, pois, a todos os Estados-nação do planeta; quanto àqueles que não são tão diretamente afetados por perdas humanas e por destinação de recursos, impactados o são pelas repercussões relativas aos aspectos migratórios (PESQUISA..., 2022), de energia (corte no fornecimento de gás) (PLUMMER, 2022), de redução do abastecimento e da consequente alta no preço dos alimentos (POR QUE FIM DO ACORDO..., 2023).

Nenhuma das Nações do planeta está livre dos efeitos deletérios do combate, a sociedade é global e todos sofrem, pois, os efeitos de qualquer

conflito, principalmente armado, como é o caso em análise. Com efeito, segundo o autor Alfonso de Julios-Campuzano:

A globalização envolve rupturas, falhas, descontinuidades e disfunções que são evidenciadas em muitos aspectos dos campos cultural, social, político e jurídico. São as arestas de uma nova ordem que começa a emergir de forma imparável, uma força irresistível que perturba e quebra a ordem já existente, pois muitas das antigas categorias e instituições são insuficientes ou anacrônicas. A globalização introduz desafios que nos inquietam, incertezas que nos atordoam. Enfrentá-los requer uma atitude determinada para elaborar respostas institucionais nos campos jurídico, político e econômico. Parar seu avanço imparável é, simplesmente, inútil. (JULIOS-CAMPUZANO, 2021, p. 94-95, tradução nossa).

Diante de tais considerações e concluindo pelo insucesso das atuais estratégias adotadas para o encerramento ou mesmo para a amenização do conflito, a fim de investigar possíveis novas soluções que mereçam ser tentadas, surge relevante efetuar a análise do embate por meio de importantes contribuições da teoria do conflito e de teóricos deste campo, o que é objeto do item seguinte.

2. DAS CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DO CONFLITO (E DA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS) PARA ALGUMAS RAZÕES DE INEFICÁCIA DO SISTEMA INTERNACIONAL NA GESTÃO DOS CONFLITOS INTERNACIONAIS

Antes de procurar situar o conflito em análise na teoria do conflito, é preciso se valer, em um primeiro passo, de um conceito de conflito para que se possa, em seguida, prosseguir neste estudo. Nessa linha, partir-se-á do conceito de conflito posto por Julien Freund; ao indagar-se sobre o que é o conflito, em sua obra “Sociología del conflicto”, Freund traz a seguinte definição:

O conflito consiste em um enfrentamento por choque intencional, entre dois seres ou grupos da mesma espécie que manifestam, uns em relação aos outros, uma intenção hostil, geralmente a respeito de um direito, e que para manter, afirmar ou restabelecer o direito, tentam quebrar a resistência do outro, eventualmente recorrendo à violência, a qual pode, em determinado caso, tender ao aniquilamento físico do outro. (FREUND, 1995, p. 58, tradução nossa).

O autor, prosseguindo na sua investigação do tema, tece alguns comentários para explicar o conceito por ele apresentado. No ponto, convém observar que, para Freund, “[...] o conflito é uma maneira de ter razão independentemente dos argumentos racionais, ou até mesmo razoáveis, exceto se ambas as partes aceitaram a arbitragem de um terceiro.”³ (FREUND, 1995, p. 61, tradução nossa). Perceba-se que, de novo, aqui, aparece a figura do terceiro externo à relação conflitiva, como fio condutor da resolução do conflito à luz de uma noção de racionalidade.

De Freund, ainda se extraem as formas de classificação do conflito entre luta e combate. A luta seria a forma de conflito que se desenvolve de forma desordenada e desmedida, com violência brutal, sendo imprevisíveis os seus resultados, tudo seria possível, tudo estaria permitido. Na luta, as primeiras transgressões se transformam em razões para que novas transgressões sejam realizadas em um ciclo vicioso. Por outro lado, o combate seria o conflito submetido a regras ou convenções mais ou menos precisas, de forma a controlar e a conter a violência em certos limites. Os lados combatentes seriam representados, a rigor, por exércitos. O próprio autor adverte, todavia, que tais classificações não são estanques, visto que podem se desenvolver episódios no combate que mais caracterizam a anarquia percebida na luta. (FREUND, 1995, p. 63-66).

Por este ângulo, para a classificação do autor, ainda que, inicialmente, o conflito entre Rússia e Ucrânia possa ser classificado como um combate, sem dúvida é permeado de características próprias de uma luta, a exemplo de graves violações de direitos humanos, mortes despropositadas de civis ou mesmo por se admitir ou se arregimentar mercenários no combate (GUERRA..., 2023).

Prosseguindo, outras importantes contribuições para esta análise podem ser colhidas da obra de Morton Deutsch. Deutsch (2004, p. 75), ao tratar dos fatores que influenciam a resolução de um conflito, em especial da figura dos terceiros, argumenta que a dinâmica e o resultado de um conflito muitas vezes são profundamente influenciados pelas atitudes, capacidades e recursos de terceiros interessados. Ele observa que, conforme sugere o termo “*tertium gaudens*”, terceiros podem manipular habilmente a situação para aumentar seu próprio poder, muitas vezes colocando dois oponentes em conflito direto. No entanto, ele reconhece que as especificidades de como isso é feito com sucesso ainda não são totalmente compreendidas. Apoiando-se em pesquisas anteriores, Deutsch menciona que indivíduos com traços maquiavélicos elevados tendem a ser mais bem-sucedidos nessa manipulação, como sugerido por um estudo realizado por Geis em 1964.

3 Texto original: “[...] el conflicto es una manera de tener razón independentemente de los argumentos racionales, o incluso razonables, salvo si ambas partes han aceptado el arbitraje de un tercero.”

Deutsch aponta que terceiros possuidores de prestígio, poder e habilidade podem desempenhar um papel positivo na resolução de conflitos. Eles podem usar sua influência e recursos não apenas para incentivar uma resolução construtiva, mas também para fornecer os meios necessários para alcançá-la. Isso inclui várias formas de assistência, como o estabelecimento de instituições apropriadas, a provisão de ferramentas e pessoal necessários, e a implementação de normas sociais e procedimentos que facilitam a identificação de soluções que sejam satisfatórias para todas as partes envolvidas.

Para este trabalho, ao menos outras três considerações de Deutsch sobre o papel dos terceiros para resolução dos conflitos se mostram pertinentes, sobretudo quando a relação conflitiva já se mostra em impasse ou improdutiva por atitudes hostis.

A primeira é a de que o terceiro pode “ajudar a estabelecer normas para a interação racional como o respeito mútuo, comunicação aberta, o uso de persuasão em vez de coerção e desejo de atingir um acordo mutuamente satisfatório.” (DEUTSCH, 2004, p. 82). Conforme propõe o autor, essas normas são cruciais nos conflitos; sua essência é que elas não são enviesadas e, do ponto de vista de cada uma das partes, concordar com elas significa que cada uma das partes pretende deixar a outra parte fazer consigo o que for feito com a outra. (DEUTSCH, 2004, p. 82).

A segunda função dos terceiros adequada a este estudo está em “ajudar a determinar que tipos de soluções são viáveis e fazer sugestões sobre soluções possíveis.” (DEUTSCH, 2004, p. 83). Com efeito, o terceiro pode constatar que os objetivos colocados inicialmente pelas partes em conflito são, muitas das vezes, irrealistas, pois se espera que a outra parte faça algo impossível para ela. Além disso, segundo Deutsch, o terceiro pode ir além e fazer sugestões de acordos potenciais que possam ser aceitáveis para os conflitantes, fazendo com que opções antes inconcebíveis às partes passem a ser consideradas por elas. (DEUTSCH, 2004, p. 83). Também nessa linha, outro teórico da resolução de disputas, Christopher W. Moore assevera que:

Para se mover em direção ao desenvolvimento de opções mutuamente aceitáveis, as partes devem entender a necessidade de uma faixa de onde escolher; se necessário, ser flexíveis o suficiente em suas posições declaradas para se desvincular de propostas inaceitáveis; e estarem ciente dos potenciais procedimentos de geração de opções. (MOORE, 2014, p. 387, tradução nossa).

Uma terceira função do terceiro relacionada a este estudo está em “colaborar para que um acordo viável seja aceito pelas partes em conflito”. (DEUTSCH, 2004, p. 83). Dentro desta acepção, ao terceiro cumpre afastar a resistência inicial das partes para a aceitação de um acordo que se viável;

conforme aponta Deutsch, o terceiro pode dar ênfase aos custos do falso orgulho das partes, aos custos insuportáveis do conflito prolongado no tempo, bem como à impossibilidade de se alcançar um acordo melhor. (DEUTSCH, 2004, p. 83).

Outra contribuição da teoria do conflito a esta pesquisa está na obra de Josep Aguiló Regla. Ao examinar os princípios éticos de neutralidade e imparcialidade na mediação, Regla (2018, p. 144-145) esclarece a importância de distinguir entre esses dois conceitos no contexto da resolução de conflitos. Ele explica que a neutralidade é geralmente requerida de um terceiro em um processo de mediação quando sua função não inclui determinar o resultado do conflito. Em contrapartida, a imparcialidade é solicitada quando a tarefa desse terceiro é justamente tomar uma decisão. Consequentemente, em muitos procedimentos que envolvem um terceiro, pode haver a necessidade de ambos, neutralidade e imparcialidade, mas em diferentes momentos e aspectos dentro do mesmo processo.

Prosseguindo em sua análise, Regla argumenta que a mediação é essencialmente uma forma de negociação facilitada por um terceiro, que deve ser tanto neutro quanto imparcial. A necessidade dessa facilitação surge porque as partes envolvidas no conflito muitas vezes enfrentam barreiras que impedem uma negociação eficaz e autônoma. Ele atribui isso a um déficit de racionalidade entre as partes, que impede que elas explorem de forma independente todas as possíveis soluções para o conflito. Assim, a presença de um mediador se justifica pela necessidade de superar esse déficit e ajudar as partes a alcançar um acordo satisfatório (2018, p. 148).

Estabelecidas, pois, as principais contribuições teóricas da resolução de conflitos para esta pesquisa, buscar-se-á investigar alguns dos motivos pelos quais a diplomacia e o atual sistema de resolução de conflitos internacionais não têm surtido efeitos ou são insuficientes para o encerramento do conflito armado no leste europeu. Primeiramente, é relevante considerar as reflexões críticas e os questionamentos que Albert Einstein fez a Sigmund Freud sobre a natureza da guerra e da sociedade.

Einstein (2005, p. 24-25) observa que a classe dominante, sendo uma minoria, tem um controle considerável sobre instituições influentes como escolas, mídia e, frequentemente, a Igreja. Esse controle permite a essa elite não apenas moldar, mas também dirigir as emoções das massas, de modo que estas se tornem instrumentos em suas mãos. No entanto, essa compreensão não responde completamente à questão da guerra e da violência. Isso leva a uma indagação adicional, sobre como tais mecanismos são tão eficazes em incitar um fervor tão intenso nas pessoas a ponto de elas estarem dispostas a sacrificar suas próprias vidas. A explicação, segundo Einstein, pode residir na predisposição inerente dos seres humanos para sentimentos de ódio e impulsos destrutivos.

No raciocínio desenvolvido, Einstein (2005) questiona: é possível guiar a evolução psicológica da humanidade de uma forma que as pessoas sejam imunes às psicoses de ódio e destruição? Em outras palavras, Einstein pergunta se é viável desenvolver e cultivar a mente humana de maneira a resistir e se contrapor às forças que alimentam o conflito e a violência.

Na esteira das inquietantes perguntas de Einstein, que, já no ano de 1932, buscava saber a respeito de fatores psicológicos para a guerra, surge de igual relevo a contribuição da psicologia na análise do problema. A esse propósito, Daniel Kahneman, Olivier Sibony e Cass R. Sunstein (2021, p. 10) tratam do erro humano, trazendo os aspectos de viés e de ruído. O primeiro consistiria no desvio sistemático de um resultado esperado; o segundo na dispersão aleatória em relação à expectativa de resultado. Conforme os autores: “Alguns julgamentos são enviesados; erram sistematicamente o alvo. Outros são ruidosos, quando pessoas que deveriam estar de acordo terminam em pontos muito diferentes ao redor do centro.” (KAHNEMAN; SIBONY; SUNSTEIN, 2021, p. 10).

Adicionando-se a esses apontamentos sobre o psicologismo e o erro humano, calha mencionar o estudo realizado pelo cientista político Erik Voeten, que ainda no ano de 2000, procurou apurar sobre os “confrontos na assembleia”⁴. Dentre os questionamentos que procurou responder a pesquisa de Voeten, estava a indagação sobre se as linhas de divisões na política mundial tinham mudado completamente desde a queda do muro de Berlim ou se parte do conflito da Guerra Fria se manteve no mundo pós-Guerra Fria. Para sua análise, Voeten (2000, p. 186) investigou a estrutura de votação da Assembleia Geral da ONU e as posições relativas dos Estados nas principais dimensões do conflito. Em que pese aqui não se possa adentrar com profundidade em suas conclusões, uma delas foi a de que, embora a política global tenha se tornado multidimensional, isso não corresponde ao comportamento de votação dos países na Assembleia Geral da ONU, sendo que os alinhamentos de votação mudaram pouco desde o fim da Guerra Fria. (VOETEN, 2000, p. 213).

Em conclusão, verifica-se que o viés, uma das facetas do erro de julgamento humano, pode ser reproduzido em decisões tomadas em grupos, mesmo em grupos de Estados-nação, em que atuam seus agentes representantes. A conjugação dos estudos de Voeten (2000) e Kahneman, Sibony e Sunstein (2021) com as contribuições da teoria do conflito (FREUND, 1995) e as funções do terceiro trazidas por Deutsch (2004), Moore (2014) e Regla (2018), indicia que as funções do terceiro (seja ele um diplomata, um grupo de diplomatas ou um grupo de países) não estão

4 Tradução nossa. No original, “Clashes in the Assembly”.

sendo desenvolvidas de forma suficiente para o encerramento dos conflitos armados internacionais, em especial o travado entre Rússia e Ucrânia.

Como antes visto, o conflito em questão tem consumido enorme quantidade de recursos e causado efeitos prejudiciais de toda sorte no cenário global. Diante disso, mostra-se possível o questionamento acerca do desenvolvimento e uso de inteligência artificial (IA) como auxílio à resolução dos conflitos internacionais, o que se examinará no próximo item.

3. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E CONFLITOS INTERNACIONAIS

De início, cumpre salientar que o conceito de IA do qual se vale este trabalho não compreende aquilo que se convencionou denominar por “singularidade”, isto é, mais ou menos o conceito de inteligências que, artificialmente construídas, auto aperfeiçoam-se e se tornam autoconscientes. Para esta pesquisa, utilizar-se-á da conceituação de IA trazida pela Recomendação sobre a Ética da Inteligência Artificial, conforme publicação da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO):

Os sistemas de IA são tecnologias de processamento de informações que integram modelos e algoritmos que produzem a capacidade de aprender e realizar tarefas cognitivas, as quais levam a resultados como a previsão e a tomada de decisões em ambientes reais e virtuais. Os sistemas de IA são projetados para operar com vários graus de autonomia por meio da modelagem e da representação de conhecimento e pela exploração de dados e cálculo de correlações. Os sistemas de IA podem incluir vários métodos, tais como, mas não se limitando a:

- (i) aprendizado de máquina, incluindo aprendizado profundo e aprendizado por reforço; e
 - (ii) raciocínio de máquina, incluindo planejamento, programação, representação de conhecimento e raciocínio, pesquisa e otimização.
- (UNESCO, 2022, p. 10).

Prosseguindo, Joel P. Trachtman, professor de Direito Internacional na Faculdade de Relações Internacionais de Fletcher, dez anos atrás, publicava obra que recebeu o título de “O Futuro do Direito Internacional”. No capítulo 4, o autor especula sobre as grandes tendências que se esperam aumentar a necessidade de cooperação internacional e as relaciona ao futuro do Direito Internacional.

Trachtman (2013, p. 80-81) previu que, no futuro, veríamos uma integração significativa da inteligência artificial em diversos setores. Ele

antecipou que, por volta de 2032, a inteligência artificial estaria incorporada de maneira extensiva na sociedade, com locais de trabalho experimentando uma automação considerável. Isso incluiria a transferência de uma série de responsabilidades administrativas para sistemas computacionais, eliminando a necessidade de intervenção humana em muitas tarefas diárias.

Além disso, ele projetou que os avanços na computação quântica se tornariam uma realidade acessível aproximadamente em 2037, proporcionando um salto sem precedentes na capacidade de processamento de dados. Isso, por sua vez, aceleraria várias funções e capacidades, potencializando os recursos de computação muito além do que era conhecido até então.

Trachtman também refletiu sobre a continuidade da Lei de Moore, uma observação sobre a capacidade de processamento dos computadores dobrando aproximadamente a cada dois anos. Se essa tendência persistisse, ele especulou que, até 2053, a tecnologia de computadores pessoais seria tão avançada que a inteligência artificial integrada teria o poder de processamento equivalente à soma total dos cérebros humanos naquele tempo.

As previsões de Trachtman podem estar acontecendo mais rapidamente do que o autor esperava. No dia 6 de julho de 2023, a União Internacional da Telecomunicação das Nações Unidas (UIT), uma das agências especializadas da ONU, promoveu um evento em Genebra intitulado “Inteligência Artificial para o Bem” (CÚPULA..., 2023), que trouxe como destaque a participação de mais de 50 robôs com o objetivo de discutir a responsabilidade no uso das novas tecnologias, bem como buscar acelerar o cumprimento dos “Objetivos de Desenvolvimento Sustentável” (ODS) da Agenda 2030 da ONU (2015). Dentre tais objetivos, está o de número 16, que indica “Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”.

Nesse cenário e partindo das contribuições teóricas antes observadas quanto à resolução dos conflitos internacionais, podem-se indicar algumas maneiras pelas quais a IA pode ser aplicada para melhor resolver referidos conflitos, notadamente armados, ou pelas quais ela pode melhor sugerir soluções para sua resolução.

Primeiramente, a IA pode ser usada para analisar grandes volumes de dados (como notícias, discursos diplomáticos, ações militares, decisões anteriores de órgãos da ONU, etc.) para prever conflitos antes de se tornarem violentos ou incontroláveis. Modelos de aprendizado de máquina podem identificar padrões e tendências que não são imediatamente aparentes para os analistas humanos, permitindo intervenções mais precoces e eficazes. No caso da atual guerra entre Rússia e Ucrânia, tal aplicação poderia ter sido utilizada para promover medidas mais eficazes e efetivas de evacuação da população de zonas que primeiro foram atingidas pelo conflito.

A IA também poderia ser usada para mediar discussões e negociações de forma não totalmente automatizada (e com supervisão humana). Considerando as ideias de Julien Freund e Morton Deutsch, a IA poderia ser programada para ser um “terceiro” imparcial e racional em negociações e disputas, estabelecendo normas de interação, sugerindo soluções viáveis e ajudando a facilitar acordos. Nesta lógica, a sua programação poderia ser projetada por representantes de todos os países membros de um órgão internacional deliberativo (a exemplo da Assembleia Geral da ONU), de forma a que não esteja sujeita a viés ou emoções humanas, o que pode contribuir para uma solução mais justa e equitativa.

Em uma terceira aplicação, a IA poderia ser usada para monitorar o cumprimento de acordos de paz e resoluções da ONU. Ela pode, por exemplo, analisar imagens de satélite para verificar se as partes em conflito estão realmente se desmobilizando ou cessando suas atividades hostis, conforme acordado. Poder-se-ia, aqui, vislumbrar, em tempo real, se tréguas estão sendo realmente efetivas em conflitos armados ou não.

Quanto às votações em organismos internacionais, a IA poderia ajudar a mitigar alguns dos problemas identificados por Erik Voeten em seu estudo sobre o sistema de votação da Assembleia Geral da ONU. Por exemplo, a IA poderia ser usada para analisar as tendências de votação, identificar alinhamentos e desalinhamentos e oferecer sugestões para melhorar a eficácia do sistema de votação.

Conforme destacado por Daniel Kahneman, Olivier Sibony e Cass R. Sunstein, viés e ruído são erros sistemáticos no julgamento humano que podem impactar negativamente a resolução de conflitos. IA, através de algoritmos imparciais e consistentes, poderia ajudar a minimizar esses fatores e promover uma tomada de decisão mais objetiva e equilibrada.

Por fim, a IA pode facilitar a tradução e interpretação de linguagem, promovendo uma melhor compreensão entre as partes em conflito. Também pode analisar nuances culturais e sociais (identidades e diferenças culturais, por exemplo) que podem impactar a resolução de conflitos.

É importante ressaltar, no entanto, que a IA é uma ferramenta e, como tal, não pode resolver conflitos por conta própria. Ela deve ser utilizada como parte de um esforço humano mais amplo e holístico para resolver conflitos internacionais. Nesse sentido, deve-se tomar cuidado para que a adoção da IA na resolução dos conflitos não dê lugar ao acolhimento de uma perspectiva exclusivamente pós-humanista, como denuncia o professor Antonio Enrique Pérez Luño.

Pérez Luño (2020, p. 19-20) critica as propostas pós-humanistas, especialmente quando são usadas para justificar a remoção de questões críticas da sociedade - como educação, saúde, meio ambiente e pobreza - do âmbito da tomada de decisão ética e política coletiva. Ele argumenta que essas propostas

têm um viés ideológico, pois são apoiadas por poderes que financiam a pesquisa tecnocientífica. Tais poderes não são entidades abstratas, mas sim grupos ou indivíduos com interesses e agendas específicos. A identidade desses grupos e seus objetivos são discerníveis e, portanto, eles devem ser considerados responsáveis por suas ações no contexto social e político.

Ademais, Pérez Luño defende que o humanismo não é incompatível com o avanço científico e tecnológico. Pelo contrário, o humanismo acolhe e incentiva o progresso que beneficia a qualidade de vida humana. No entanto, ele ressalta que tal progresso deve ser guiado por princípios de racionalidade e responsabilidade. Isso significa que, enquanto o humanismo apoia os desenvolvimentos que melhoram a condição humana, ele também exige uma consideração cuidadosa das implicações sociais e éticas da tecnologia. Portanto, o avanço tecnológico, incluindo o uso da IA, deve sempre ter como objetivo o benefício da humanidade, e não ser adotado de maneira acrítica ou usado para subverter responsabilidades éticas e políticas.

Claro é que as IAs também não estão completamente livres de carregar os vieses e falhas humanas. Como colocado por Kahneman, Sibony e Sunstein:

Como sugerimos, um algoritmo poderia ser enviesado por dois motivos principais. Primeiro, tenha ou não sido projetado para isso, poderia usar variáveis preditoras altamente correlacionadas a raça ou gênero. Por exemplo, altura e peso estão correlacionados a gênero, e o lugar onde a pessoa cresceu ou vive pode muito bem estar correlacionada a raça.

Segundo, a discriminação também poderia vir dos dados brutos. Se um algoritmo é treinado em um conjunto de dados enviesado, também será enviesado. (KAHNEMAN; SIBONY; SUNSTEIN, 2021, p. 325)

Mesmo considerando a possibilidade de tais falhas na projeção de IAs, ainda assim, segundo apontam Kahneman, Sibony e Sunstein (2021, p. 325-326), os algoritmos podem ser testados e avaliados quanto à utilização de variáveis tidas por reprováveis ou se eles estão efetuando discriminação de forma inadmissível; por outro prisma, é bem mais difícil submeter seres humanos a um tipo equivalente de avaliação, uma vez que, muitas das vezes, seus julgamentos discriminatórios são obscuros ou até inconscientes. Nesta perspectiva, o processo de decisão feito pelo algoritmo poderia ser mais transparente do que em seres humanos.

Assim é que o uso de IA na resolução de conflitos deve obedecer a um conjunto de parâmetros éticos mínimos. Acredita-se ser um bom ponto de partida o alinhamento do uso da IA aos parâmetros contidos na Recomendação sobre a Ética da Inteligência Artificial, elaborada pela

UNESCO (2022). Tal documento destaca vários princípios e valores que devem orientar o uso de IA, dos quais se destacam os seguintes:

1. Respeito aos direitos humanos: o uso de IA deve sempre aderir aos princípios dos direitos humanos universais. Isto inclui respeito à privacidade, proteção contra a discriminação e a garantia do direito à liberdade de expressão e pensamento; 2. Transparência: a IA deve ser transparente em suas operações e decisões, permitindo que os humanos entendam e avaliem as motivações e implicações dos sistemas de IA; 3. Explicabilidade: é fundamental que os usuários possam entender e interpretar como os sistemas de IA tomam decisões; 4. Responsabilidade: os desenvolvedores e usuários de IA devem ser responsáveis pelas consequências das decisões tomadas pelos sistemas de IA; 5. Equidade: a IA deve ser desenvolvida e usada de uma maneira que promova a equidade, evitando reforçar as desigualdades existentes, e deve beneficiar todas as pessoas, independentemente de sua origem, raça, gênero ou status socioeconômico; e 6. Prevenção de danos: O uso de IA deve minimizar o dano ao meio ambiente e à humanidade.

Nessa linha, a IA pode ser uma ferramenta valiosa na resolução de conflitos internacionais. No entanto, para garantir a confiabilidade e a imparcialidade da IA, é necessário que ela seja programada e utilizada de acordo com princípios éticos e jurídicos rigorosos.

Em primeiro lugar, é fundamental que a IA seja programada para respeitar os direitos humanos. Isso significa que ela deve ser projetada para considerar e respeitar a dignidade e os direitos de todas as partes envolvidas em um conflito. Além disso, a IA deve ser programada para evitar a discriminação e a violação de privacidade, e para promover a liberdade de expressão e pensamento. No ponto, a IA ainda pode ter programada, em seu código-fonte, a necessidade de levar em consideração as diferenças culturais dos povos envolvidos no conflito, de maneira que a cultura específica de um determinado povo não seja desconsiderada quando da sugestão dos diferentes cenários de solução aos conflitos. O respeito aos direitos humanos, de que é exemplo o direito à vida e o direito à liberdade, deve ser, porém, o balizador mínimo para esta consideração cultural na sugestão dos cenários.

Em segundo lugar, a IA deve ser transparente em suas operações e decisões. Isso significa que os usuários devem ser capazes de entender como a IA está analisando os dados e chegando a suas conclusões. Isso é essencial para garantir que a IA seja responsável e que suas decisões possam ser revisadas e questionadas.

Em terceiro lugar, a IA deve ser explicável. Isso significa que os usuários devem ser capazes de entender como a IA chegou a uma determinada decisão. Isso é particularmente importante em situações de conflito, onde as decisões podem ter consequências significativas e de longo alcance.

Em quarto lugar, a IA deve ser responsável. Isso significa que os desenvolvedores e usuários da IA devem ser responsáveis pelas consequências das decisões tomadas pela IA. Isso pode ser garantido através de mecanismos de responsabilização e supervisão, previstos em legislações que regulamentem o uso da IA.

Em quinto lugar, a IA deve ser justa. Isso significa que a IA deve ser projetada e utilizada de uma maneira que promova a equidade e evite reforçar as desigualdades existentes. Isso pode ser garantido através do uso de dados e algoritmos que são livres de viés e que consideram as necessidades e interesses de todas as partes envolvidas.

Por fim, a IA deve ser programada para prevenir danos. Isso significa que a IA deve ser usada de uma maneira que minimize o dano ao meio ambiente e à humanidade. Isso pode ser garantido através do uso de algoritmos que consideram todas as consequências ambientais potenciais, prováveis e certas na sugestão de decisões.

Em suma, o uso de IA na resolução de conflitos internacionais tem um grande potencial. No entanto, para garantir que a IA seja confiável e imparcial, é fundamental que ela seja programada e utilizada de acordo com princípios éticos e jurídicos rigorosos. Se esses princípios forem seguidos, a IA pode ser uma ferramenta valiosa na busca por uma paz duradoura.

Dessa forma, respeitadas tais balizas, acredita-se que o uso de IA na resolução de conflitos internacionais, como o conflito armado entre Rússia e Ucrânia aqui examinado, pode contribuir sobremaneira, dentre outras aplicações, na sugestão de respostas viáveis que contemplem, em certa medida, os interesses em disputa e possibilitem acordos de paz.

CONCLUSÃO

Este artigo buscou analisar a problemática da guerra e da paz no âmbito do Direito Internacional, com foco na ineficácia das atuais estratégias para o encerramento da guerra entre a Rússia e a Ucrânia. Em um mundo cada vez mais globalizado e interconectado, os conflitos armados não afetam apenas os países diretamente envolvidos, mas toda a comunidade internacional. Nesse sentido, a busca por respostas eficazes para a resolução desses conflitos é de suma importância para a manutenção da paz e da segurança internacionais.

A análise realizada neste trabalho revelou que as atuais estratégias de resolução de conflitos, baseadas principalmente na diplomacia e nas sanções econômicas, têm se mostrado ineficazes. Isso se deve, em parte, à ausência de um “terceiro” externo e imparcial que possa mediar as negociações e propor soluções viáveis para o conflito. Além disso, constatou-se que o sistema de votação da Assembleia Geral da ONU, que deveria representar

a vontade coletiva dos Estados, tem sido influenciado por alinhamentos políticos e vieses que podem comprometer a eficácia das decisões tomadas.

Nesse contexto, a utilização da inteligência artificial (IA) surgiu como um possível elemento para a resolução de conflitos internacionais. A IA pode ser usada para analisar grandes volumes de dados e identificar padrões e tendências que podem ajudar a prever conflitos antes que eles se tornem violentos ou incontroláveis. Além disso, a IA pode ser programada para ser um “terceiro” imparcial e racional nas negociações, estabelecendo normas de interação, sugerindo soluções viáveis e ajudando a facilitar acordos.

Todavia, é importante salientar que a IA deve ser considerada como mais uma ferramenta e, como tal, não pode resolver conflitos por conta própria. Ela deve ser utilizada como parte de um esforço humano mais amplo e holístico para resolver conflitos internacionais. Além disso, o uso de IA na resolução de conflitos deve obedecer a um conjunto de parâmetros éticos mínimos, como o respeito aos direitos humanos, a transparência, a explicabilidade, a responsabilidade, a equidade e a prevenção de danos dos sistemas.

O presente trabalho contribui para a compreensão das complexidades envolvidas na guerra e na paz, bem como para a busca de soluções mais eficazes para os conflitos internacionais. Além disso, espera-se que ele possa estimular o debate acadêmico sobre a aplicação da IA na resolução de conflitos, uma área ainda pouco explorada na literatura jurídica.

No entanto, ainda há muito a ser explorado nesse campo. Como sugestão para futuros trabalhos, seria interessante investigar mais a fundo como a IA pode ser efetivamente implementada na resolução de conflitos internacionais, considerando os desafios técnicos, éticos e jurídicos envolvidos. Além disso, seria relevante analisar como a IA pode ser usada para prevenir conflitos, ao invés de apenas resolvê-los. Por fim, seria útil explorar como a IA pode ser usada para melhorar o sistema de votação da Assembleia Geral da ONU, tornando-o mais transparente, imparcial e eficaz.

REFERÊNCIAS

AGUILÓ REGLA, Josep. *A arte da mediação: argumentação, negociação e mediação*. Tradução: Tainá Aguiar Junquillo. Curitiba: Alteridade, 2018.

BOBBIO, Norberto. *O terceiro ausente: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra*. Barueri, SP: Editora Manole, 2009.

CHADE, Jamil. *Apoio do Ocidente para Ucrânia é 3 vezes maior que combate à fome no mundo*. UOL, [s.l.], 23 fev. 2023. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2023/02/23/apoio-do-ocidente-para-ucrania-e-3-vezes-maior-que-combate-a-fome-no-mundo.htm>. Acesso em: 28 jul. 2023.

CÚPULA quer garantir que Inteligência Artificial beneficie a humanidade. *ONU News Perspectiva Global Reportagens Humanas*, [s.l.], 06 jul. 2023. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2023/07/1817057>. Acesso em: 28 jul. 2023.

DEUTSCH, Morton. A Resolução do Conflito. Tradução: Arthur Coimbra de Oliveira. Revisão: Francisco Schertel Mendes. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação Volume 3*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.

EINSTEIN, Albert; FREUD, Sigmund. *Um diálogo entre Einstein e Freud*. Por que a Guerra? Santa Maria: FADISMA, 2005.

ESCRITÓRIO DO ALTO COMISSARIADO PARA OS DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. *Civilian casualties in Ukraine from 24 February 2022 to 15 February 2023*. Ucrânia: 2023. Disponível em: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/press/hrmmu-civilian-casualties-24feb2022-15feb2023-en.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2023.

FREUND, Julien. *Sociologia del Conflicto*. Traducción de Juan Guerrero Roiz de la Parra. Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica. D.L., 1995.

GUERRA na Ucrânia: como grupo de mercenários Wagner se voltou contra a própria Rússia. *BBC NEWS BRASIL*, [s.l.], 24 jun. 2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/c87317y04kjo>. Acesso em: 28 jul. 2023.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. Por un nuevo contrato social. Democracia, Constitución y derechos sociales en el orden global. In: SÁNCHEZ BRAVO, Alvaro (Ed.). *Sensibilidad, Sociología y Derecho: libro homenaje al profesor Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior*. Espanha: Punto Rojo, 2021.

KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. *Ruído: Uma falha no julgamento humano*. Tradução: Cássio de Arantes Leite. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021.

MÖLLER, Josué Emílio. *Direitos humanos e relativismo cultural: termos de um paradoxo? Condições para uma justiça sem fronteiras*. Porto Alegre: Dialogar, 2021.

MOORE, Christopher W. *The Mediation Process*. San Francisco: Jossey-Bass, 2014.

ONE YEAR of Support to Ukraine: US Leads, EU Follows. *IFW KIEL INSTITUTE FOR THE WORLD ECONOMY*, [s.l.], 21 fev.

David Lazzaretti Vieira
Adalberto Narciso Hommerding

2023. Disponível em: <https://www.ifw-kiel.de/publications/media-information/2023/one-year-of-support-to-ukraine-us-leads-eu-follows/>. Acesso em: 28 jul. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável para a Agenda 2030 da ONU*. New York: 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 28 jul. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. *Recomendação sobre a Ética da Inteligência Artificial*. Paris: 2022. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381137_por. Acesso em: 28 jul. 2023.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Inteligencia artificial y posthumanismo. In: SÁNCHEZ BRAVO, Alvaro (Ed.). *Derecho, inteligencia artificial y nuevos entornos digitales*. Espanha: Punto Rojo, 2020.

PESQUISA da OIM mostra que a guerra na Ucrânia já deslocou 7,1 milhões de pessoas. *Organização Internacional para as Migrações (OIM)*, Genebra, 06 abr. 2023. Disponível em: <https://brazil.iom.int/pt-br/news/pesquisa-da-oim-mostra-que-guerra-na-ucrania-ja-deslocou-71-milhoes-de-pessoas>. Acesso em: 28 jul. 2023.

PLUMMER, ROBERT. Rússia corta gás à Europa em meio a guerra e disputa por preços. *BBC NEWS BRASIL*, [s.l.], 03 set. 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-62779458>. Acesso em: 28 jul. 2023.

POR QUE FIM DO ACORDO de grãos entre Rússia e Ucrânia afeta preço global de alimentos. *BBC NEWS BRASIL*, [s.l.], 17 jul. 2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/cev8k4k9lego>. Acesso em: 28 jul. 2023.

TPI EMITE mandado de prisão contra Vladimir Putin por alegados crimes de guerra na Ucrânia. *ONU News Perspectiva Global Reportagens Humanas*, [s.l.], 17 mar. 2023. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2023/03/1811517>. Acesso em: 28 jul. 2023.

TRACHTMAN, Joel P. *The future of international law: global government*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

VOETEN, Erik. *Clashes in the Assembly. International Organization*, Cambridge, v. 54, n. 2, p. 185-215, Spring 2000.

RECEBIDO EM: 06/06/2023

APROVADO EM: 14/11/2023

A REVITIMIZAÇÃO NA CONDUÇÃO COERCITIVA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM CASOS DE CRIMES SEXUAIS NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

*REVICITIMIZATION IN THE COERCITIVE
CONDUCT OF CHILDREN AND ADOLESCENTS
IN CASES OF SEX CRIMES IN BRAZILIAN
JURISPRUDENCE*

*Felipe da Veiga Dias¹
Driane Fioretin de Moraes²*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Argumentação dos tribunais em casos de condução coercitiva de vítimas de crimes sexuais. 2. Processo penal e revitimização como prática do controle social. 3. Aportes teóricos

1 Pós-doutor em Ciências Criminais pela PUC/RS. Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) com período de Doutorado Sânduíche na Universidad de Sevilla (Espanha). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, Escola de Direito ATTUS Educação.

2 Mestranda em Direito pela ATTUS Educação. Bolsista Capes. Bacharela em Direito pela Faculdade Meridional (IMED) – Passo Fundo. Integrante do Grupo de Pesquisa “Criminologia, Violência e Controle”. Bolsista de Iniciação Científica PROBIC-FAPERGS.

infanto-juvenis e análise dos julgamentos. 3.1 Análise dos fundamentos jurisdicionais da condução coercitiva de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual. Conclusão. Referências.

RESUMO: A presente pesquisa promove um debate acerca da condução coercitiva de vítimas de crimes sexuais. O estudo se concentra em determinar se o sistema penal executa mecanismos de proteção a vítimas infanto-juvenis de crimes sexuais, atentando-se ao processo de revitimização após a modificação legal das ações penais e de que forma esses mecanismos são postos em prática no processo penal. O problema que move a pesquisa é: de que forma a condução coercitiva de vítimas de crimes sexuais, menores de dezoito anos, operacionalizada na nova forma da ação penal vem gerando processos de revitimização? Para realização do estudo, a pesquisa foi desenvolvida por meio da análise dos acórdãos encontrados nos Tribunais de Justiça do país (2019-2022). Conta-se com a utilização da metodologia de abordagem hipotética dedutiva, combinada com o método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa de documentação indireta. Em conclusão constatou-se que a condução coercitiva gera processos de revitimização, reduzindo as vítimas a objetos probatórios, ignorando: direitos humanos/fundamentais, as bases normativas internacionais e nacionais, as técnicas de oitiva de vítimas de violência, a necessária releitura do processo penal e a gama de danos físicos/psíquicos causados pela prática contra a infância.

PALAVRAS-CHAVE: Condução Coercitiva. Crimes Sexuais. Revitimização. Crianças e Adolescentes. Violência Sexual.

ABSTRACT: This research promotes a debate about the coercive conduct of victims of sexual crimes. The study focuses on determining whether the penal system implements protection mechanisms for child and youth victims of sexual crimes, paying attention to the revictimization process after the legal modification of criminal actions and how these mechanisms are put into practice in criminal proceedings. The problem that moves the research is: how the coercive conduct of victims of sexual crimes, under eighteen years of age, operationalized in the new form of criminal action, has been generating processes of revictimization? To carry out the study, the research was developed through the analysis of judgments found in the country's Courts of Justice (2019-2022). It relies on the use of the deductive hypothetical approach methodology, combined with the monographic procedure method and the research technique of indirect documentation. In conclusion, it was found that coercive conduct generates

revictimization processes, reducing victims to probative objects, ignoring: human/fundamental rights, international and national normative bases, hearing techniques for victims of violence, the necessary re-reading of the criminal process and the range of physical/psychological damage caused by the practice against childhood.

KEYWORDS: Coercive Driving. Sexual Crimes. Revictimization. Children and Adolescents. Sexual Violence.

INTRODUÇÃO

A preocupação com a resposta penal no campo dos crimes sexuais já é tema que requer atenção de inúmeras searas, englobando aspectos jurídicos, políticos e sociais significativos diante dos números registrados no país. Com base nisso, percebe-se a inserção das mudanças trazidas pela publicação da Lei 13.718 de 2018, em especial no que diz respeito ao tipo de ação dos crimes sexuais e que, por conseguinte, passou a gerar a condução coercitiva de vítimas dessas condutas, embora seja notável destacar que o Código de Processo Penal em seu artigo 218 (BRASIL, 1941) já possuía previsão deste instituto no caso de injustificada ausência de testemunhas.

Nesse aspecto, com a mudança da ação envolvendo crimes sexuais, a qual se tornou de ação pública incondicionada, o poder de decidir sobre o prosseguimento com o processo para apurar a responsabilidade do agressor cabe exclusivamente ao Ministério Público, surgindo dúvidas em relação à autonomia das vítimas no processo penal, bem como acerca da possibilidade de determinação judicial para condução coercitiva destas em caso de negativa de participação/interesse na ação penal.

Assim, o problema que move a pesquisa se resume em: de que forma a condução coercitiva de vítimas de crimes sexuais, menores de dezoito anos, operacionalizada na nova forma da ação penal vem gerando processos de revitimização?

A presente pesquisa trabalha com a hipótese da existência de violência institucional e do desenvolvimento de processos de revitimização, buscando-se verificar se há conjuntamente algum tipo de proteção jurídica às vítimas, crianças ou adolescentes. Destaca-se que a temática será abordada por uma perspectiva teórica de proteção infanto-juvenil, visto que as decisões coletadas tratam de vítimas crianças e adolescentes, portanto, busca-se ir além de uma abordagem meramente processual, devendo ser considerados os mecanismos de proteção ofertados pelo sistema penal e seus atores às vítimas infantis.

Para a realização da pesquisa, delimitou-se as buscas no período de 01 de janeiro de 2019 até 01 de janeiro de 2022, utilizando as palavras-chaves “condução coercitiva” e “violência sexual” nos sites dos tribunais de

justiça estadual do país. Justifica-se a escolha da delimitação temporal em consequência de tratar-se do ano seguinte à mudança legislativa anteriormente citada que impacta na previsão jurídico-penal da ação nos crimes de violência sexual, bem como a data final diz respeito ao encerramento da coleta de dados desta pesquisa.

Logo, procedeu-se a investigação por meio de seis decisões encontradas/selecionadas pelos critérios acima mencionados, sendo dois recursos do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (BRASIL, 2019a), dois recursos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (BRASIL, 2019b/2021a), um recurso do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (BRASIL, 2020) e um recurso do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (BRASIL, 2021b).

Embora se trate de um estudo desenvolvido em âmbito acadêmico, opta-se por não utilizar informações sensíveis, como nome das partes, visto que todas as vítimas são crianças e adolescentes, tentando, assim, preservar ao máximo as pessoas envolvidas e evitar outras violações de direitos para fins de debate das questões do campo jurídico-criminal.

Neste sentido, para o alcance dos fins pretendidos adota-se a metodologia de abordagem hipotético dedutiva, dado que a pesquisa parte da hipótese de existência de uma violência institucional, seja por parte do sistema penal e seus atores ou dos próprios defensores externos que constituem os casos. Isto porque a própria existência de decisões judiciais, favoráveis ou não, à possibilidade de conduzir vítimas de crimes sexuais à força para prestar depoimento, já evidencia a prática e a possibilidade de ocorrência de violência em desfavor das vítimas. Por esta razão, considerando que a jurisprudência coletada diz respeito aos infantes, há que se atentar para além da violência existente no processo de revitimização, considerando também a aplicação das proteções constitucionais previstas para crianças e adolescentes no âmbito do processo penal.

Esta metodologia será dividida em quatro etapas: I) Coleta dos dados; II) Organização dos dados encontrados em: a) discurso dos tribunais; b) argumentação do Ministério Público; c) tipos de vítimas; III) teste da hipótese; IV) discussão e análise dos resultados obtidos.

Combinado com o método inicial, utiliza-se o método de procedimento monográfico, a fim de distanciar-se de apreciações analíticas ou de cunho manualesco, concentrando-se em um aprofundamento específico de ordem qualitativa. Outrossim, agrega-se ainda a técnica de pesquisa da documentação indireta com ênfase bibliográfica, visto que se utiliza de fontes como obras bibliográficas, artigos científicos, jurisprudência e pesquisas de dados secundários a respeito do tema em questão.

Por fim, destaca-se que o artigo será organizado em três momentos: I) inicialmente, descrevem-se os relatos de casos e as argumentações envolvidas nos recursos dos tribunais; II) em um segundo momento, contextualiza-se o termo “revitimização” nos casos mencionados e inicia-se o debate em torno dos

direitos infanto-juvenis; III) e, por fim, se atenta para a reflexão dos resultados obtidos e a ponderação acerca da produção de danos às vítimas por parte dos mecanismos processuais penais operacionalizados nos casos de crimes sexuais.

Contudo, antes de adentrar na presente pesquisa, é necessário destacar que os dados expostos pelos estudos relacionados aos crimes sexuais não representam a totalidade (número real) de casos que ocorrem no país. De acordo com a Pesquisa Nacional de Vitimização, publicada no ano de 2013, estima-se que apenas 7,5% dos crimes sexuais são denunciados no país (BRASIL, 2013, p. 13), isto é, os dados disponíveis em relação ao tema demonstram a complexidade da situação em que se encontram as vítimas de crimes sexuais no Brasil, bem como o processo de subnotificação dos casos (cifra oculta) (CASTRO, 1983, p. 68).

Complementando os dados citados, o mais recente Anuário Brasileiro de Segurança Pública, do ano de 2022, indica que entre os períodos de 2012 e 2021 o número de vítimas de crimes sexuais (estupro e estupro de vulnerável) supera as quinhentas mil pessoas de acordo com os registros das autoridades policiais, bem como conforme as informações coletadas ocorreu um crescimento no número de condutas criminosas na margem de 4,2% (a taxa atual de casos é de 30,9 por 100 mil habitantes). Segundo os pesquisadores do anuário “estes dados correspondem ao total de vítimas que denunciaram o caso em uma delegacia de polícia e, portanto, a subnotificação é significativa” (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2022, p. 186), o que reafirma os dados históricos anteriormente citados.

Além disso, até a vigência da Lei 13.718, publicada no dia 24 de setembro de 2018 (BRASIL, 2018), os crimes sexuais majoritariamente procediam-se mediante ação pública condicionada à representação, o que significa dizer que o Poder Público somente entraria em ação se a iniciativa de denúncia partisse da pessoa ofendida.

Após a modificação legal as condutas delitivas sexuais passaram a ter o processamento público incondicionado como regramento, conforme dispõe o art. 1º da referida lei, mesmo sem o interesse da principal pessoa afetada: a vítima. Com fulcro no contexto supracitado e no direcionamento metodológico estabelecido, passa-se à abordagem dos pontos fulcrais do estudo, tendo como matriz teórica o pensamento criminológico crítico para leitura das intervenções penais sobre as vítimas de crimes sexuais.

1. ARGUMENTAÇÃO DOS TRIBUNAIS EM CASOS DE CONDUÇÃO COERCITIVA DE VÍTIMAS DE CRIMES SEXUAIS

Neste tópico, buscando a melhor compreensão e organização do estudo, opta-se por fazer a exposição da jurisprudência em ordem sequencial

de cada Corte, iniciando-se pelas decisões coletadas no Tribunal de Justiça do estado da Paraíba, seguida da análise dos recursos do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, do recurso do Tribunal de Justiça do estado do Ceará e, por fim, do Tribunal de Justiça do estado da Bahia.

A primeira manifestação a ser analisada se origina de duas decisões do Tribunal de Justiça do estado da Paraíba, as quais serão estudadas conjuntamente em razão de conterem a mesma argumentação aplicada em casos similares (amostragem por saturação). Em síntese, trata-se de duas correições parciais julgadas nos dias 02 e 25 de abril de 2019, nas quais o Ministério Público recorre da decisão de indeferimento do pedido de condução coercitiva de duas vítimas menores de dezoito anos para realização de exame sexológico, nos autos dos seus respectivos Inquéritos Policiais.

A argumentação do ente ministerial consta nos recursos resumida em nove pontos:

(1) a falta de laudo técnico prejudicará a apuração da responsabilidade criminal pela teórica prática do delito de estupro de vulnerável, devendo, na espécie, prevalecer o interesse público, em detrimento da recusa da vítima em se submeter a tal exame;

(2) “a leitura conjunta do art. 217-A c/c art. 225, parágrafo único, ambos do Código Penal, indica que a vítima não pode abrir mão da investigação e do processo criminal”.

(3) a recusa da vítima é absolutamente inválida, porquanto, nessa idade (12 anos) anos a pessoa é absolutamente incapaz de manifestar sua vontade e praticar atos jurídicos válidos, conforme dispõe o art. 3º do Código Civil.

(4) sem a comprovação da materialidade por meio do laudo pericial, haverá grande dificuldade na persecução penal, podendo ensejar, inclusive, na promoção de arquivamento do inquérito policial;

(5) “o indeferimento da perícia e da condução coercitiva, antes de proteger a dignidade e a intimidade da vítima, presenteiam com impunidade o indiciado por estupro”;

(6) antes de proteger a dignidade e a intimidade da vítima, o decism está impedindo que o Parquet busque a responsabilização daquele que vilipendiou na mais profunda intimidade a dignidade sexual da adolescente, porquanto, em se tratando de delito que deixa vestígios, é indispensável o exame de corpo de delito;

(7) o juiz de primeiro grau, ao impedir a produção de prova pericial essencial à prova da materialidade, está inviabilizando a formação plena da convicção ministerial e travando a persecução contra um grave crime hediondo.

(8) a perícia pretendida será realizada em ambiente apropriado, no âmbito da Polícia Científica, por profissional perito oficial e obrigatoriamente na presença de um responsável legal da menor, figurando como mais um exame, sem qualquer constrangimento extraordinário que pudesse causar abalo psicológico, notadamente porque, em razão da idade da ofendida, já deveria estar comparecendo para consultas e exames ginecológicos;

(9) “o ECA prevê a necessidade de punição contra qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, ou seja, estipula a necessidade de adoção de todos os meios de prova legítimos para possibilitar a repressão à ofensa dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes” (BRASIL, 2019a).

Por conseguinte, a argumentação utilizada para denegar o recurso aduz que o exame de corpo de delito é prescindível para a comprovação da materialidade do crime de estupro de vulnerável, podendo ser suprida por prova testemunhal. Ainda, destaca que ambas as vítimas, seus responsáveis legais e os acusados confessam o relacionamento íntimo das partes, motivo pelo qual não se justifica o sacrifício da vontade das adolescentes de não se submeterem ao exame (BRASIL, 2019a; BRASIL, 2019b).

Outrossim, destaca que as ofendidas não estão “abrindo mão” da investigação e do processo criminal, como argumenta o Ministério Público, porquanto não são titulares da ação penal pública incondicionada. Salienta o julgado que a condução coercitiva da vítima tem por objetivo colher declarações a respeito das circunstâncias da infração, de quem seja ou presuma ser o seu autor, em igual sentido, a coleta de evidências que possam demonstrar as provas que pretende apresentar, não havendo previsão específica na legislação processual penal acerca da condução coercitiva da ofendida para realização de exames. Informam os desembargadores que não remanesce dúvida acerca da possibilidade de o Estado-Juiz compelir a vítima a colaborar com a elucidação dos fatos que reclamam a necessidade de aplicação da lei penal, no entanto, a questão gira em torno de obrigar a vítima a submeter-se a exame íntimo que, pela sua natureza, pode vir a causar-lhe constrangimento físico ou psíquico.

Ademais, destacam os julgadores que se ao próprio réu é conferida a garantia de não produzir provas que lhe possam incriminar, por outro lado, paralela e proporcionalmente, por razões flagrantemente lógicas há que

se garantir à vítima o direito de se recusar a procedimento que, de algum modo, possa acarretar-lhe desconforto físico ou psíquico, notadamente nos casos em que digam respeito à sua intimidade, figurante dentre os direitos da personalidade, e, por conseguinte, inviolável à luz do preceito plasmado no artigo 5º, X, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

A decisão salienta que o interesse do Estado de apurar as investigações de crimes de ações penais de iniciativa pública deve ceder espaço às previsões legais e constitucionais relativas a bens de maior relevo, mormente os que abrangem à dignidade da pessoa humana, privacidade e intimidade (BRASIL, 2019a; BRASIL, 2019b).

O terceiro caso apreciado trata-se de um Habeas Corpus julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em 07 de novembro de 2019, concedido a cinco acusados de crime de estupro de vulnerável de uma criança indígena surda-muda. A argumentação contida no instrumento processual infere a desnecessidade de manutenção da prisão preventiva dos réus, mencionando brevemente que a vítima foi conduzida coercitivamente para prestar esclarecimento em delegacia, não havendo maiores informações sobre a conduta imposta à ofendida (BRASIL, 2019c).

Embora faltem informações para o aprofundamento da análise, é salutar registrar que tal decisão coloca-se em sentido adverso à primeira e à segunda, as quais se orientaram pela proteção aos direitos básicos da infância em detrimento da aplicação procedimental penal e da mera busca pela sanção punitiva.

A quarta decisão observada origina-se de uma apelação criminal julgada no dia 29 de setembro de 2020 pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, na qual recorre o réu de sentença condenatória por crime de estupro de vulnerável, tendo o Ministério Público requerido a condução coercitiva da vítima para depor em juízo. O pedido de depoimento mediante condução foi deferido, porém, não realizado, em virtude da greve dos policiais, sendo que posteriormente a condução também não pode ser realizada em razão de que a casa da vítima se encontrava fechada.

A argumentação presente na apreciação do recurso apenas menciona que, embora intimada por três vezes, inclusive sob ordem de condução coercitiva por duas vezes, a vítima não compareceu para depor em juízo, de modo que seu depoimento não foi confirmado sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, não sendo útil, assim, para embasar uma condenação criminal. Isso significa que a objeção ou negativa da vítima em ser conduzida resultou na fundamentação absolutória do acusado (BRASIL, 2020).

O quinto caso observado diz respeito a uma apelação criminal, julgada no dia 16 de março de 2021 pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, na qual argumenta o tribunal que a condução coercitiva realizada para colheita do depoimento das vítimas menores de dezoito anos não

viola o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei nº 13.431/17, uma vez que é plenamente possível a condução coercitiva no caso de ausência não justificada, não fazendo a norma distinção quando a vítima é criança ou adolescente. Ademais, destaca que a condução não implica em violação ao direito ao silêncio, tendo em vista que essa é uma prerrogativa exclusiva do acusado (BRASIL, 2021a).

Da leitura dos argumentos empregados pelos tribunais, no que tange ao pedido de condução coercitiva das vítimas formulado pelo Ministério Público, nota-se que, em quatro das seis decisões obtidas o Judiciário deferiu o pedido de condução para oitiva da vítima e familiares em audiência, tendo ocorrido igualmente condução coercitiva para realização de laudo psicológico. Valioso atentar igualmente que substancial parte dos envolvidos eram sujeitos em condição peculiar de desenvolvimento (algo parcamente considerado), ou seja, abrigados pelas proteções específicas dos direitos da criança e do adolescente (que se orientam pela matriz da proteção integral) (LIMA; POLI; JOSÉ, 2017), em virtude de sua maior vulnerabilidade e necessidade de resguardo protetivo extraordinário.

A sexta e última manifestação jurisdicional em estudo refere-se a uma apelação civil julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em 29 de julho de 2021, na qual recorre o Ministério Público da decisão judicial que julgou improcedente a representação contra um menor de dezoito anos por estupro de vulnerável (BRASIL, 2021b).

Na argumentação do tribunal apreciada, consta ter sido realizado relatório psicológico sob condução coercitiva da infante e dos genitores, sendo que os responsáveis legais da vítima se posicionaram contrariamente à realização do depoimento pessoal e a opinião técnica acompanhou a mesma linha de raciocínio, no sentido de que o “tal procedimento poderia ser prejudicial ao seu desenvolvimento, causando sua revitimização” (BRASIL, 2021b). Em suas considerações, o tribunal limitou-se a afirmar que se tivesse ocorrido depoimento pessoal da criança poderiam ter sido esclarecidos detalhes que auxiliariam na correta consideração do processo e do recurso.

Assim, para iniciar a discussão em relação às análises feitas acerca dos julgamentos selecionados, torna-se relevante aprofundar o debate em torno do processo de revitimização e suas etapas no processo penal.

2. PROCESSO PENAL E REVITIMIZAÇÃO COMO PRÁTICA DO CONTROLE SOCIAL

Nesta etapa busca-se demonstrar de que modo ocorrem os processos de revitimização, bem como entender o papel da vítima dentro da operacionalidade

do sistema penal, para que assim seja viável averiguar as situações empíricas supramencionadas. Em termos simples, vítima é a pessoa que sofre danos de um ato ilícito, o que significa uma pluralidade de possibilidades de violações, conforme as orientações em direitos humanos da ONU (com destaque para a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder da ONU de 1985) (MPF, 2023). Burke (2022, p. 29) estabelece que a compreensão da terminologia “‘vítima’, pela leitura do Código de Processo Penal brasileiro, é sinônimo de ‘ofendido’, ‘parte’ ou ‘pessoa ofendida’, o que se leva a concluir que é o sujeito passivo do delito, ou seja, aquele que foi diretamente prejudicado pela conduta comissiva ou omissiva delituosa”.

No caso de crimes sexuais, o Código Penal, em seus artigos 213 e seguintes, conceitua a vítima como alguém que foi constrangida, mediante algum tipo de violência ou grave ameaça, para ter conjunção carnal não consentida ou praticar/sofrer algum ato libidinoso, ou ainda nos casos do artigo 217-A aqueles em situação de vulnerabilidade e incapazes de consentir com um ato da vida sexual, podendo ser desde crianças/adolescentes até pessoas incapacitadas (BRASIL, 1940).

Nesse sentido, um conceito acessível de vítimas poderia ser lido como “os indivíduos, pessoas físicas ou jurídicas, detentoras de direitos e garantias fundamentais, sujeitos passivos do conflito penal, que sofrem prejuízos em seus bens jurídicos essenciais, por uma conduta comissiva ou omissiva prevista pela lei penal como delituosa” (BURKE, 2022, p. 29). De forma similar, para Barros (2008, p. 1), o “ofendido ou vítima é a pessoa – física ou jurídica – que suporta os danos decorrentes da infração penal; é o sujeito passivo da infração penal; também considerado sujeito passivo mediato, tendo em vista que o Estado é, sempre, o sujeito passivo genérico e imediato”.

Esta primeira parte de conceitualização torna-se necessária para que se possa distinguir o papel da vítima e da testemunha, já que conforme as disposições do processo penal brasileiro, em seus artigos 201 e 204 (BRASIL, 1941), a pessoa ofendida fornece uma declaração, algo que difere da testemunha e seu depoimento.

Pode-se inicialmente distinguir o espaço processual que as testemunhas ocupam, embora possa ser impreciso determinar exatamente qual é o papel da vítima dentro do processo criminal. Burke (2022, p.79) afirma que a ofendida é a principal interessada no prosseguimento e deslinde da ação, ainda que a atual legislação outorgue ao Estado a legitimidade para figurar como polo ativo da ação penal, mantendo às margens o interesse e direito da própria vítima. “No entanto, não se pode olvidar que a vítima é a titular primária do bem jurídico violado pela prática delituosa e é evidente a sua intenção de ver ‘compensado’, tanto quanto possível, o seu sofrimento” (SOUZA, 2013, p. 39).

Em relação a essa marginalização e instrumentalização da vítima enquanto meio de prova, cabe destacar que este papel secundário não ocorre somente na via judicial, visto que a ofendida não é a figura de maior relevância no âmbito político e jurídico (BURKE, 2022, p. 31). Dessa forma, quando se propõe a pensar quem ou o que é a vítima dentro do processo penal, observa-se que a qualidade de sujeito (quem) participativo não é conferida à vítima, tornando-se perceptível a objetificação da ofendida enquanto um instrumento probatório (o que).

Como já alerta há bastante tempo Andrade (2012), o sistema de justiça criminal perpetua desigualdades de gênero e controle social, algo latente ao se observar crimes sexuais em que todas as vítimas são menores de dezoito anos e mulheres. “Mais do que se preocupar com os sujeitos envolvidos”, o sistema penal “é constitutivo e reprodutor de assimetrias engendrando e alimentando estereótipos, preconceitos, discriminações e hierarquias, até porque suas normas e sua forma de execução foram estruturadas a partir de uma perspectiva masculina” (SOUZA, 2013, p. 52).

Destarte, ciente do papel da vítima dentro do processo criminal, objetiva-se o prosseguimento da última etapa proposta para o debate neste tópico: a revitimização. O processo de revitimização ou sobrevivitimização ocorre em três momentos distintos, sendo antes da fase processual/investigativa, no decorrer da instrução e julgamento do caso e no momento pós-processo.

A vitimização primária “é o fenômeno conhecido a olho nu por toda a sociedade e, por consequência, o de mais fácil compreensão, uma vez que decorre da prática imediata do ato ilícito praticado e previsto como infração penal” (BURKE, 2022, p. 94). Isto é, a vitimização primária, em suma, é o ser vítima de um ilícito penal (SOUZA, 2013) antes de todo e qualquer ato processual/investigatório ser considerado, ocorrendo antes da fase processual ou investigativa.

Todavia, como já repetidamente mencionado, a Lei nº 13.718 de 2018 alterou o tipo de ação designada aos crimes sexuais, retirando da vítima a autonomia de escolha em proceder ou não com a representação do delito perante o Judiciário, visto que, ao tomar conhecimento do fato, o Ministério Público possui o poder de prosseguir ou não com o processo para apurar a responsabilidade do agressor.

Nessas circunstâncias, ainda que a iniciativa não tenha partido da vítima de procurar assistência jurídica, estando ciente o Ministério Público do ilícito penal, há possibilidade de ser aberto o inquérito policial para apurar o fato. Retoma-se esta alteração legal em razão de que, com o afastamento da liberdade de decisão da ofendida, há que se considerar o dano imputado em desfavor de alguém que já foi vítima de um ilícito.

Em vista disso, propõe-se pensar essa retirada de autonomia como forma de revitimização, intrinsecamente às três etapas anteriormente mencionadas. Isso porque o próprio processo penal é danoso à vítima, à medida que, uma vez instaurada a investigação e iniciada a instrução processual, submete-se a vítima a diversas situações nas quais revive os acontecimentos a fim de fornecer detalhes e auxiliar no deslinde processual.

Entre alguns exemplos que podem ser citados, menciona-se a requisição da ofendida para proceder ao exame pericial, através do Instituto Médico Legal, o qual atenta-se na busca de evidências por meio de presença de esperma, ruptura do hímen e lesões corporais, entre outros (CRUZ, 2004, p.187), ou seja, na submissão física da vítima para que se produza provas do crime. Ainda, pode-se aludir que, ocorrendo a identificação do agressor, a vítima pode ser levada a realizar reconhecimento deste, igualmente no intuito de produzir provas para o andamento do processo penal.

No tocante à última menção, importante lembrar que tais procedimentos ligados ao reconhecimento costumam ser repetidos durante a investigação e instrução processual, o que significa a prática reiterada de reexposição da vítima em sucessivos atos de confirmação do seu status, isso sem contabilizar o caráter defasado desta ritualística processual quanto aos métodos científicos de reconhecimento de pessoas (MATIDA; CECCONELLO, 2021). Ademais, cabe lembrar que no ano de 2022 a legislação de abuso de autoridade foi atualizada, a fim de contar com a previsão jurídica do artigo 15-A (violência institucional), reconhecendo repetições e procedimentos invasivos como ato criminoso das autoridades públicas (BRASIL, 2022).

Nessa condição, caso a vítima escolha não participar voluntariamente, poderá o magistrado responsável deferir a condução coercitiva para prestar testemunho em juízo, conforme dispõe o artigo 218 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941). Logo, nessa fase investigatória e posteriormente de instrução processual, “[...] o ofendido é submetido novamente aos efeitos danosos causados pela conduta delituosa imediata ao fato penal, ou seja, mesmo após a ocorrência da vitimização primária” (BURKE, 2022, p. 95), fase a qual se denomina como vitimização secundária.

Para Beristain (2000, p.105), entende-se vitimização secundária (nominada também como sobrevivimização) (SOUZA, 2013) como “os sofrimentos que às vítimas, às testemunhas e majoritariamente aos sujeitos passivos de um delito lhes impõem as instituições mais ou menos diretamente encarregadas de fazer ‘justiça’: policiais, juízes, peritos [...]”. Dito isso, as atuações de inúmeros agentes contidos no sistema penal encontram-se potencialmente ativas para gerar a vitimização secundária.

Com base nisso se infere que “o Sistema de Justiça Criminal, em escala global, encarna uma instância de vitimização secundária (revitimização

ou segunda vitimização) das vítimas, afligindo-as, de maneira recorrente, com novos danos psicológicos e violações dos seus direitos” (FROTA, 2020, p. 318). Portanto, é salutar registrar que a atenção ora ofertada ao tema da revitimização abraça um olhar ao sistema penal realizado pelo pensamento criminológico crítico que inclui os danos sociais (LASSLETT, 2010) produzidos às vítimas como parte do seu escopo de estudos (desprendendo-se do conceito de crime para averiguação criminológica), ou seja, a amplitude do pensar sobre as vítimas não se circunscreve apenas às previsões jurídico-penais de quais bens jurídicos teriam sido atingidos ou da resposta jurisdicional, mas também a toda gama de aflições, prejuízos e danos de forma ampla gerados aos seres humanos e não humanos envolvidos pelos conflitos sociais.

Ademais, tal perspectiva é igualmente amparada pelo pensamento vitimológico, o qual detém inúmeros estudos focados em determinar aspectos ligados aos danos suportados pelas vítimas, nas mais variadas dimensões (físicos, econômicos, psíquicos, etc.), e que contribuem para os processos de recuperação e aprimoramento no atendimento social das pessoas ofendidas (KARMEN, 2016, p. 2).

Por fim, há que se mencionar a ocorrência da vitimização terciária, sendo o seu local de ocorrência “fora dos ambientes policiais, assistenciais ou judiciário, ou seja, acontece na própria comunidade e espaço no qual reside o ofendido do delito” (BURKE, 2022, p. 99). Isso é, “às vezes, emerge como resultado das vivências e dos processos de atribuição e rotulação, como consequência ou ‘valor acrescentado’ das vitimações primária e secundária precedentes” (BERISTAIN, 2000, p.105).

Ante o exposto é valioso mencionar que os processos de vitimização não se encerram com a conclusão do processo penal, haja vista que as consequências sobre a vítima do ato criminoso, da atuação dos órgãos de controle penal, ainda são sentidas pelas pessoas atingidas mesmo após a condenação ou absolvição do acusado. Posto isso, ao colocar as vítimas em posição subalterna na atenção do sistema penal, acaba-se por ignorar que os danos produzidos não se encontram exclusivamente no Estado, mas sim atingem seres humanos em níveis mais profundos do que as respostas normativas penais são capazes de atender.

3. APORTES TEÓRICOS INFANTO-JUVENIS E ANÁLISE DOS JULGAMENTOS

A violência institucional desencadeada pelas dinâmicas processuais de revitimização é um fator notável nos estudos de processo penal, ou seja, o processo em si é um meio e uma ferramenta para reatualizar a violência contra as próprias vítimas. Entretanto, conforme já mencionado anteriormente, todas as decisões analisadas no trabalho envolvem crianças e adolescentes,

sendo imprescindível abrir o debate em torno das proteções constitucionais ofertadas a tal público dentro do sistema penal.

A proteção constitucional integral de crianças e adolescentes ampara-se nos artigos 227 e seguintes da Constituição Federal de 1988, assegurando a proteção dos infantes e os deveres do Estado, da família e da sociedade em garantir-lhes o bem-estar. Ademais, desenvolveu-se no período democrático uma legislação específica para proteção de crianças e adolescentes, conhecida popularmente como ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), conforme a Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Esta última base normativa, notoriamente, se estabelece na função da prevenção, proteção e defesa infanto-juvenil, assegurando o gozo de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, além de direitos especiais, com foco na proteção do desenvolvimento físico, mental, moral, entre outros, das pessoas com menos de dezoito anos de idade.

O capítulo II do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe em sua redação que as crianças e os adolescentes têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição Federal e nas leis esparsas, assim como nos tratados internacionais (BRASIL, 1990). Por esta razão, pensando no papel social de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos (VERONESE; SANTOS, 2015), ocorreu a promoção de políticas de atendimento, que têm como linha de ação desde as políticas básicas até os serviços especiais de prevenção, identificação e proteção dos direitos e garantias de crianças e adolescentes (BRASIL, 1990).

Estas medidas de proteção são aplicáveis sempre que direitos reconhecidos são ameaçados ou violados, de acordo com o artigo 98, do ECA (BRASIL, 1990). Cita-se, em caráter de exemplo, a prática da oitiva de vítimas menores de idade em processos penais, denominada como Depoimento Sem Dano (DSD), visando assegurar a coleta de informações sem expor ou comprometer as vítimas e seu desenvolvimento.

O projeto Depoimento sem Dano foi adotado enquanto modelo por inúmeros estados brasileiros, passando a contar com a instalação de salas especiais nas comarcas, seguindo a recomendação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ nº33/2010) (ABDALLAH, FROELICH, 2017).

Em razão da fragilidade do tema, o Conselho Federal de Psicologia desenvolveu a Resolução CFP Nº 10/2010, determinando um regulamento para a escuta psicológica da criança ou adolescente envolvido em situação de violência, o qual foi revogado em 13 de março de 2020 pela Resolução CFP nº 02/2020 por determinação judicial da 1ª Vara da Justiça Federal do Ceará (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2020).

Simoni (2020, p. 54) explica que este tipo de depoimento especial se trata da oitiva especializada de crianças e adolescentes em processos penais de violência/abuso sexual, na qual realiza-se o depoimento do menor de idade

em sala separada dos demais, transmitindo-se a oitiva para as partes sem comprometer a saúde psíquica da criança ou adolescente. O depoimento é conduzido por profissionais como psicólogos ou assistentes sociais, fazendo a releitura das perguntas direcionadas à criança/adolescente de forma adequada para a sua faixa etária. Este tipo de procedimento é acompanhado em tempo real pelo juiz, Ministério Público, réu e advogado/defensor público.

Hohendorff e Sanson (2021, p.34), em pesquisa realizada com 10 psicólogos atuantes em seis estados brasileiros na prática de depoimento especial, concluíram que majoritariamente os profissionais entrevistados acreditam que a legislação desenvolvida para depoimento especial é útil e proveitosa, havendo ressalvas em relação à autonomia do profissional, visto que o mesmo é considerado na prática um “tradutor” do magistrado.

Medidas como estas são utilizadas para proteção física e psíquica das crianças e adolescentes dentro do processo penal, garantindo às partes seus direitos de defesa e contraditório, mas preservando a vítima para que não ocorram outros processos de revitimização. Entretanto, se para a realização da prática de DSD for necessária a condução coercitiva da vítima e seus familiares, a finalidade para a qual desenvolveu-se a técnica fica comprometida pela busca incessante e desenfreada por uma “justiça” que atropela as vítimas e privilegia a sentença condenatória.

Destaca-se a prática de DSD em razão de ser uma conquista importante para proteção de crianças e adolescentes na intervenção judicial em busca da obtenção de depoimentos. Contudo, toda e qualquer medida disponibilizada para proteção de crianças e adolescentes no decorrer do processo resta afetada quando se possibilita a condução coercitiva das vítimas, situações em que são levadas à força para prestar depoimento ou realizar outro ato importante ao processo.

Logo, valioso pontuar que além do contrassenso técnico, no tocante à oitiva de vítimas de violência, há o entendimento de que intervenções coercitivas contra crianças e adolescentes se contrapõem às concepções da Lei 13.431/17 (BRASIL, 2017), reeditando práticas de vitimização no Poder Judiciário:

[...] a lei visa impedir que criança/adolescente vítima/testemunha de um crime seja igualmente vítima do sistema legal (vitimização secundária ou revitimização), tanto que previu como uma das formas de violência a violência institucional, sendo esta entendida como a praticada por agente público no desempenho de função pública, em instituição de qualquer natureza, por meio de atos comissivos ou omissivos que prejudiquem o atendimento da vítima, inclusive quando gerar revitimização (art.4º, IV, da Lei nº 13.431/2017 e no art.5º do Decreto nº 9.603/2018) (CARVALHO, 2021, p. 294).

O debate que se busca estabelecer neste trabalho almeja ultrapassar a mera contestação dos instrumentos processuais, ainda que não se negue a importância das reflexões acerca da produção de provas para que haja decisões jurídicas fundamentadas. Se propõe aqui a ponderação centrada na proteção e segurança psíquica/física das vítimas enquanto prioridade nas escolhas que conduzem o processo penal, ainda que se comprometa, por vezes, a descoberta de novas evidências ou se alcance a condenação dos responsáveis.

Sendo assim, quando se debate a proteção de vítimas de crimes sexuais dentro do processo penal brasileiro, especialmente a preservação de menores de dezoito anos, deve haver absoluta prioridade protetiva por parte do Judiciário, Ministério Público e demais participantes. A existência da possibilidade de haver condução forçada de crianças e adolescentes já demonstra a fragilidade dos direitos que são dispostos a estes, visto que basta um despacho judicial para comprometer todas as proteções, medidas e rede protetiva estruturada no sistema jurídico da infância.

Após a realização destes destaques, no próximo segmento será averiguada cada uma das decisões coletadas, examinando detalhadamente a motivação/fundamentação que levou às prolações judiciais, quais os tipos de condução tratam a jurisprudência e o resultado destas.

3.1. Análise dos fundamentos jurisdicionais da condução coercitiva de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual

a pesquisa foi composta por seis decisões descritas detalhadamente no item dois, as quais serão pormenorizadas. Inicialmente serão descritos os três tópicos anteriormente mencionados, os quais são: motivação, tipo de condução e resultado da decisão judicial, para após ser testada a hipótese desenvolvida no tópico introdutório do trabalho.

A primeira e a segunda decisões alvo de análise são do Tribunal de Justiça do estado da Paraíba, as quais serão estudadas conjuntamente em razão de conterem a mesma argumentação aplicada em casos similares (amostragem por saturação). A motivação de ambas as decisões reside no indeferimento do pedido do Ministério Público ao juízo de primeira instância de condução coercitiva das infantes, sendo que o intuito era a realização de exame sexológico nas vítimas. Os recursos foram denegados, sob a argumentação de que não se justifica o sacrifício da vontade das menores de idade em detrimento da produção de provas processuais (BRASIL, 2019a; BRASIL, 2019b).

Chama-se atenção à argumentação utilizada pelos julgadores, tendo em vista que as vítimas possuem prioridade de proteção (nominada como absoluta no campo jurídico da infância) (COSTA, 2011) dentro do processo,

razão pela qual a argumentação de denegação do pedido do Ministério Público é construída a partir dos interesses das crianças/adolescentes enquanto vítimas e não somente sob fundamentações legais genéricas. Em síntese, os julgadores expõem sua decisão em favor da proteção integral da infância, priorizando as vítimas envolvidas em detrimento da produção probatória.

Não há como negar que a realização de um exame pericial seria uma ferramenta útil ao julgamento do caso criminal, contudo, tratando-se de vítimas crianças ou adolescentes, o procedimento pericial pode acarretar em mais danos físico-psíquicos. Ainda, deve-se considerar o corte de gênero dos crimes sexuais, de maneira que a submissão dessa espécie de exame em crianças/adolescentes acabaria por confirmar a chamada dupla violência do sistema penal e, por conseguinte, reeditando ações misóginas contra pessoas vulnerabilizadas (CASSOL; SILVA; DINARTE, 2018, p. 812).

No terceiro julgado, o qual se trata de um Habeas Corpus, não consta a motivação para o deferimento da condução coercitiva da vítima, concentrando-se a análise do recurso nos argumentos da decretação de prisão dos acusados. Consta no julgado que o tipo de condução era para fins de levar a vítima menor de idade ao distrito policial, portanto, para prestar depoimento. O resultado do recurso foi parcial procedente para conceder a liberdade a dois indivíduos, constando na fundamentação que o juiz da instrução autorizou a condução coercitiva da vítima (BRASIL, 2019c).

Não há muitos detalhes em relação à condução da vítima, entretanto, nota-se que a mesma é surda-muda, não tendo sido seu depoimento colhido por um intérprete/tradutor guarani ou outro profissional devidamente habilitado. Nesta situação, fica evidente a despreocupação do sistema com as peculiaridades da vítima (não há alusão de um atendimento especializado a pessoas com deficiência ou de proposta de atendimento intercultural) (PRISCO et al., 2018), haja vista que não foram ofertadas desde a sede da delegacia as condições necessárias para a oitiva da mesma, não sendo observada qualquer menção a mecanismos de proteção ou garantias ofertadas à criança.

Sequer foi realizada a oitiva da criança de forma correta, promovendo a marginalização da vítima no processo em que se buscou discutir o crime onde ela mesma foi prejudicada, sem ao menos ofertar as condições mínimas de manifestação, assim como deixou-se de considerar seus direitos humanos e constitucionais.

O quarto recurso apreciado foi uma apelação criminal em que houve requisição de condução coercitiva da vítima por parte do Ministério Público, deferida pelo magistrado e não realizada pelo corpo policial em razão da greve que a própria corporação realizou. Posteriormente, tal ordem não restou cumprida em razão da vítima não estar no local indicado. A condução

possuía como finalidade o depoimento da vítima em juízo, o qual foi deferido pelo juiz responsável pela condução do processo, restando o réu absolvido em sede de apelação (BRASIL, 2020).

Cumpra destacar de início que a única razão pela qual a criança/adolescente não restou levada coercitivamente pelo corpo policial foi em razão de greve da corporação e de sua ausência na residência no momento da tentativa de condução coercitiva. Isto é, os motivos pelos quais esta violação de direitos da vítima não foi concretizada decorrem de fatores alheios à vontade dos atores jurídicos do processo.

A concentração da argumentação presente na decisão ora analisada foca no réu do processo penal, desconsiderando a vítima e seus traumas, priorizando a busca pelo culpado do delito e utilizando a menor de dezoito anos enquanto meio para tal realização. Confirma-se dessa forma a inflexão de outras pesquisas no campo da criminalidade sexual, em que se evidenciou que mulheres são reduzidas à condição de objetos probatórios no processo penal, sendo revitimizadas em verdadeiras cerimônias degradantes (GUIMARÃES, 2020, p. 105), o que nesta situação se estende a crianças ou adolescentes identificadas como mulheres.

Em relação ao quinto recurso, o qual diz respeito a uma apelação cível, destaca-se que a vítima e sua família foram regularmente intimadas para comparecer à entrevista com uma psicóloga, motivo pelo qual o juízo de primeiro grau deferiu a condução coercitiva. Frisa-se que a ordem de condução não foi limitada somente à vítima, alcançando seus genitores também (BRASIL, 2021a).

Nesta manifestação é notável que a infante e seus pais são, novamente, utilizados enquanto ferramenta de produção de provas, uma vez que estes demonstraram seu desinteresse em colaborar com o desenvolvimento do conjunto probatório, por meio de seu não comparecimento às outras entrevistas agendadas. Assim, ignora-se a vontade expressa da criança/adolescente e seus familiares, priorizando-se a produção de provas para prosseguimento da instrução criminal.

A última manifestação jurisdicional apreciada trata-se de uma apelação criminal em que se discute duas nulidades relacionadas à condução coercitiva das vítimas. O debate inicia com o questionamento de possível nulidade processual pela mera condução coercitiva das vítimas para prestar depoimento, na qual os desembargadores entendem não haver distinção na norma que permite a condução coercitiva das vítimas apenas em razão destas serem menores de idade. Ademais, afirmam que não há violação de direitos em virtude de que o direito ao silêncio é apenas um benefício concedido ao acusado (BRASIL, 2021b).

Por conseguinte, a segunda nulidade debatida diz respeito à oitiva das vítimas pelo próprio juiz, sem a prática de Depoimento Sem Dano. De acordo com a argumentação examinada, os julgadores entenderam não haver

comprovação do prejuízo às infantes, visto que a magistrada responsável e o promotor que conduziram o caso foram “cuidadosos” e “objetivos” (BRASIL, 2021b).

A argumentação utilizada pelo tribunal necessita de atenção, dado que destoam das demais fundamentações encontradas. Verifica-se inicialmente que a vítima é equiparada à figura da testemunha, incidindo na mesma fundamentação legal, razão pela qual seria possível deferir sua condução coercitiva. Ignoram-se elementos forçosos à interpretação da demanda, como a proteção integral, a prioridade absoluta, os direitos da criança e do adolescente, ou mesmo as novas regulações da lei de abuso de autoridade que visam impedir práticas de revitimização.

Em um segundo momento, nota-se que o argumento de que não há distinção entre vítimas menores de dezoito anos e as demais limita-se a uma interpretação rasa do próprio texto legal pelo qual se busca basear tal ideia. Isto porque o artigo 201, §1º, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) dispõe genericamente sobre a possibilidade de a testemunha ser conduzida à força caso, devidamente intimada, não comparecer à audiência sem justificar.

O processo penal resguarda outros direitos além dos previstos no Código de Processo Penal, como por exemplo as garantias constitucionais e de direitos humanos estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente. Logo, cumprindo-se uma norma processual penal (em uma visão apartada do campo jurídico, como uma espécie de ente isolado), afeta-se todas as medidas de prevenção-proteção desenvolvidas ao longo dos anos para garantia dos direitos de crianças e adolescentes.

Ademais, a alegação de que o direito ao silêncio é somente uma benesse do acusado demonstra a forma objetificada pela qual as vítimas são vistas dentro do processo penal (GUIMARÃES, 2020), não se garantindo os direitos constitucionais de crianças e adolescentes ou nem mesmo considerando-os como partes dignas de terem direitos. Logo, se os direitos assegurados ao acusado sequer podem ser aplicados à vítima, questiona-se quais direitos seriam então passíveis de serem ofertados às crianças e adolescentes, especialmente as meninas/mulheres, uma vez que estas sequer compõem os polos na disputa judicial que se analisa.

Valioso trazer que a argumentação do Tribunal, de que crianças e adolescentes não teriam direito ao silêncio mesmo quando vítimas de violência, é refutada também por Carvalho (2021, p. 303), com base na combinação de dispositivos legais, em especial os artigos 4º, IV, e 5º da Lei 13.431/17 (BRASIL, 2017), a Constituição e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Com base em uma visão sistemática do ordenamento o autor alude a oposição expressa contida nos artigos da Lei 13.431/17, os quais deixam claro que tal direito pertenceria a crianças/adolescentes vítimas de

violência, bem como alega o caráter forçoso, ante as novas previsões legais, da releitura das regras do processual penal para devida proteção da infância e respeito aos seus direitos humanos.

Por fim, nota-se com preocupação que não ocorreu a oitiva das vítimas pelo Depoimento Sem Dano, concluindo os julgadores pela inexistência de dano em razão de que a magistrada responsável pelo julgamento, em conjunto com o Ministério Público, realizou perguntas diretamente às vítimas de forma “objetiva e cuidadosa”. Além de ignorar as diretrizes técnicas do instituto, há que se enfatizar que a violação é abalizada por Corte superior, ou seja, a arrogância jurisdicional não recebe repreensão, nem mesmo quando se traduz em uma violência institucional contra infância.

Notável ainda que a legislação nacional atual possui mecanismos e medidas que visam proteger pessoas em desenvolvimento, entretanto, em dois casos analisados os direitos e garantias das crianças e adolescentes foram desconsiderados pelos representantes do sistema penal. Desta forma, ainda que haja medidas preventivas-protetivas às vítimas com menos de dezoito anos, estas acabam sendo ignoradas, da mesma forma que os direitos das crianças e dos adolescentes previstos constitucionalmente e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Dito isso, ao que tudo indica, conforme os julgados apreciados, demonstra-se que os tribunais de justiça vêm adotando entendimentos diferentes em relação à condução coercitiva de vítimas de crimes sexuais, em especial quando estas são crianças e adolescentes. Constatou-se também a confusão gerada pelos julgadores entre o papel da vítima e de testemunhas na instrução criminal, as quais são sincrônicas em determinadas situações e antônimas em outras.

Perceptível que parte do processo de revitimização inicia-se com a denúncia em sede policial, porém, a possibilidade de levar uma criança/adolescente à força prestar depoimento ou realizar exame pericial evidencia que o processo penal por si próprio gera novas formas de revitimização, diminuindo a vítima a uma posição de objeto manipulável e utilizável quando necessário.

Nos casos observados, o Ministério Público requereu a condução forçada de crianças/adolescentes a realizarem exames sexológicos para produção de provas, ignorando os traumas físicos e psíquicos já existentes, bem como qualquer direito que as legislações vigentes ofertem a estas. Cabível citar que essa postura também contrasta com as próprias normativas internas da instituição sobre a forma de tratamento de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência (CARVALHO, 2021, p. 305). Não há, portanto, como corroborar com decisões que descartem as vítimas e gerem novos mecanismos de controle, punição e traumas em pessoas em condição peculiar de desenvolvimento que já sofreram os estragos causados por crimes sexuais.

A forma pela qual operacionaliza-se novos mecanismos de revitimização encontra-se, igualmente, na incompreensão das ligações contidas nas bases normativas. Isso resta evidente em uma leitura pobre do processo penal (que não abrange a constitucionalidade), a qual permite que as benesses da Lei 13.431 de 2017 (Depoimento Sem Dano) (BRASIL, 2017) e da Lei 13.718 de 2018 (BRASIL, 2018) sejam perdidas na incongruência de pleitear a condução forçada para ouvir uma vítima com menor incidência de danos. Logo, a hipocrisia gerada pelo viés punitivo sepulta a prioridade absoluta direcionada a crianças e adolescentes pelo texto constitucional e estatutário, bem como torna inócuos os mecanismos agregados como o Depoimento Sem Dano.

Conclui-se que é lamentável a exigência de novos ajustes legislativos para que se fundamentem decisões que deveriam já respeitar os direitos humanos e fundamentais ofertados a crianças e adolescentes.

A escusa de necessidade de projetos de leis e afins para que se aplique a legislação já existente, bem como se realize um processo criminal acusatório, conforme as regras do jogo, e capaz de zelar pela vítima, permite que hoje, ainda, o processo penal seja uma ferramenta de revitimização. Torna-se urgente a compreensão dentro do próprio processo penal de quem são as vítimas, bem como a contenção das práticas abusivas realizadas por agentes estatais, sejam eles delegados, promotores ou juízes, contra os interesses da infância.

Por fim, pode-se arguir que os aperfeiçoamentos na legislação para prevenção-proteção de crianças e adolescentes não alcançam sua finalidade e geram novos fenômenos de revitimização por serem desconsideradas as bases constitucionais e estatutárias da infância pelos julgadores, bem como pela realização de leitura de inclinação punitiva que parece desconhecer as vítimas dos crimes sexuais e suas peculiaridades (com ênfase ao gênero delas). Posto isso, enquanto a proteção de crianças e adolescentes em processos tão delicados como o de crimes sexuais não alterar a leitura do processo penal, as formas de revitimização apenas serão transformadas, mas nunca encerradas.

CONCLUSÃO

Este trabalho buscou ampliar o debate acerca da condução coercitiva de vítimas de crimes sexuais, atentando-se às mudanças legislativas decorrentes da Lei nº 13.718 de 2018. Objetivou-se analisar se o sistema penal executa mecanismos de proteção às vítimas infanto-juvenis de crimes sexuais, atentando-se ao processo de revitimização após a modificação legal, e de que forma esses mecanismos são postos em prática no processo penal. Delimitou-se a investigação nos sites dos tribunais do país de processos em que há menção à condução coercitiva em crimes sexuais, do período

de 01 de janeiro de 2019 até 01 de janeiro de 2022, resultando na análise de seis julgados.

A pesquisa partiu da hipótese de existência de violência institucional e do desenvolvimento de processos de revitimização, visando verificar se há conjuntamente algum tipo de proteção jurídica às vítimas crianças e adolescentes. Para tanto, o problema que moveu a pesquisa foi: de que forma a condução coercitiva de vítimas de crimes sexuais, menores de dezoito anos, operacionalizada na nova forma da ação penal vem gerando processos de revitimização?

Com fulcro na análise dos julgados em estudo, foi possível evidenciar que a condução coercitiva desencadeia processos de revitimização por meio da redução da vítima ao papel de objeto de prova, não levando em conta seus direitos constitucionais e os danos físicos/psíquicos causados pela condução forçada de crianças e adolescentes.

A escusa nas alegações de ausência de previsão legislativa que proíba a condução coercitiva de crianças ou adolescentes demonstra que o próprio sistema penal e seus atores ignoram propositalmente as demais legislações que preveem proteção infanto-adolescente, restrição ao abuso de autoridade institucional, apoiando-se em uma leitura segmentada do Direito para desenvolver novos meios de revitimização. Isto porque a criação de outras legislações para sanar “brechas” apenas desencadearia novos debates acerca de possibilidades e, conseqüentemente, interpretações que demandariam outros complementos legislativos, prolongando indeterminadamente a discussão e não trazendo nenhum resultado efetivo-imediato para proteção da infância.

Torna-se urgente a compreensão dentro do próprio processo penal de quem são as vítimas, diferenciando-as das testemunhas e garantindo-lhes seus direitos previstos constitucionalmente, bem como a prevenção de práticas abusivas realizadas pelos atores do sistema penal. Posto isso, enquanto a proteção de crianças e adolescentes em processos tão sensíveis, como o de crimes sexuais, não alterar a leitura do próprio processo penal acerca do papel da vítima no processo, as formas de revitimização serão atualizadas ou operacionalizadas por outros mecanismos, mas não serão finalizadas. Enquanto a mentalidade punitiva orientar as práticas dos atores jurídicos que devem garantir a proteção integral da infância, crianças e adolescentes continuarão a ser tratados, conforme ocorria no período menorista, como meros objetos, e nunca alcançarão a condição real de sujeitos.

REFERÊNCIAS

ABDALLAH, Zeny Noujain Leite; FROELICH, Helena Lúcia. O profissional psicólogo na fase processual do depoimento sem dano. *Revista Brasileira de Psicologia*, v. 4, n. 01, p. 52-61, 2017.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: O controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BARROS, Antonio Milton de. O papel da vítima no Processo Penal. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, v. 1, n. 1, 2008.

BERISTAIN, Antonio. *Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia*. Tradução de Cândido Furtado Maia Neto. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo, 2000.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 05 set. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017*. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm. Acesso em: 30 mai. 2023.

BRASIL. *Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018*. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm. Acesso em: 30 mai. 2023.

BRASIL. *Lei nº 14.321, de 31 de março de 2022*. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Lei/L14321.htm. Acesso em 27 mai. 2023.

BRASIL. SENASP. *Pesquisa nacional de vitimização*. 2013. Disponível em: https://www.prattein.com.br/home/images/stories/230813/Justica_Seguranca/Pesquisa_vitimizacao-Sumario.pdf. Acesso em: 11 maio de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. *Apelação Criminal nº 0000215-36.2018.8.05.0258*. Salvador. Disponível em: <https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/e2b7fa39-c993-3f44-803d-96a54fcc3abf>. Acesso em 10 maio 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. *Correição Parcial nº 001103-24.2018.815.0000*. João Pessoa. Disponível em: <https://app.tjpb.jus.br/consultaprocessual2/views/consultarPorProcesso.jsf>. Acesso em: 12 maio 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. *Correição Parcial nº 001683-54.2018.815.0000*. João Pessoa. Disponível em: <https://app.tjpb.jus.br/consultaprocessual2/views/consultarPorProcesso.jsf>. Acesso em: 11 maio 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível nº 0008943-63.2018.8.26.0361*. São Paulo. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14867107&cdForo=0>. Acesso em: 11 maio 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus Criminal nº. 2210617-40.2019.8.26.0000*. São Paulo. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13063235&cdForo=0>. Acesso em 12 maio 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. *Apelação Criminal nº 0133343-72.2008.8.06.0001*. Fortaleza. Disponível em: <https://esaj.tjce.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3329609&cdForo=0>. Acesso em 10 maio 2022.

BURKE, Anderson. *Vitimologia: Manual da Vítima Penal*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. A impossibilidade da condução coercitiva de criança e adolescente, vítima ou testemunha de violência, no Processo Penal brasileiro. *Revista do CNMP*, n. 9, p. 291-320, 2021.

CASSOL, Paula Dürks; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da; DINARTE, Priscila Valduga. “A vida mera das obscuras”: sobre a vitimização e a criminalização da mulher. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, p. 810-831, 2018.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Revogada a Resolução CFP nº 10/2010*. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/revogada-a-resolucao-cfp-no-10-2010/>. Acesso em 11 abril 2023.

COSTA, Ana Paula Motta. *A perspectiva constitucional brasileira da proteção integral de crianças e adolescentes e o posicionamento do supremo tribunal federal*. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no supremo tribunal federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CRUZ, Rúbia Abs da. A prova material nos crimes sexuais. *Revista do Ministério Público*. n. 53. Porto Alegre: AMPRGS, p. 185-203, 2004.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5>. Acesso em: 13 outubro 2022.

FROTA, Hidemberg Alves da. A vitimização secundária pela justiça criminal: os casos RV Wagar e Bárbara. *Revista de Doutrina Jurídica*, v. 111, n. 2, p. 317-334, 2020.

GUIMARÃES, Sandra Suely Moreira Lurine. A justiça restaurativa como possibilidade de judicialização dos casos de estupro contra mulheres? *Revista de Gênero, Sexualidade e Direito*, v. 6, n. 1, p. 101-116, 2020.

KARMEN, Andrew. *Crime victims: an introduction to victimology*. 9 ed. Boston, MA: Cengage Learning, 2016.

LASSLETT, Kristian. *Crime or social harm? A dialectical perspective*. *Crime, Law and Social Change*, v. 54, n. 1, p. 1 – 19, 2010.

LIMA, Renata Mantovani de; POLI, Leonardo Macedo; José, Fernanda São. A evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente: da insignificância jurídica e social ao reconhecimento de direitos e garantias fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 313-329, maio/ago. 2017.

MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William W. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 7, n. 1, p. 409-440, jan./abr. 2021.

MENDES, Soraia da Rosa. *Processo Penal Feminista*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MPF. Ministério Público Federal. *Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder*. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/pfdc/temas/legislacao/internacional/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder> Acesso em 20 de maio de 2023.

NASCIMENTO, André. *Depoimento sem dano: considerações jurídico-processuais*. LMT Escuta de Crianças e de Adolescentes: reflexões, sentidos e práticas, Rio de Janeiro, p. 11-30, 2012.

PRISCO, Lina Marcela Betancur; RESTREPO, Mariana Vásquez; RODRÍGUEZ, Víctor Hugo Betancur; PULGARÍN, José Julián Herrera. Estrategias de comunicación intercultural para la implementación de la Ley de Víctimas con comunidades indígenas: el caso de la comunidad Emberá Katío Choromandó de Dabeiba (Antioquia). *Anagramas-Rumbos y sentidos de la comunicación*, v. 16, n. 32, p. 129-146, 2018.

SIMONI, Vanessa Oliveira Silva. Oitiva de Crianças, Há mesmo Depoimento sem Danos? Uma discussão acerca dos aspectos psicológicos do Depoimento Especial. *Revista Científica Pro Homine*, v. 2, n. 1, p. 53-69, 19 fev. 2020.

SOUZA, Luanna Tomaz de. *Vitimologia e gênero no processo penal brasileiro*. Cadernos de gênero e tecnologia, v. 7, n. 27/28, p. 38-64, 2013.

SANSON, Janaina Alessandra da Silva; HOHENDORFF, Jean Von. *Depoimento Especial a partir de Opiniões de Psicólogos Brasileiros Atuantes nessa Prática*. Psico-USF, v. 26, p. 27-39, jan. 2021.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SANTOS, Danielle Maria Espezim dos. Responsabilização estatutária e os avanços do penalismo. *Revista Jurídica da Presidência Brasília*, v. 17, n. 112, Jun./Set., p. 393-412. 2015.

RECEBIDO EM: 06/12/2022

APROVADO EM: 28/08/2023

LIBERDADE ECONÔMICA E VALORIZAÇÃO DO TRABALHO: ENTRE O PARADIGMA DA FLEXIBILIZAÇÃO E OS DITAMES DA JUSTIÇA SOCIAL

*ECONOMIC FREEDOM AND VALUATION
OF WORK: BETWEEN THE PARADIGM OF
FLEXIBILITY AND THE DICTUMS OF SOCIAL
JUSTICE*

Fernanda Furlaneto¹

Vicente Bagnoli²

Palloma Parola Del Boni Ramos³

- 1 Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Mestra em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Procuradora do Trabalho do Ministério Público do Trabalho. Coordenadora regional de Promoção da Regularidade do Trabalho na Administração Pública (Conap) na Procuradoria do Trabalho da 16ª Região.
- 2 Professor do Programa de Pós-graduação em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Diretor para o Brasil da *Academic Society for Competition Law* – ASCOLA. Advogado.
- 3 Mestranda em Direito Político e Econômico no Instituto Presbiteriano Mackenzie. Especialista em Direitos Constitucional e Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigae*/ Centro de Direitos Humanos – Coimbra/Portugal, especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Formação em extensão I4.0x: *Industry 4.0: How to Revolutionize your Business pela The Hong Kong Polytechnic University*. Defensora na Vigésima Terceira Turma do Tribunal de Ética da OAB-SP. Advogada.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A relação entre mercado e trabalho: limites ao poder econômico. 2. A livre iniciativa na Constituição Federal de 1988. 3. Flexibilizações jurídicas em matéria de trabalho. 4. A valorização do trabalho como forma de desenvolvimento nacional. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente artigo propõe debater a relação entre liberdade econômica e trabalho. É possível preservar a ordem econômica flexibilizando a valoração do trabalho humano para o desenvolvimento nacional? De um lado, a necessidade da atuação do Estado na limitação de eventuais abusos do poder econômico, com a regulação de normas de proteção em matéria trabalhista e a valoração do trabalho humano. De outro lado, a partir de análises com ênfase ao direito econômico do trabalho e comparado, verificou-se que, o Brasil migrou para flexibilizações, assim como outros países participantes da Organização Internacional do Trabalho. As flexibilizações, de certo modo, contribuíram para o surgimento de uma classe precarizada, a persistência do desemprego e a intensificação das desigualdades sociais. Assim, pelo método hipotético dedutivo a partir de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, o propósito deste artigo não é apresentar respostas definitivas, mas sim demonstrar que a iniciativa privada e o emprego estão relacionados em uma economia, de forma que o equilíbrio entre eles seja possível com o valor do trabalho humano e a efetiva intervenção do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade Econômica. Trabalho. Equilíbrio. Flexibilizações. Desenvolvimento Social.

ABSTRACT: The present article proposes to discuss the relationship between economic freedom and labor. Is it possible to preserve the economic order by relaxing the valuation of human labor for national level Labor Organization. The flexibilities, in a way, contributed to the emergence of a precarious class, the persistence of unemployment and the intensification of social inequalities. Thus, through the hypothetical deductive method based on bibliographical and jurisprudential research, the purpose of this article is not to present definitive answers, but to demonstrate that private initiative and employment are related in an economy, so that a balance between them is possible with the value of human labor and the effective intervention of the State.

KEYWORDS: Economic Freedom. Labor. Equilibrium. Flexibilization. Social Development.

INTRODUÇÃO

Os princípios da República devem sustentar as relações entre os indivíduos de forma que a sociedade seja organizada a partir dessa premissa. Nesse contexto, é importante a decisão constitucional de considerar os valores sociais da livre iniciativa e do trabalho para indicar a necessidade de convivência harmônica dos interesses em questão.

O mercado oferece um ambiente sadio, possibilitando o trabalho em condições adequadas e respeitadas, além de favorecer a socialização humana e a circulação de riquezas, por meio do consumo equilibrado das famílias. A história, contudo, mostra a necessidade de um intermediário entre capital e trabalho, estimulando a disponibilidade de um emprego digno e inibindo os eventuais abusos de poder econômico.

O Brasil, seguindo a tendência internacional, autorizou diversas flexibilizações nas leis trabalhistas visando aumentar a oferta de empregos e solucionar o problema econômico. No entanto, essa expectativa não foi satisfeita e, ao oposto, as relações de trabalho foram fragilizadas em determinados aspectos, tornando o vínculo empregatício mais tênue, diminuindo direitos, enfraquecendo sindicatos. Autorizou-se, por exemplo, a negociação direta com o trabalhador de temas que repercutem diretamente em sua vida social, familiar e econômica, como compensação de jornada.

Assim, o trabalho remunerado e produtivo disponibiliza segurança econômica para as pessoas, além de viabilizar a elevação de suas autoestimas, dignificando suas existências. De outro lado, o desemprego e a falta de renda constituem fatores que restringem a convivência social e familiar por diversos motivos, inclusive o econômico.

Daí, surge a necessidade de um Estado soberano, politicamente forte e vigilante na qualidade dos postos de trabalho disponibilizados a seus cidadãos, para fomentar a empregabilidade sadia e reprimir todos os abusos, dando ao desenvolvimento nacional o atributo indispensável da valorização do trabalho humano.

1. A RELAÇÃO ENTRE MERCADO E TRABALHO: LIMITES AO PODER ECONÔMICO

Pode-se conceituar mercado como o ambiente onde indivíduos e entidades com bens e serviços disponíveis se encontram para realizar suas transações e suprir suas necessidades. A função do mercado é a determinação de preços, que, por seu turno, é o principal direcionamento para agentes econômicos na tomada de decisões acerca do consumo e produção. O mercado estabelece os preços, que, por consequência, são o principal indicativo para agentes econômicos tomarem decisões quanto ao consumo e à produção.

De acordo com a encíclica *Caritas In Veritate*, o mercado está sujeito aos princípios da justiça comutativa, que regula as trocas de bens ou serviços entre sujeitos iguais⁴. No entanto, atribui uma interpretação baseada na distribuição social, que seria relevante para a economia de mercado como forma de diminuir as desigualdades. (BENEDETTO VI, 2017, p. 15).

No entanto, a construção teórica de Bagnoli (2009, p.28) sobre a relação de Poder entre os indivíduos, revela as perspectivas de uma análise social que se limita àqueles que detêm os meios de produção:

[...] Seja qual for a forma de o poder se manifestar, trata-se de uma relação assimétrica, cuja consequência é uma subordinação. Quem tem o poder, exerce, convence, manda; quem não possui poder subordina-se, é convencido, obedece. Por sua característica o poder é algo que seduz, atrai, envolve, engrandece, mas também segue, corrompe, ultrapassa limites éticos e morais.

Caso o poder manifestado não atinja o resultado e deixe de ser cumprido, significa não tem força, não subordina mais, deixou de ser poder.

O poder econômico é a manifestação do poder condicionado ao fator econômico que subordina quem não detém o elemento econômico. [...]

Com base em tais premissas, a atividade econômica, que consiste na organização de fatores produtivos, pode ser norteadada pela busca de eficiência com a otimização de recursos financeiros de modo a concretizar o maior resultado possível, ou seja, a maximização dos lucros, inclusive de modo predatório quando da ausência do Estado ou de um mercado imperfeitamente competitivo.

Assim, pelo fato de dispor dos fatores de produção disponíveis e sendo o trabalho um dos principais vetores para produção de riquezas, a subordinação decorrente da relação de poder econômico entre os indivíduos, pode resultar em abusos que demandam por vezes intervenção estatal para um reequilíbrio entre o mercado e o trabalho. Diante dessas reflexões, é possível chegar à conclusão de que mercado e trabalho não deveriam ser antagonicos, pois fazem parte da mesma economia e precisam conviver em equilíbrio, o que, às vezes, é possível com auxílio estatal.

4 Original: Il mercato è soggetto ai principi della cosiddetta giustizia comutativa, che regola appunto i rapporti del dare e del ricevere tra soggetti paritetici. Ma la dottrina sociale della Chiesa non ha mai smesso di porre in evidenza l'importanza della giustizia distributiva e della giustizia sociale per la stessa economia di mercato, non solo perché inserita nelle maglie di un contesto sociale e politico più vasto, ma anche per la trama delle relazioni relazioni in cui si realizza. Tradução nossa: O mercado está sujeito aos princípios da chamada justiça comutativa, que regula precisamente as relações de dar e receber entre sujeitos iguais. Mas a doutrina social da Igreja nunca deixou de enfatizar a importância da justiça distributiva e da justiça social para a própria economia de mercado, não apenas porque está embutida nas malhas de um contexto social e político mais amplo, mas também por causa da teia de relações em que ela ocorre.

Os efeitos da regulamentação trabalhista como uma forma de limitação ao poder econômico, são bastante controversos. Para Pinheiro, Maristrello e Sampaio (2020, p.21-22), a regulamentação, visando proteger os trabalhadores de exploração, garante direitos fundamentais nas relações entre os trabalhadores e os empregadores. A regulamentação pode ser útil para a economia, pois ajuda a equilibrar os descompassos do mercado. Por outro lado, contudo, há o argumento de que regras exageradas prejudicam o bom funcionamento do mercado de trabalho, gerando consequências indesejadas que vão na direção inversa àquela imaginada pelo regulador. Isto é consequência de empresas e trabalhadores serem agentes econômicos que consideram as limitações da regulação ao tomarem suas decisões.

A construção de um direito do trabalho sustentável no Brasil, requer uma reflexão aprofundada para que sua defesa esteja em consonância com as políticas de desenvolvimento. A Constituição Federal elegeu o trabalho como um dos princípios da ordem econômica, de forma que a sua tutela tem por finalidade, inicialmente, preservar os direitos dos trabalhadores em consonância com a criação de uma estrutura nacional que possibilite o desenvolvimento econômico, assim como os demais princípios previstos no artigo 170 da Constituição Federal, tais como defesa do consumidor, defesa do meio ambiente e a livre concorrência.

Nas relações econômicas, o trabalho compreende parte substancial de uma cadeia de produção, mas o ambiente de produção econômica também se preocupa com os princípios constitucionais da ordem econômica, tais como a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa, a soberania nacional (vale dizer, os direitos econômicos e sociais internos), a proteção do meio ambiente, a garantia do direito de propriedade e dos meios de produção e o desenvolvimento econômico equilibrado das regiões nacionais.

Esses princípios apresentam valores sociais para auxiliar na consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, tais como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como o contribuir para o desenvolvimento nacional.

2. A LIVRE INICIATIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

No exercício de sua soberania, o Estado brasileiro estabeleceu sua estrutura orgânica e política na Constituição de 1988, optando em ombrear elementos histórica e equivocadamente tidos como conflitantes, o capital e o trabalho, de modo a deixar clara a necessidade do convívio respeitoso e harmônico dos interesses comuns, para condicionar e eleger quais iniciativas são do interesse da sociedade brasileira, bem como de fornecer vetores a orientar todos e todas no exercício de suas liberdades. Em síntese, o

constituente deixou claro que o povo brasileiro não renuncia à liberdade e à justiça social na construção do Estado pactuado em 1988.

A expressão “livre iniciativa” é encontrada no Texto Constitucional em dois momentos, no art. 1º, IV e no *caput* do art. 170. Em sua primeira aparição, os valores sociais da livre iniciativa e do trabalho fundamentam a República e o Estado Democrático de Direito. Nos ensinamentos de Paulo Bonavides (2010, p. 12), o Estado Democrático de Direito somente será “republicano, democrático e social se for do mesmo passo Estado de justiça que congregue nas instituições, no governo e na cidadania os direitos fundamentais pertinentes à liberdade, à igualdade e à fraternidade.

Ao eleger os fundamentos da República, o legislador não restringiu a livre-iniciativa à sua vertente econômica, mas primeiramente consagrou a liberdade, um dos fundamentos da República: a liberdade de criar, de ajudar, de se importar, de produzir, de pensar, de ensinar, enfim, o valor social de todas as espécies de iniciativas lícitas, inclusive as de natureza econômicas, fundamentam a República brasileira e devem ser exercidas em harmonia com os valores sociais do trabalho. (BONAVIDES, 2010, p. 120).

Quanto aos valores sociais do trabalho, estes são encontrados “na sua função de criar riquezas, de prover a sociedade de bens e serviços e, enquanto atividade social, fornecer à pessoa humana bases de sua autonomia e condições de vida digna” (SILVA, 2007, p. 39). Além disso, o trabalho é fonte de autoestima e dignidade, enquanto integra a pessoa humana em círculos sociais, fomenta sentimentos de pertencimento e utilidade ao corpo coletivo.

O fundamento foi extraído da arquitetura e significa aquilo que dá a algo sua existência ou sua razão de existir, logo a República Federativa do Brasil e seu Estado Democrático de Direito deixariam de existir caso suas bases cedessem e fossem autorizadas iniciativas que não atentassem para a necessidade de contrapartida justa, adequada e segura para o trabalho conforme leciona Ana Paula Barcelos e Luis Roberto Barroso:

[...] A técnica legislativa demonstra a importância conferida pelo constituinte à inter-relação dos dois valores. Nesse sentido, compreende-se que a Constituição garante a liberdade de iniciativa como uma forma de valorizar o trabalho humano, permitindo seu livre desenvolvimento, por sua vez, aquela liberdade só é exercida legitimamente se der ao trabalho seu devido valor. (BARCELOS; BARROSO, 2018, p. 137).

De outro lado, não foram eleitos como base da República a livre iniciativa ou o trabalho, mas os valores sociais de ambos. Isso significa que os interesses do trabalho e da liberdade de iniciativa tiveram tratamento coletivo que exige o enfoque no impacto de suas ações na sociedade, no quanto expressam de “socialmente valioso” (GRAU; CANOTILHO, et al.,

2018). Assim, conforme lição de Ana Paula Barcelos e Luis Roberto Barroso, não há como deixar de associar “valores sociais” da noção de “função social”:

[...] Impossível, portanto, não associar a “valores sociais” a noção de “função social” da maior relevância para a Constituição de 1988: o direito, mesmo em sua vertente subjetiva, é instituído para possibilitar e regular a coexistência minimamente pacífica dos indivíduos, sendo uma decorrência necessária da vida em sociedade. Por isso, exige-se que seu exercício, mesmo que se cuide de direito minimamente privado, atenda a uma finalidade social, gerando benefícios não apenas para o seu titular, mas também para toda a coletividade. [...] (BARCELOS; BARROSO, 2018, p.164).

Assim, percebe-se que os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa são vetores para o bem-estar social.

Em sua segunda aparição, o constituinte novamente equipara a livre-iniciativa e a necessidade de valorizar o trabalho humano, tornando desse desafio os fundamentos da Ordem Econômica Brasileira. Essa delicada base tem o condão de orientar todos que tenham interesse em desenvolver ou explorar alguma atividade econômica em todas as esferas, seja pública, privada ou cooperativa, além de consagrar o sistema econômico capitalista, margeando também a ação do Estado como viabilizador do desenvolvimento nacional, conforme ensina Vicente Bagnoli:

[...] O Estado, portanto, atuando junto à economia, deve criar as condições para a geração de trabalho, de modo que o indivíduo esteja inserido no mercado e o seu trabalho seja valorizado; afinal, é por meio do trabalho que o indivíduo de forma digna participará da repartição das riquezas dentro do mercado. O trabalhador também é o consumidor, fazendo a riqueza circular. Da mesma forma, o Estado deve criar todas as condições para a livre-iniciativa atuar nos mercados, conferindo não só a segurança jurídica necessária para o indivíduo empreender, mas também toda a infraestrutura necessária para o estimular a empreender e, com isso, promover a circulação de riquezas. [...] (BAGNOLI, 2020, p.164).

O raciocínio é o mesmo apresentado pelo Supremo Tribunal Federal, ao conhecer a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 1.950-SP que questionava uma lei paulista que assegurava a estudante o pagamento de meia entrada em espetáculos esportivos, culturais e de lazer. No julgado assegura-se a livre-iniciativa também ao Estado como tutor do interesse público primário de acesso de todos e todas à cultura, esporte e ao lazer, como medida complementar à educação oficial.

[...] A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso, a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da “iniciativa do Estado”; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (artigos. 23, V; 205; 208; 215; e 217, § 3º, da Constituição). Na composição entre esses princípios e regras, há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer são meios de complementar a formação dos estudantes. [...] (BRASIL, 2005)

Seria possível também ponderar que é do interesse da livre-iniciativa que o trabalhador em formação chegue à idade apta ao desenvolvimento de trabalho remunerado o mais preparado possível para executar as funções tradicionalmente necessárias e o mais familiarizado às novidades aptas a trazer inovação e avanços tecnológicos que podem fundamentar o desenvolvimento nacional e da empresa que o empregou.

É certo que uma das facetas da livre-iniciativa é a econômica. No entanto, mesmo conjugando os princípios políticos constitucionalmente conformadores previstos no art. 1º, IV e no *caput* do art. 170 da Constituição com os princípios constitucionais impositivos previstos nos incisos II (propriedade privada) e IV (livre concorrência) do mesmo dispositivo, não se deve concluir por uma liberdade absoluta de iniciativa econômica, pois o Estado não é e não deve ser inteiramente omissivo, como o tipo ideal do anarcoliberalismo.

A própria Constituição prevê a intervenção do Estado no domínio Econômico (art. 173, 174 e 175), bem como a responsabilidade da República na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e reduzindo as desigualdades sociais (art. 3º). Nesse sentido, não seria adequado acreditar que o cenário ideal do liberalismo econômico, com o Estado se retirando do espaço econômico e acreditando na plena eficácia da igualdade formal, como cenário viabilizador da dignidade humana segundo os ditames da justiça social, pois “Titulares de capital e de trabalho são movidos por interesses distintos (...)”. Daí porque o capitalismo moderno renovado pretende uma conciliação entre ambos. Essa pretensão é instrumentalizada através do exercício pelo Estado (...) de uma série de funções (GRAU; CANOTILHO; MENDES; SALERT, 2018, p. 1883).

De outro lado, o próprio art. 170 da Constituição, deixa claro que a Ordem Econômica brasileira tem a finalidade de assegurar a dignidade da pessoa humana segundo os ditames da justiça social. Paulo Bonavides

chega a enfatizar a preocupação com a eficácia da norma constitucional, nos seguintes termos:

[...] Com o Capítulo da Ordem Econômica e Social, a definição nas Constituições em favor de um Estado Social tem sido ostensiva. Até onde vai ou pode ir em sistemas democráticos essa opção do constituinte e como concretizá-la numa sociedade capitalista, eis o problema que desafia juristas, publicistas e homens de Estado, [...] (BONAVIDES, 2010, p. 47).

Eros Graus chega a ser mais direto na abordagem do tema, que reputa obvio, ensinando que “qualquer prática econômica (mundo do ser) incompatível com a valorização do trabalho humano e com a livre-iniciativa, ou que conflite com a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social, será adversa à ordem constitucional” (GRAU, CANOTILHO, et al., 2018. p.1883).

Nesse ponto, cabe lembrar que a livre-iniciativa, como fundamento da Ordem Econômica, não se reduz a uma expressão do capitalismo ou que se aplica apenas às empresas e ao comércio, como unicamente um princípio basilar do liberalismo econômico. O fundamento da República se dirige a todas as formas de produção, inclusive a iniciativa privada, mas também à iniciativa cooperativa, à iniciativa autogestionatínária e até à iniciativa pública em casos excepcionais – relevante interesse coletivo ou de segurança nacional, sendo uma liberdade titulada não apenas pelo capital, mas também pelo trabalho (GRAU, CANOTILHO, et al., 2018).

3. FLEXIBILIZAÇÕES JURÍDICAS EM MATÉRIA DE TRABALHO

Segundo Delgado (2017, p. 16) globalização corresponde à fase do sistema capitalista, despontada no último quartel do século XX, que se caracteriza por uma vinculação especialmente estreita entre os diversos, subsistemas nacionais, regionais ou comunitários, de modo a criar, como parâmetro relevante para o mercado, a noção de globo terrestre, e não mais, exclusivamente nação e região.

A globalização fez com que os mercados se integrassem e a participação de um número maior de pessoas no processo produtivo, que até então era mais restrito, causou uma revolução econômica mundial. Como afirma Standing (2020, p. 22), uma pretensão neoliberal que se firmou nos anos 1980 foi a de que os países deveriam perseguir “a flexibilidade do mercado de trabalho”.

A menos que os mercados de trabalho se flexibilizassem, os custos trabalhistas aumentariam e as corporações transfeririam a produção e

o investimento para locais onde os custos fossem mais baixos; o capital financeiro seria investido nesses países. A flexibilidade tinha muitas dimensões: salarial significava acelerar ajustes a mudanças na demanda, especialmente para baixo, de vínculo empregatício significava habilidade fácil e sem custos das empresas para alterarem os níveis de emprego, especialmente para baixo, implicando uma redução na segurança e na proteção do emprego; do emprego significava conseguir mover continuamente funcionários na empresa e modificar as estruturas de trabalho sem oposição ou custo mínimos.

Desde então, mercados foram regulados no sentido de maiores rendimentos econômicos, pois com a alta demanda de mão de obra, possibilitou a mercantilização do trabalho, ou seja, contratação em situação de precarização, sobretudo pela alta oferta de trabalho por países subdesenvolvidos e com grande densidade populacional.

As empresas perceberam que precarizar o trabalho aumentaria seus lucros, então criaram filiais em países subdesenvolvidos com uma política de flexibilizações (no Brasil, a desoneração na folha de pagamento) para incentivar a vinda de empresas de economias desenvolvidas. Dessa forma, a disponibilidade de mão de obra acessível, as flexibilizações jurídicas e a inclusão de novas tecnologias no mercado laboral, contribuíram para a deterioração das condições de trabalho e consequências socioeconômicas ao nível global.

Como ponto de partida, embora em permanente construção, fundamenta-se como trabalho: os meios sobre os quais humanos empregam suas energias a fim de obter seu sustento. Para isso, contribui em um sistema produtivo na transformação da realidade e natureza, para produção de um valor social que lhe seja remunerado.

A partir do século XIX, a ideia de trabalho foi sendo elaborada como conceito por historiadores e sociólogos como a atividade humana cujo objetivo é satisfazer as necessidades de uma coletividade, porém, a serviço da reprodução do capital.

De todo modo, embora o conceito de trabalho sofra alterações com a evolução humana, verifica-se a importância da participação do homem no processo produtivo, pois, em contrapartida, ao emprego do esforço físico ou mental, é que proverá seu sustento.

Ainda, conforme a Declaração Universal de Direitos Humanos, dispõe: “Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego”. A Organização Internacional do Trabalho, na atualidade, a definição de direito ao trabalho, acrescenta-se o trabalho adequado, ou seja, é conferido além do acesso, o trabalho com qualidade. (MOREIRA; GOMES, 2012, p. 360) Nesse aspecto, como formalizado pela Organização Internacional do Trabalho em 1999, o conceito de trabalho decente sintetiza a sua missão

histórica de promover oportunidades de homens e mulheres obtenham um trabalho produtivo de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidades humanas, considerado condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável.

O artigo 5.º, XIII da Constituição Federal Brasileira, Título II — Dos Direitos e Garantias Fundamentais atribui que o direito à Liberdade de escolha do trabalho, ou seja, “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício e profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Assim, os princípios de tutela à pessoa humana e ao trabalho são elementos estruturais da Constituição Federal do Brasil. A Carta Magna reconheceu que a valorização do trabalho é uma das formas mais importantes de valorização do ser humano, pois a grande maioria das pessoas se mantém e afirma-se na sociedade, basicamente, através de sua atividade laboral. (DELGADO, 2004, p.32).

Além disso, o trabalho com remuneração e produtivo proporciona segurança econômica para as pessoas. O desemprego e a ausência de renda são importantes causadores das pressões que existem em torno de questões políticas, crises ou conflitos étnicos.

Os principais fundamentos que levaram países desenvolvidos e em desenvolvimento a aprovarem reformas trabalhistas foram a crise econômica e elevados níveis de desemprego. Apesar disso e de acordo com pesquisas de Adascalitei e Morano ao analisar 111 países entre 2008 e 2014, verificou-se que as “reformas que diminuem a regulação têm efeitos fortemente negativos e estatisticamente significativos nos níveis de emprego nos anos seguintes” (Adascalitei; Morano, 2015 *apud* Silva, 2018, p. 64).

Países como Portugal, Espanha, França, Itália, Alemanha, Inglaterra, Brasil, Chile e Argentina, implementaram reformas em sua legislação. Cada país tem suas especificidades, como traços da população, perspectivas históricas, questões econômicas e outros fatores, mas é possível enxergar as principais mudanças legais e os elementos que os unem.

Verifica-se como principais pontos das alterações, matérias que envolvem flexibilizações de jornadas na forma de banco de horas, regimes de compensação de horas, intervalos entre jornadas, trabalho intermitente e teletrabalho.

Quanto ao término do contrato de trabalho, flexibilizou-se todo arcabouço protetivo existente até então, que autorizam a rescisão sem a necessidade de pagamentos de indenização ou reintegração. Do mesmo modo, a desnecessidade da submissão sindical no momento da dispensa, ainda que no caso de extinção de inúmeros contratos de trabalho.

A prevalência dos dispositivos regulamenta as bases da relação contratual e estabelece condições fundamentais do vínculo empregatício.

Segundo Mendes e Branco (2015, p. 648), a disciplina normativa mostra-se apta, em muitos casos, a constituir direito subjetivo do empregado em face do empregador, ainda que, em algumas configurações, a matéria seja objeto de legislação específica (artigo 7.º, VI, VII, VIII, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XXI, XXIX, XXX, XXXI, XXXII, XXXIII, XXXIV).

No entanto, como a questão requer uma legislação específica, as mudanças significativas foram trazidas pela Lei nº 13.467/2017 na Consolidação das Leis do Trabalho.

O Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2022), recentemente, após analisar o Tema 1.046, em repercussão geral, estabeleceu a seguinte tese, por maioria:

[...] são constitucionais os acordos e as convenções coletivas que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis.

Essas alterações privilegiam a autonomia da vontade, seja individual ou coletiva, em contraponto aos princípios protetores trabalhistas, dada relação de subordinação jurídica. No caso individual, as partes da relação jurídica de trabalho acordaram sobre diversos aspectos do contrato individual do trabalho, no Brasil, por exemplo, a inserção de banco de horas por acordo individual – art. 59 da Consolidação das Leis do Trabalho (anteriormente com a participação da entidade sindical) e a desnecessidade da chancela do sindicato no caso de rescisão contratual (anteriormente a homologação com assistência do sindicato ou outro órgão equiparado), com a revogação dos parágrafos 2º e 3º do artigo 477 da Consolidação das Leis do Trabalho. Já na esfera coletiva, as alterações legais, privilegiam o negociado sobre o legislado, no sentido que as adequações de normas, superam inclusive as especificidades do país, e poderão adequar-se às realidades de determinadas empresas ou parte delas.

Nesse sentido, identificam-se, no Brasil e na França, a prevalência do negociado sobre o legislado. No caso do Brasil, excetuam-se como objetos ilícitos de negociações, as matérias legais dispostas no artigo 7º da Constituição Federal de 1988, pois garantem o patamar mínimo civilizatório econômico ao trabalhador, como: salário-mínimo, valor nominal do décimo terceiro salário, proteção do salário, remuneração do trabalho noturno superior à do diurno, salário família, entre outros.

Em 2003, a Lei nº 99/2003, inseriu o artigo 4º do Código do Trabalho Português, como alteração do panorama de 1969, a fim de considerar que normas coletivas derroguem normas legais, dando protagonismo à negociação

coletiva como manifestação da autonomia da vontade. No mesmo período, o Código do Trabalho Português sofreu alteração para garantir a prorrogação da duração semanal do trabalho de 40 (quarenta) para até 60 (sessenta) horas com possibilidade de compensação.

Nesse sentido, como preleciona Amado (2018, p. 223), o banco de horas consiste igualmente num mecanismo flexibilizador da organização do tempo de trabalho, conferindo ao empregador o poder de alargar o período normal de trabalho diário e semanal até certo limite, por exemplo, até duas ou até quatro horas diárias, podendo atingir 50 (cinquenta) ou 60 (sessenta horas semanais).

Além das flexibilizações na jornada de trabalho, notou-se direcionamento no sentido em possibilitar novas modalidades de dispensa, até então vedadas. Com a dinâmica internacional de competitividade, verificou-se pelas alterações legais no período, até a vigência da Lei nº 23, aprovada em 2012, donde, teve por objetivo atender os pontos 4 e 5 do Memorando de Entendimento firmado entre os credores internacionais e o Estado Português. Sobre a temática direito do trabalho, para atender as exigências que se impunham de flexibilizações na jornada de trabalho, dispensa de empregados e derrogação de normas trabalhistas por meio de negociação coletiva, fundamentados na redução dos custos gerados aos empregadores.

Em comparação aos países como Itália e França, Portugal criou motivos para a dispensa de empregados no sentido de flexibilização, embora tenha permanecido com a previsão de vedação da dispensa sem motivação. Os demais países ora citados, introduziram em seus ordenamentos jurídicos com reformas trabalhistas, a dispensa sem justa causa.

Como se vê, antes da derruição das relações jurídicas de emprego, no sentido de caracterizar-se mera prestação de serviços, cujo trabalhador desenvolve suas atividades laborativas sem o mínimo de segurança jurídica (enquanto aplicabilidade das leis trabalhistas) e econômica (pela inexistência de contraprestação financeira em caso de descontinuidade da prestação de serviços ou até mesmo a manutenção do emprego), antecederam as flexibilizações. Portanto, com o subterfúgio de preservação econômica dos países e a criação de postos de trabalho segundo competitividade no cenário internacional, diante da crise financeira também provocada pelas novas tecnologias, não conseguiram mitigar o desemprego, em verdade, contribuíram para o desequilíbrio entre mercado e trabalho, de modo que a garantia do trabalho decente, ainda que seja um direito humano e fundamental como importante instrumento na esfera do direito constitucional positivo e do direito internacional, é uma realidade distante para inúmeros trabalhadores precarizados com trabalho em condições desumanas e ínfimos salários, pois perdem para a lucratividade excessiva, mas também pela ânsia

dos consumidores em pagar o menos possível para assim mais e melhor alocar seus recursos que são escassos.

Conforme Standing (2020, p. 28), a era da globalização resultou numa fragmentação das estruturas de classes sociais. À medida que as desigualdades aumentaram e que o mundo se moveu na direção de um mercado de trabalho aberto e flexível, contribuiu para o surgimento de uma nova classe: o precariado. O citado autor define como precariado em pessoas desprovidas das sete formas de garantia relacionadas ao trabalho: garantia de mercado de trabalho, garantia de vínculo empregatício, segurança no emprego, segurança no trabalho, garantia de reprodução de habilidade, segurança de renda (ainda que reconhecido vínculo, a renda é precária) e garantia de representação.

Essa exaltação de um meio de vida que explora a flexibilidade e competitividade, resulta em desequilíbrio no ordenamento econômico e social, de modo que o capital e trabalho tornam-se antagônicos. De todo modo, o impacto de maior relevância é a crescente massa de pessoas precarizadas e a ineficácia de flexibilizações como propulsoras de novos postos de trabalho, em contraponto ao conceito de trabalho decente da Organização Internacional do Trabalho.

4. A VALORIZAÇÃO DO TRABALHO COMO FORMA DE DESENVOLVIMENTO NACIONAL

O conceito de trabalho decente foi formalizado pela Organização Internacional do Trabalho, em 1999, e realça sua missão histórica de promover oportunidades de trabalho produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade. O trabalho é considerado “condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável”. A expressão ressalta a ideia de que trabalho humano não é mercadoria, mas elemento viabilizador da justiça social, reconhecida como a base da paz universal pelo Tratado de Versalhes e renovada na Declaração da Filadélfia em 1944:

Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão-de-obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e

os acidentes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio ‘para igual trabalho, mesmo salário’, à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico, e outras medidas análogas; (SÜSSEKIND, 2007. p. 14)

Na verdade, o trabalho humano decente é pressuposto ou viabilizador de todos os fundamentos da República Federativa do Brasil, tal como previsto no art. 1º da Constituição Federal de 1988. A cidadania pressupõe que, em regra, os integrantes do corpo social estejam dispostos a contribuir ativamente para a vida em sociedade e que isso lhes traga um sentimento de pertencimento ao coletivo, elevando as autoestimas em simultâneo, em que reforça as identidades, dignificando as existências e abrindo espaço para a criatividade necessária às diversas iniciativas capazes de impulsionar o desenvolvimento nacional. Nesse cenário, faz sentido submeter-se espontaneamente a um poder soberano e acatar as articulações pluralistas que fornecem acesso à sua titularidade.

Não se ignora os conflitos sociais historiados para se chegar até esse formato de sociedade, pelo menos no mundo do “dever ser” e os constantes riscos de retrocesso social.

O resultado histórico da regulação da economia exclusivamente pelas leis de mercado trouxe o cenário social muito bem retratado por Luiz Philippe Vieira de Mello Filho e Renata Queiroz Dutra:

[...]A desmedida exploração do trabalho “livre” pelos detentores dos meios de produção nos primórdios da Revolução Industrial, com a imposição de jornadas de trabalho exaustivas, o pagamento de salários insuficientes mesmo à alimentação das famílias trabalhadoras, a total ausência de segurança no trabalho, a larga utilização de mão de obra feminina e infantil, dentre outros, revelou que o mecanismo incessante de reprodução do capital não consideraria, em sua lógica, as necessidades materiais e subjetivas dos indivíduos envolvidos no processo produtivo. [...] (MELO; QUEIROZ, 2014, p.p 223-588; p.565).

Assim, ante a importância da pacificação dos conflitos trabalhistas para a própria existência da República e para o desenvolvimento nacional, cabe ao Estado, inicialmente, fomentar a promoção do trabalho decente e, caso necessário, reprimir os abusos tendentes a reduzir o trabalho humano a mero acessório do sistema econômico.

Em termos trabalhistas, as reformas introduzidas pelas nº 13.429/2017 e 13.467/2017 aproximam a alegada necessidade do mercado por uma

flexibilização da efetiva precarização das relações de trabalho. O argumento mais usado no discurso político e midiático foi no sentido de que as novas regras trariam maior empregabilidade e estariam vocacionadas a dar efetividade ao princípio da busca do pleno emprego, tal qual pressupõe o inciso VIII do art. 170 da Constituição Federal de 1988. No entanto, segundo Luiz Philippe Vieira de Mello Filho e Renata Queiroz Dutra essas demandas ignoram os motivos que fundamentam a existência autônoma do Direito do Trabalho e não reconhecem o direito fundamental ao trabalho digno.

[...] Nesse sentido, a nova semântica aproxima o trabalho da condição de mercadoria e cede espaço para que a discussão a respeito dessa relação humana fundamental seja analisada sob o prisma dos contratos civis, do direito administrativo ou até do direito comercial, sem referência ao bem jurídico singular que ali se discute: a prestação de serviços por um ser humano. [...] (MELHO FILHO; DUTRA, 2014, p. 543).

A busca pelo pleno emprego deve estar em harmonia com as demais normas e princípios constitucionais, principalmente os relacionados aos direitos fundamentais dos trabalhadores e sem perder de vistas as normas protetivas previstas na legislação ordinária. Com base nisso, é relevante questionar se o desenvolvimento econômico desacompanhado do desenvolvimento do trabalho humano, ou seja, do trabalhador, é suficiente para promover o desenvolvimento nacional objetivado pelo constituinte de 1988.

Nesse ponto, relevante a decisão do Supremo Tribunal que declarou que as cotas de pessoas com deficiência e cotas de aprendizes não estão abrangidas pelo Tema 1.046. (BRASIL, 2022).

De outro lado, “o cumprimento da função social requer uma empresa lucrativa”, logo, a necessidade de manutenção da atividade empresarial como geradora de trabalho, tributos, riquezas e socialização. Na verdade, todos os interesses a incidir sobre a empresa pressupõem uma rentabilidade duradora e seu alcance é necessário para existir o estímulo empresarial na manutenção e expansão dos negócios. Essa preocupação assume patamar ainda mais intenso em companhias abertas, em razão da socialização dos investimentos (FRAZÃO, 2014, p.543).

Oportuno lembrar Carnelutti, citado por Ana de Oliveira Frazão, para quem ao Direito cabe a difícil missão de se submeter “à economia e à ética, sem destruir os mecanismos de mercado” (FRAZÃO, 2014, p.543).

O Estado que se diz soberano, mas que na busca do desenvolvimento nacional não consiga reprimir os abusos do poder econômico, de se afastar dos imbróglios políticos e de viabilizar a oferta de trabalho decente em seu território, não atende condizentemente seus cidadãos.

[...] A Ordem Econômica e Social não pertence ao Estado, mas à sociedade. Sem esta divisa filosófica, de feliz inspiração humanística, jamais as Constituições contemporâneas lograrão incorporar aos seus textos e à sua juridicidade, o princípio da paz social e o axioma da livre participação política. Em verdade, resta-nos dizer antes de finalizar: queremos a democracia do homem-cidadão, enquanto recusamos a democracia do homem-súdito. [...] (BONAVIDES, 2010, p. 56).

Apesar do reconhecimento de algumas características desse ciclo no cenário nacional, cabe a lembrança sempre atual de que a Ordem Econômica pertence à sociedade e que, apesar da necessidade de sua valorização, nem o trabalho, nem a livre iniciativa é superior à Constituição, devendo ambos seguir em harmonia buscando o desenvolvimento nacional.

CONCLUSÃO

O presente artigo refletiu a relação entre liberdade econômica e trabalho como pertencentes de uma mesma ordem econômica, para em seguida analisar o ponto de equilíbrio entre livre-iniciativa e trabalho. O Estado deve, em cooperação com a economia, criar as condições para a existência de um trabalho digno, a fim de que, quando o cidadão for introduzido no mercado, seu trabalho seja recompensado adequadamente, impedindo abusos do poder econômico.

A globalização fez com que os mercados se integrassem e que mais pessoas participassem do processo produtivo, que até então era mais limitado. Isso provocou uma revolução econômica mundial. Ao menos que mercados de trabalho se flexibilizassem, os custos trabalhistas aumentariam e as corporações transfeririam a produção e o investimento para locais que os custos fossem mais baixos, o capital financeiro seria investido em países com grande densidade populacional e subdesenvolvidos, o que levou cento e onze países no período de 2008 a 2014 (desenvolvidos e subdesenvolvidos) flexibilizaram suas legislações trabalhistas, fundadas na crise econômica e elevados índices de desemprego.

Em relação à pergunta lançada, o próprio Estado, que deveria criar condições para a valorização do trabalho humano, cedendo às pressões de capitais, o flexibiliza naquilo que lhe é possível, com alterações de normas infraconstitucionais, muitas vezes causando assim desequilíbrio entre a livre iniciativa e o trabalho. Dessa forma, surge uma classe de trabalhadores precários, os elevados índices de desemprego permanecem e as diferenças sociais aumentam aos fatores sidos prejudiciais ao progresso do país.

Como pertencem à mesma ordem econômica, a iniciativa privada e o trabalho humano não são incompatíveis, pelo contrário, e o equilíbrio entre

eles é fundamental para o progresso do País. Dessa forma, a atuação do Estado é indispensável, evitando o abuso do poder econômico e estimulando o reconhecimento do trabalho humano.

Diante dos fundamentos apresentados, chegou-se à conclusão de que a ordem econômica está desequilibrada. As flexibilizações trabalhistas privilegiam o mercado, mas este se impacta pela ausência de poder de compra da população em situação precária. O ponto de equilíbrio para o desenvolvimento nacional é a valorização do trabalho como resistência aos abusos do poder econômico.

REFERÊNCIAS

AMADO, J. L. *Contrato de Trabalho - Noções Básicas*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 223.

BAGNOLI, V. *Direito Econômico e Concorrencial*. 8º. ed. São Paulo: RT, 2020. 164, p. 184.

BAGNOLI; VICENTE. *Direito e Poder Econômico: Os Limites Jurídicos do Imperialismo Frente Aos Limites Econômicos Da Soberania*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 28.

BARCELOS, A. P.; BARROSO, L. R. Os Valores Sociais da Livre Iniciativa . In CANOTILHO, J.J. Gomes, MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK. Lênio. *Comentários à Constituição do Brasil*. [S.l.]: [s.n.], 2018. p. 136-137.

BENEDETTO VI. *Caritas in Veritate*. [S.l.]: Associazione Amici del Papa, 2017.

BONAVIDES, P. *Constituinte e Constituição*. 3º. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 12,47,56.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno), *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1950*. Lei nº 8.442/1992 do Estado de São Paulo. Diversões Públicas; Estudante; Pagamento de Meia Entrada. Relator: Min. Eros Grau, Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação, nos termos do voto do relator, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Carlos Velloso. Falou pelo requerido, Governador do Estado de São Paulo, o Dr. Marcos Ribeiro de Barros, Procurador do Estado. Plenário, 03.11.2005. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1748433> Acesso em: 23 dez. 2022.

BRASIL. *[Constituição (1988)]*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 17 jan. 2023.

BRASIL. *Lei 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm. Acesso em 18 jan.2023. Acesso em: 02 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Tema 1046, Leading Case ARE 1121633*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Recurso extraordinário com agravo em que se discute, à luz dos arts. 5º, incisos II, LV e XXXV; e 7º, incisos XIII e XXVI, da Constituição Federal, a manutenção de norma coletiva de trabalho que restringe direito trabalhista, desde que não seja absolutamente indisponível, independentemente da explicitação de vantagens compensatórias. Tese: São constitucionais os acordos e as convenções coletivos que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5415427&numeroProcesso=1121633&classeProcesso=ARE&numeroTema=1046>, acessado em 23 dez.2022.

DELGADO, G. *Capitalismo, Trabalho e Emprego*. 3. edição. ed. São Paulo: LTR, 2017. p.16.

DELGADO, M. G. *Princípios do Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2004. p.32 .

FRAZÃO. Ana de Oliveira. A Ordem Econômica Constitucional e os Contornos da Proteção do Trabalhador. In: SARLET, Ingo Wolfgang. MELLO FILHO. Luiz Philippe Vieira de. FRAZÃO. Ana de Oliveira (Orgs.). *Diálogos entre o Direito do Trabalho e Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Rosa Maria Weber*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 529-552.

GRAU, E. et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. [S.l.]: Saraiva Educação, 2018. p. 1883-1885 .

MELO, L. P. V. D.; QUEIROZ, R. Centralidade da Pessoa Humana na Constituição versus Centralidade do Cidadão Trabalhador: O Desafio de Reler o Trabalho a Partir da Constituição Federal de 1988. [S.l.]: Saraiva, 2014. 223-565,588 p. In: SARLET, Ingo Wolfgang, MELLO, L.P.F., FRAZÃO, A.O (Orgs). *Diálogos entre o Direito do Trabalho e Direito Constitucional- Homenagem a Rosa Maria Weber*. Saraiva, 2014. p.523-588.

MENDES, G.; BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, v. 10, 2015. p.648.

MOREIRA, V.; GOMES, C. D. M. Compreender Direitos Humanos: Manual de Educação para Direitos Humanos. 3. ed. Coimbra: Unoversidade de Coimbra, 2012. p.360.

OIT, O. I. D. T. <https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-decente/lang-pt/index.htm>, 1999.

OLIVEIRA, O. *Universo da Segurança Humana*. [S.l.]: Instituto de Segurança Humana no Brasil, 2018. p.131-,132 p.

PINHEIRO, A. C.; MARISTRELO, A.; SAMPAIO, P. R. P. *Direito e Economia do Trabalho*. [S.l.]: Fundação Getúlio Vargas, 2020. p. 21-,22.

SILVA, J. A. D. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007. p.35-, 39.

SILVA, S. P. A Estratégia Argumentativa da Reforma Trabalhista no Brasil à Luz de dados internacionais. *Boletim Mercado de Trabalho*. Brasília, n. 64, p. 99-110, abr. 2018.

STANDING, G. *O Precariado: A Nova Classe Perigosa*. Tradução de Cristina Antunes. 1 edição. ed. São Paulo: Autêntica - USP, v. IV, 2020. p.22-28.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT e Outros Tratados*. 3ª ed. São Paulo, 2007. p. 14.

TIROLE, J. *Economia do Bem Comum*. Tradução de André TELLES. São Paulo: Zahar, 2020.

RECEBIDO EM: 19/08/2023

APROVADO EM: 28/09/2023

PANORAMA DA PRODUÇÃO ACADÊMICA SOBRE TRANSPARÊNCIA PÚBLICA MUNICIPAL NO BRASIL: UMA REVISÃO DE ESCOPO DOS ÚLTIMOS 35 ANOS

*PANORAMA OF ACADEMIC PRODUCTION ON
MUNICIPAL PUBLIC TRANSPARENCY IN BRAZIL:
A SCOPING REVIEW OF THE LAST 35 YEARS*

Janaina Teles¹

Kleverton Melo de Carvalho²

SUMÁRIO: Introdução. 1. Normatização da transparência no Brasil. 2. Transparência em municípios. 3. Procedimentos metodológicos. 4. Apresentação e análise dos resultados. 4.1. Principais autores e referências bibliográficas nas pesquisas. 4.2. Principais

¹ Mestre em administração pública pelo PROFIAP/UFS-SE. Possui graduação em Gestão - IBS/ISCTE - Lisboa/Portugal, Pós graduação em Comunicação, Cultura e Tecnologia de Informação no ISCTE - Lisboa/Portugal, Pós Graduação em Controle Interno no Setor Público Municipal - Unypública e graduação em Comunicação - UFBA (2007). Atualmente é analista de controle interno da Prefeitura Municipal de Camaçari

² Doutor em Direito Internacional pela Universidad de Buenos Aires, com diploma reconhecido pela Universidade de São Paulo. Estágio pós-doutoral na Indiana University, Estados Unidos. Coordenador adjunto do Mestrado Profissional em Administração Pública em Rede Nacional (PROFIAP). Professor e pesquisador do Departamento de Administração, do Mestrado em Desenvolvimento e Meio Ambiente da Universidade Federal de Sergipe.

tópicos abordados nas pesquisas. 4.3. Características das amostras nas pesquisas. 4.4. Características da transparência nas pesquisas. 4.5. Discussão dos resultados. Conclusão. Referências.

RESUMO: O objetivo deste estudo é avaliar a transparência em municípios brasileiros, considerando-se 35 anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e uma década desde a promulgação da Lei de Acesso à Informação. Para tanto, foi realizada uma pesquisa descritiva, bibliográfica, que empregou uma abordagem quali-quantitativa em uma revisão. No total, foram identificados 336 trabalhos, incluindo artigos, dissertações e teses, que, por meio de análise bibliométrica e de conteúdo, permitiram compreender o estado da arte dos estudos sobre transparência municipal no Brasil. Os resultados revelaram que a maioria dos estudos se concentra na transparência digital e ativa, com ênfase em municípios de maior parte localizados nas regiões sul e sudeste. Além disso, embora tenha havido evolução na transparência, ainda prevalece um cenário predominantemente opaco. Como conclusão, verificou-se que a normatização promoveu um aumento no interesse acadêmico e na conformidade dos municípios, mas não assegurou uma transparência efetiva.

PALAVRAS-CHAVE: Transparência Pública. Municípios. Normatização. Lei de acesso à informação. Revisão de Escopo.

ABSTRACT: The objective of this study is to evaluate transparency in Brazilian municipalities, considering 35 years after the promulgation of the Federal Constitution of 1988 and a decade since the enactment of the Access to Information Law. A descriptive and bibliographic research was conducted, employing a qualitative-quantitative approach in a scope review. A total of 336 works, including articles, dissertations, and theses, were identified, allowing for a bibliometric and content analysis to understand the state of the art of municipal transparency studies in Brazil. The results revealed that the majority of studies focus on digital and active transparency, with an emphasis on municipalities located in the southern and southeastern regions. Additionally, although there has been progress in transparency, a predominantly opaque scenario still persists. In conclusion, it was found that standardization has increased academic interest and compliance by municipalities but has not ensured effective transparency.

KEYWORDS: Public Transparency. Municipalities. Regulation. Access to Information Law. Scope Review

INTRODUÇÃO

Após 35 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88) e uma década desde a entrada em vigor da Lei de Acesso à Informação (LAI), peças-chaves na promoção de uma cultura de transparência no Brasil, esta pesquisa avaliou o panorama da produção acadêmica acerca da transparência em municípios brasileiros. A LAI faz parte de um conjunto de marcos institucionais e legais, advindos a partir da CF/88, que desempenham papel fundamental na construção da *accountability* no país (SACRAMENTO; PINHO, 2016).

Em decorrência desses marcos, houve um crescente interesse científico pela transparência pública no país. Em levantamento no portal “Periódicos CAPES” revelou-se que, entre 2000 e 2010, foram identificadas quatorze pesquisas com os termos “transparência pública” ou “transparência governamental” em seus campos indexados - título, resumo e palavras-chave. Já na década seguinte, entre 2011 e 2021, a mesma busca resultou em 159 estudos, atingindo o ápice em 2013, logo após a entrada em vigor da referida lei, em maio de 2012 (LAI), e, de forma completa, em maio de 2013 (lei da transparência). Outras pesquisas corroboram esses achados, tanto em nível nacional (DIÓGENES, 2021; LIMA; BRANDÃO, 2020; MARINO *et al.*, 2017; PINTO FILHO; FINGER; PINTO, 2021) quanto internacional (CUCCINIELLO; PORUMBESCU; GRIMMELIKHUIJSEN, 2017).

Esse aumento pode ser explicado, também, pela influência de dois desenvolvimentos sociais (GRIMMELIKHUIJSEN *et al.*, 2019), que levaram ao aumento da demanda por transparência e, conseqüentemente, despertaram interesse acadêmico: (1) o crescimento e a revolução das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC), que ampliaram as possibilidades de interação e participação da sociedade civil, assim como o acesso a informações públicas; e (2) o fortalecimento da Nova Administração Pública (NAP) como uma forma de organização e gestão governamental. Especificamente no nível local, a implementação da LAI trouxe, ainda, a perspectiva de avaliar os níveis de transparência e impulsionou pesquisas empíricas nessa área campo (FENNER, 2020).

A literatura tem demonstrado que as Leis de Acesso à Informação são o epicentro legal para um nível básico de transparência, contribuindo, efetivamente, para seu aumento (GRIMMELIKHUIJSEN *et al.*, 2019). Em um contexto mais amplo, a disseminação dessas leis é vista como uma iniciativa para promoção de *accountability* no setor público (PIOTROWSKI, 2017).

Entretanto, a exigência legal de divulgação de informação encontra barreiras na falta de capacidade estatal para implementar políticas públicas,

presente em boa parte dos municípios brasileiros (GRIN; ABRUCIO, 2018). Nesse contexto, por um lado, os municípios são as instâncias governamentais que mais frequentemente enfrentam desafios na implementação da transparência pública (CUADRADO-BALLESTEROS, 2014) e também possuem maior proximidade com os cidadãos (Corrêa, Paula, Corrêa & Silva, 2017), demonstrando sua importância na implementação de políticas públicas (ARRETCHE, 2002). Por outro lado, eles enfrentam menos pressão midiática e social, especialmente nos municípios de menor porte, o que pode resultar em uma cultura de transparência menos desenvolvida (CRUZ *et al.*, 2016).

Confirmando essas constatações, o Tribunal de Contas da União (BRASIL, 2022b) conduziu uma pesquisa com o objetivo de avaliar a transparência nos municípios brasileiros e propor estratégias para o trabalho dos órgãos de controle. Os dados coletados indicaram que, apesar da existência de iniciativas de transparência, muitas delas eram incipientes. Dos municípios avaliados, 66% não possuíam uma ferramenta adequada para divulgar informações, especialmente na área da saúde (74%), e quase metade deles (46%) não atendeu aos pedidos de acesso à informação dos cidadãos (*ibidem*).

Diante desse panorama, esta pesquisa procurou revisar o escopo da produção acadêmica acerca da transparência em municípios brasileiros, entre os anos de 1988 e 2023. Especificamente, o estudo teve como objetivo: a) mapear tipologias, enfoques e teorias utilizadas na produção literária brasileira sobre transparência pública municipal; b) a partir dos resultados encontrados nas pesquisas levantadas, delinear o cenário da transparência municipal no período examinado.

O presente estudo apresenta, assim, relevâncias distintas. Do ponto de vista acadêmico, permite revelar o estado da arte da transparência municipal, 35 anos após a promulgação da CF/88 e cerca de dez anos após a promulgação da LAI, servindo como base para futuras pesquisas, ao identificar lacunas e avanços. Do ponto de vista prático, a pesquisa traça um panorama do estado atual da transparência nos municípios brasileiros.

Para atender aos objetivos e questionamentos do estudo, foi realizada uma revisão de escopo, diferenciando-se pela abrangência e possibilitando uma visão mais ampla dos estudos na literatura científica nos últimos anos (MARQUES; CARVALHO; SIENA, 2022). O trabalho é composto por seis seções, começando por esta introdução e, em seguida, uma breve trajetória da normatização da transparência no Brasil e a caracterização da transparência nos municípios. A metodologia é apresentada na quarta parte do artigo, seguida pela análise e discussão dos resultados obtidos na pesquisa. Na última seção, são apresentadas as considerações finais do trabalho.

1. NORMATIZAÇÃO DA TRANSPARÊNCIA NO BRASIL

A CF/88 instituiu, em seu artigo 37, a publicidade como um dos cinco princípios da administração pública (*Constituição Da República Federativa Do Brasil*, 1988). Além disso, o acesso à informação foi disciplinado em outras partes da constituição, como no acesso a documentos públicos (§ 2º do art. 216), no acesso à informação pública (art. 5º, inciso XIV) e no requerimento de informação pública (art. 5º, inciso XXXIII). Assim, a CF/88 impulsionou a mudança da cultura do sigilo presente nas instituições públicas brasileiras durante o regime militar (Kasymova, Ferreira & Piotrowski, 2016). Ela catalisou as mudanças e auxiliou na criação de um novo ordenamento jurídico nacional, visando a governança pública e o governo aberto, por meio de mecanismos de ampliação da transparência (SACRAMENTO; PINHO, 2016).

No entanto, o processo de regulamentação da previsão constitucional foi longo, com iniciativas desde a década de 1990, e apenas foi concluído em 2011, com a publicação da LAI (CUNHA FILHO, 2019). A LAI “dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso a informações” (*Lei Nº 12.527, de 18 de Novembro de 2011, 2011, Art. 1º*).

Esteado no trabalho de Barros (2008) e posteriormente em Bernardes, Santos e Rover (2015), a regulamentação do acesso à informação e da transparência no Brasil pode ser visualizada em fases, conforme a Figura 1. A primeira fase, anterior à constituição de 1988, aborda superficialmente o tema, sem mecanismos efetivos. Destacam-se a Lei nº 4.320/1964, marco do orçamento e contabilidade, e o Decreto nº 83.936/1979, que simplificou a exigência de documentos.

Na segunda fase, a partir da CF/88 até o início dos anos 2000, emerge legislações relacionadas à transparência (BERNARDES; SANTOS; ROVER, 2015), com foco no tratamento das informações, como a lei dos arquivos públicos e o *Habeas Data*, e a transparência das informações fiscais, como a Lei das Contas Públicas e a lei de responsabilidade fiscal (LRF). Finalmente, na terceira fase, leis são promulgadas para consolidar a transparência e o direito de acesso à informação, utilizando amplamente as TIC (BARROS, 2008).

Figura 1: Cronologia da legislação brasileira relacionada à transparência



Fonte: Elaborado pelos autores, com base em Barros (2008) e Cirqueira (2019).

Observa-se que o processo tem sido construído de forma estratificada, buscando introduzir a cultura de *accountability* no país (SACRAMENTO; PINHO, 2016). A ausência de rupturas reflete a tendência ao “formalismo democrático” (CAMPOS, 1990), com excesso de normas sem o devido cumprimento. A existência de um emaranhado legal permite a persistência de características burocráticas e patrimonialistas (PINHO; SACRAMENTO, 2009).

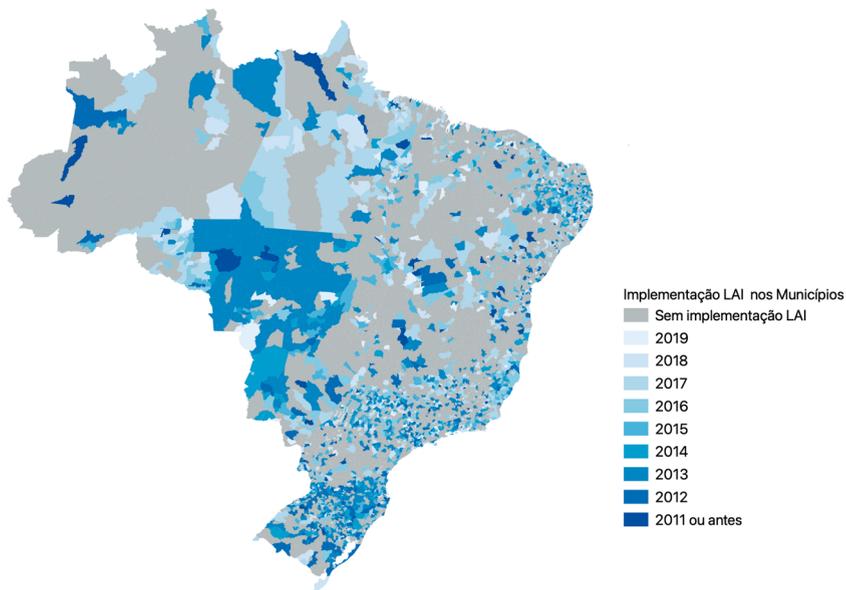
A efetividade do normativo existente depende da mobilização e esforços para manter os avanços institucionais e reduzir os riscos de retrocesso (SACRAMENTO; PINHO, 2016). Em contraponto, a construção normativa desde a CF/88 indica que a LAI não foi uma manifestação isolada e que a transparência permeia o sistema legal e institucional brasileiro (CUNHA FILHO, 2018).

Como relevante, do ponto de vista institucional, tem-se a criação da CGU, responsável por diversas iniciativas visando uma gestão transparente. Como exemplos pode se mencionar o portal da transparência, a produção de guias de orientação de transparência para os entes e da Escala Brasil Transparente (EBT), visando monitorar o nível de transparência nacionalmente (DIÓGENES, 2021).

Do âmbito legal, têm-se as leis que visam atender aos princípios estabelecidos na constituição federal, com relação ao acesso à informação. Destacam-se: (1) a lei de licitações e contratos, estabelecendo preceitos para aquisições públicas transparentes; (2) a LRF, visando uma gestão fiscal responsável e a redução da opacidade orçamentária e financeira (LUQUE; SILVA, 2004); (3) a lei da transparência, que alterou a LRF e tornou obrigatória a publicação online em tempo real. Por fim, (4) a lei de acesso à informação (LAI), pautada em ampla transparência e valores democráticos mais profundos, em oposição ao enfoque financeiro e orçamentário até então (SACRAMENTO; PINHO, 2016).

Entretanto, ainda que haja exigência legal de regulação da LAI por todos os entes, sujeitando os estados e municípios a aprovarem seus próprios regulamentos, apenas 45% dos municípios brasileiros tem dispositivos nesse sentido (IBGE, 2019a). Mesmo em um cenário de evolução, à exceção das capitais, ocorre inconformidade em todos os estratos dos municípios. Têm-se, ainda, que mais da metade dos regulamentos locais não previu um órgão de monitoramento, divulgação de relatórios ou, ainda, instâncias para recurso (*ibidem*), não atendendo plenamente os requisitos da LAI.

Figura 2: Distribuição espacial da regulação da LAI pelos municípios



Fonte: Elaborado pelos autores, com dados do IBGE (2019).

Para além da menor implementação de legislação de acesso à informação pelos municípios conforme o porte do mesmo, a Figura 2 demonstra haver regiões onde há menor regulamentação da LAI, especialmente no interior do país. Evidencia também que municípios próximos geograficamente adotaram a legislação em períodos sequenciais, como no centro-oeste, corroborando com a ideia de que há a influência do mecanismo de aprendizagem (BATISTA; ROCHA; NASCIMENTO, 2022). De acordo com Batista (2017), esse seria o “efeito vizinhança”, que somados com outros fatores, como a capacidade burocrática, o associativismo e até a identificação partidária entre prefeito e presidente, conseguiriam explicar a difusão da LAI no nível local.

2. TRANSPARÊNCIA EM MUNICÍPIOS

Apesar dos desafios para a transparência em todas as esferas, a situação é ainda mais complexa no nível local (MICHENER; CONTRERAS; NISKIER, 2018). O campo da literatura tem demonstrado, extensivamente, que quer a implementação da transparência no nível subnacional, quer o seu devido cumprimento, são fracos e apresentam falhas (*ibidem*).

A descentralização promovida pela CF/88 concedeu autonomia aos governos locais (CAMPOS, 1990), dificultando a regulação pelos órgãos de controle centrais (FERNANDES *et al.*, 2020). Estudos destacam que o comprometimento político do governo federal é fundamental para promover a transparência subnacional (NEUMAN, 2009; PIOTROWSKI *et al.*, 2009). Além disso, autoridades centrais com poderes vinculantes podem ter um impacto significativo na transparência, tanto para legislar sua implementação quanto para aplicar medidas sancionatórias e de orientação inicial (PINA; AVELLANEDA, 2018).

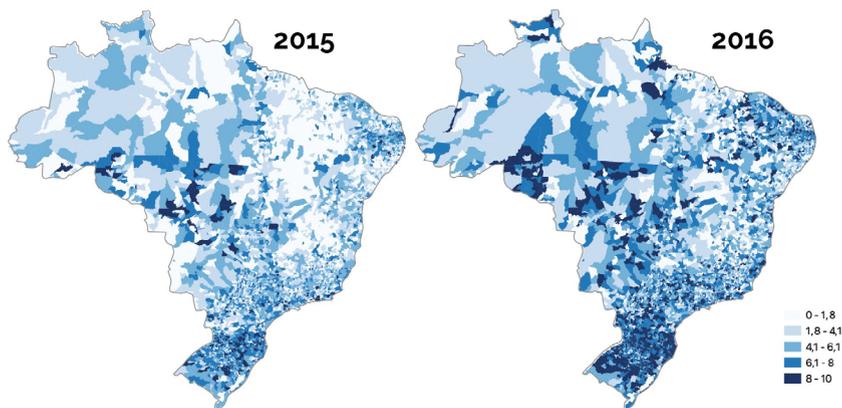
A CGU tem desempenhado um papel importante na orientação e apoio aos entes subnacionais por meio de iniciativas como o “Programa Brasil Transparente”, com consultoria e apoio aos entes, e a disponibilização de plataformas como o E-SIC e o FALA.BR (MACHADO *et al.*, 2020). No entanto, ainda falta uma instituição federativa responsável por fiscalizar o cumprimento adequado da LAI pelos governos locais, o que representa uma lacuna na implementação da transparência (MICHENER; CONTRERAS; NISKIER, 2018).

Exemplo dos efeitos corretivos que um órgão responsável por fiscalização e orientação permanente poderia trazer está na iniciativa pontual do Ministério Público Federal em analisar a transparência de todos os entes do executivo subnacional nos anos de 2015 e 2016. Para além da avaliação e elaboração inédita de um ranking de transparência envolvendo todos os municípios, o projeto envolveu medidas judiciais e extrajudiciais, com estipulação de prazos para a devida adequação dos municípios e estados à lei de transparência (BRASIL, 2022a).

As ações resultaram em melhorias significativas nas notas dos municípios, conforme demonstração na Figura 3. Em estudo, Herman, Marques e Miola (2022) verificaram que a melhoria em cerca de 127% das notas de 2016 foi fortemente influenciada pelas de 2015, demonstrando a influência da fiscalização. No entanto, a transparência permaneceu heterogênea entre os municípios, com maior concentração de notas altas nas regiões sul e sudeste, corroborando com a existência de outros fatores influentes para o nível de transparência.

Em 2019, quase todos os municípios brasileiros (99,26%) afirmaram possuir um portal da transparência, mas menos de 1% deles atendiam a todos os requisitos legais e ofereciam todas as ferramentas de acessibilidade (IBGE, 2019). Além disso, muitos municípios apresentam deficiências estruturais, como a falta de um portal de dados abertos, ausência de estrutura para tecnologia da informação e falta de conselhos municipais de transparência (*ibidem*).

Figura 3: Representação Cartográfica do RNT



Fonte: Elaborado pelos autores, com base nos dados do MPF (BRASIL, 2022a).

3. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Com o objetivo de analisar a transparência pública municipal no Brasil, realizou-se uma pesquisa descritiva, buscando comparar e descrever os resultados e conclusões de estudos anteriores. Seguindo os critérios estabelecidos por Gil (2002), trata-se de um estudo bibliográfico, com abordagem quali-quantitativa, envolvendo análises bibliométricas, de conteúdo e estatísticas descritivas (RAUPP; BEUREN, 2006).

A questão de pesquisa foi respondida por meio de uma revisão de escopo, examinando a extensão e a natureza das produções no campo (CORDEIRO; BALDINI SOARES, 2020). Diferencia-se, assim, pela abrangência, mapeando os conceito-chave de forma ampla (PETERS *et al.*, 2015). Utilizou-se o protocolo PRISMA/ScR para garantir rigor metodológico (TRICCO *et al.*, 2018).

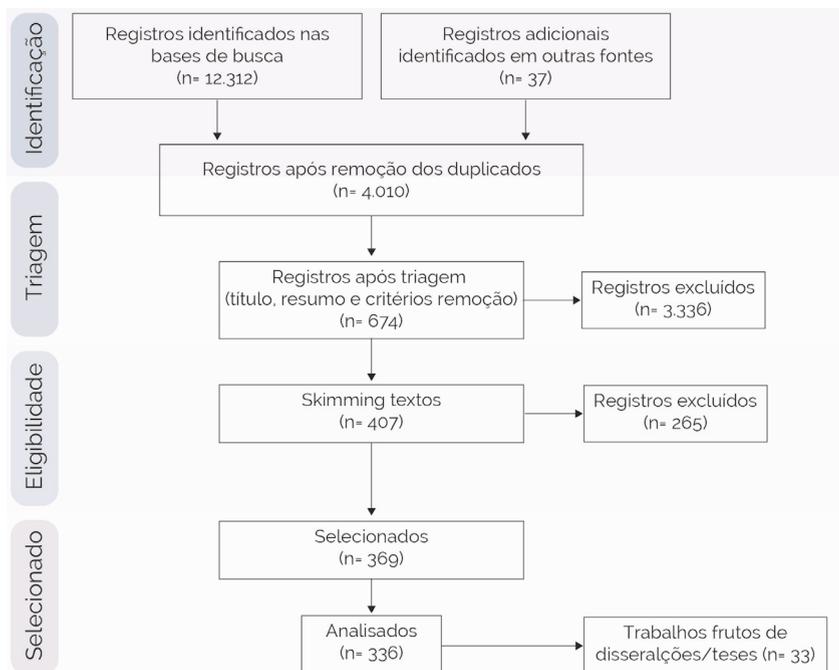
Para abranger uma ampla gama de estudos, foram utilizadas diversas bases de dados: (1) Portal de periódico CAPES; (2) Google Scholar; (3) Catálogo de teses e dissertações CAPES; e (4) Plataforma ANPAD. Além disso, foram realizadas buscas nas referências dos estudos relevantes. Foram excluídos trabalhos duplicados, aqueles que não estavam alinhados com o objetivo da revisão, aqueles em que nenhum autor possuía doutorado, trabalhos de conclusão de curso para graduação e pós-graduação *lato sensu*, bem como artigos publicados em revistas com classificação Qualis C ou inexistente, considerando quadriênio 2013-2016, avaliação mais recente disponível no momento da primeira busca.

A revisão tentou contemplar a maior variedade de viés de trabalho, considerando elegíveis artigos relacionados à transparência, bem como, ao

acesso à informação e *disclosure*. Utilizou-se *string* com operadores *booleanos*, podendo os termos estarem presentes em qualquer campo: (1) “transparência AND munic*”; (2) “transparência AND prefeitura”; (3) “transparência AND (capital OR capitais)”. Além da busca em inglês: “transparency” AND “local government”. A pesquisa foi limitada aos municípios brasileiros e não teve restrição quanto ao ano de publicação.

Foram selecionados 369 trabalhos, sendo 182 artigos em periódicos, 67 pesquisas em eventos acadêmicos, 105 dissertações, 8 teses e outros 7 em categorias diversas, como livros, capítulos e relatórios técnicos. Dos 369, 33 eram artigos fruto de dissertações, que foram consideradas para identificar o interesse acadêmico, mas não foram incluídas na análise qualitativa. A maior parte dos trabalhos (355) estava em português, mas houve, ainda, 11 em inglês e 3 em espanhol.

Figura 4: Fluxograma levantamento revisão de escopo “transparência municipal”



Fonte: Elaborado pelos autores, com base em Peters *et al.* (2015).

Na Figura 4, apresenta-se fluxograma com protocolo descrito em termos numéricos. As buscas e seleção ocorreram em três momentos, entre

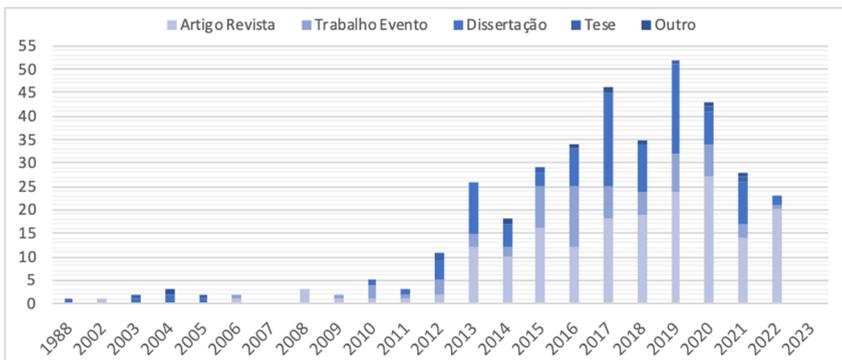
junho de 2002 e 2023, e a análise foi realizada entre março e junho de 2023. Os dados foram extraídos e catalogados em planilha eletrônica, incluindo informações sobre autor, título, ano, tipo de publicação, periódico/evento/universidade, link e citações no *Google Scholar*.

Também foram registrados campos sobre o conteúdo dos estudos, como objetivos, principais resultados, tipo de transparência, viés de pesquisa, métrica, amostra, lei base e outros. Por fim, selecionou-se, para análise aprofundada, 16 pesquisas, tendo como critério de escolha: (1) indicadores bibliométricos (MEDEIROS *et al.*, 2015) – o impacto do estudo (número de citações nas bases), o prestígio do periódico (Qualis ou *Journal ranking*); (2) pesquisas dos autores mais citados entre os trabalhos revisados; além de, (3) publicações recentes que atendessem a um dos critérios anteriores.

4. APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DOS RESULTADOS

Os estudos se concentram principalmente na segunda década do século XXI, conforme Figura 5, alinhando-se aos aspectos teóricos levantados anteriormente, como o desenvolvimento das TIC, NAP e a legislação brasileira de transparência e acesso à informação. O trabalho de Reis (1988) excetua-se à lacuna existente até os anos 2000, tendo sido realizado no período de promulgação da CF/88 e com foco na transparência contábil, validando os achados sobre os marcos legais do período.

Figura 5: Distribuição da produção acadêmica sobre “transparência municipal”



Fonte: Elaborado pelos autores.

Os artigos foram publicados em 110 revistas, sendo que 79 delas publicaram apenas um trabalho. Destaca-se a Revista de Administração Pública (RAP) com 9 artigos, conforme demonstrado na Tabela 1. Nos eventos científicos, foram apresentadas pesquisas em 41 eventos, com destaque

para o Encontro de Administração Pública da ANPAD (EnAPG), com 7 trabalhos em 2 edições; o Evento Anual da ANPAD (EnANPAD), com 7 trabalhos em 5 edições e o Congresso da Associação Nacional de Programas de Pós-Graduação em Ciências Contábeis (ANPCONT), com 5 trabalhos em 3 edições.

Tabela 1 – Principais periódicos nacionais com publicações sobre transparência municipal

Qualis	Nº Periódicos	Nº Artigos	Principais Periódicos
A1	6	7	Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional (2)
A2	11	22	RAP (9)
A3	21	40	Sociedade, Contabilidade e Gestão (5); Administração Pública e Gestão Social (4); Revista Catarinense da Ciência Contábil (4); Revista Contemporânea de Contabilidade (4)
A4	23	33	Revista Ambiente Contábil (5); Desenvolvimento em Questão (4)
B1	16	21	Ágora (3)
B2	20	24	Revista da CGU (4)
B3	15	21	Práticas de Administração Pública (4)
B4	2	2	Revista Unifamma (1)

Nota: Número entre parênteses corresponde ao número de trabalhos publicados; Qualis referente ao quadriênio 2017-2020 (disponível em: <http://sucupira.capes.gov.br>). Fonte: elaborado pelos autores.

As dissertações e teses foram desenvolvidas em 56 instituições, abrangendo 18 estados brasileiros, o Distrito Federal e duas universidades em Portugal. As principais instituições foram FGV, UFSC e Unisinos/RS, com seis pesquisas cada. Todas as regiões do país tiveram trabalhos de conclusão de curso na área, entretanto, em alguns estados não foram localizados estudos. Especificamente, na região norte (AC, AP, RO e TO), nordeste (SE) e centro oeste (GO, MS e MT). Apesar da ampla representação geográfica, há destaque para os estados de São Paulo (18), Rio Grande do Sul (13), Santa Catarina (10), Rio de Janeiro (10) e Paraná (9), que juntos desenvolveram cerca de 55% de toda a pesquisa do tema. Corrobora, assim, com o achado de Lima e Brandão (2020), no qual havia prevalência da região sudeste e, nomeadamente, do estado de São Paulo.

No âmbito geral, os trabalhos concentram-se no campo das ciências sociais aplicadas, com ênfase na administração (42%) e nas ciências

contábeis (31%). Localizou-se, ainda, outras áreas de estudo como ciências da computação/sistemas de informação/tecnologia de informação (7%), direito (5%), políticas públicas (5%), comunicação (3%) e arquivologia (3%). E houve, ainda, estudos em ciências políticas e sociais, economia, geografia e saúde (1% cada área), que tinham enfoque em conteúdos específicos de transparência, consoante o campo científico.

Sob os aspectos metodológicos, observou-se uma incidência maior de trabalhos qualitativos (162), seguido de quantitativo (129) e métodos mistos (72), achado similar ao encontrado por Marino *et al.* (2017). Nas pesquisas usou-se, sobretudo, a estratégia de estudo de caso (72) e, como técnica, a análise de conteúdo (70) e entrevistas (51). Nos métodos quantitativos, nas ferramentas estatísticas, houve destaque para utilização da regressão (91), a fim de quantificar a relação de uma variável dependente (de resposta) com variáveis independentes (explicativas), em seus variados métodos de estimação, tais como mínimos quadrados, logit, linear múltipla, entre outros.

Destaca-se, entretanto, que cerca de 29% dos trabalhos não especificaram o método utilizado, os quais foram classificados com base nas análises e técnicas empregadas. Verifica-se que trabalhos qualitativos são menos identificados (45%) do que os quantitativos (21%) e mistos (7%). Tal situação pode indicar uma ausência de rigor metodológico, mesmo nas dissertações que, em que pese uma menor incidência, ainda apresentou trabalhos sem definição clara da tipologia (19%). Ainda sob o viés dos métodos utilizados, há predominância de pesquisas qualitativas em todos os tipos de publicação estudados, exceto entre as teses e dissertações, nas quais se observou um equilíbrio.

O cenário nos artigos em periódicos difere do encontrado em revisões literárias da transparência pública, sem enfoque local. Diferenciando-se tanto internacionalmente, onde se verificou um equilíbrio entre os métodos (CUCCINIELLO; PORUMBESCU; GRIMMELIKHUIJSEN, 2017), quanto, mais recentemente, nacionalmente, onde se observou igual número de pesquisas quali e quanti (MARQUES; CARVALHO; SIENA, 2022).

4.1. Principais autores e referências bibliográficas nas pesquisas

Foram identificados 665 autores, sendo que 84% deles têm apenas um trabalho publicado, indicando uma dispersão elevada na área. A Tabela 2 mostra os principais pesquisadores em termos de número de publicações e citações no Google Acadêmico e nos trabalhos da amostra. Pode verificar-se, assim, o impacto de um grupo de estudiosos nas pesquisas do tema, bem como, no âmbito geral.

Tabela 2 – Principais autores “transparência municipal”

Autor	Produção	Citações Amostra	Citações Google Scholar
<i>Visentini, Monizze Sâmara</i>	10 (3)	18	527
<i>Cruz, Cláudia Ferreira</i>	8 (6)	163	981
<i>Santos, Micheli dos</i>	8 (3)	15	29
<i>Raupp, Fabiano Maury</i>	6 (5)	106	3025
<i>Baldissera, Juliano Francisco</i>	6 (5)	27	116
<i>Pinho, José Antônio Gomes de</i>	5 (2)	124	2920
<i>Machado, Vagner Naysinger</i>	5 (4)	21	23
<i>Fürst, Clóvis</i>	5 (1)	10	185
<i>Michener, Gregory</i>	4 (3)	71	1339
<i>Souza, Fábria Jaiany Viana de</i>	4 (2)	49	470
<i>Lunkes, Rogério João</i>	4 (1)	29	3738
<i>Nunes, Giselle Souza De Franceschi</i>	4 (2)	25	84
<i>Fenner, Vanessa Unfried</i>	4 (3)	3	13
<i>Müller, Andressa Petry</i>	4 (4)	1	13
<i>Macagnan, Clea Beatriz</i>	4 (0)	31	708

Nota: Número entre parênteses corresponde à quantidade de trabalhos que o pesquisador consta como primeiro autor. Fonte: elaborado pelos autores, coletas no “google acadêmico” realizada em 20 de julho de 2022.

Destaca-se Cláudia Ferreira Cruz, da UFRJ, com oito estudos sobre transparência municipal e citada em cerca de 45% dos trabalhos analisados. Outros autores influentes são Pinho (UFBA) e Raupp (UESC), citados por mais de 30% dos trabalhos, eles foram colaboradores em dois artigos analisados e tiveram outros sete fazendo parte da revisão. Michener, da FGV, também se destaca, com várias publicações e cerca de 20% de citações. Além desses pesquisadores, os brasileiros Zuccolotto, com 2 artigos revisados pela pesquisa, e Slomski, com estudos em contabilidade pública, controladoria e governança, são referências importantes, com altas taxas de citação (cerca de 34% e 20%, respectivamente).

Da literatura internacional, há a presença de autores clássicos, utilizados ao demonstrar a importância da transparência em um contexto democrático, como Bobbio, com a relação inversa entre segredo e democracia (2015), e Habermas, com a democracia deliberativa (MARIA, 2019), presentes em 15% e 10%, respectivamente. São ainda autores-base para as pesquisas analisadas, Castells (13% dos trabalhos), evidenciando a relação feita pelos estudiosos entre transparência e a sociedade em rede (CASTELLS, 2013), e Schedler (10%), demonstrando a associação recorrente de transparência e *accountability*, com base no seu conceito bidimensional (SCHEDLER, 1999).

Quanto aos teóricos do campo da transparência governamental, os autores com maior influência nos textos analisados são Heald (15%), ao qual se destaca a anatomia da transparência desenvolvida por ele (2006), Meijer (12%), com destaque para as definições de transparência moderna (2009). Sobressai-se, ainda, Hood

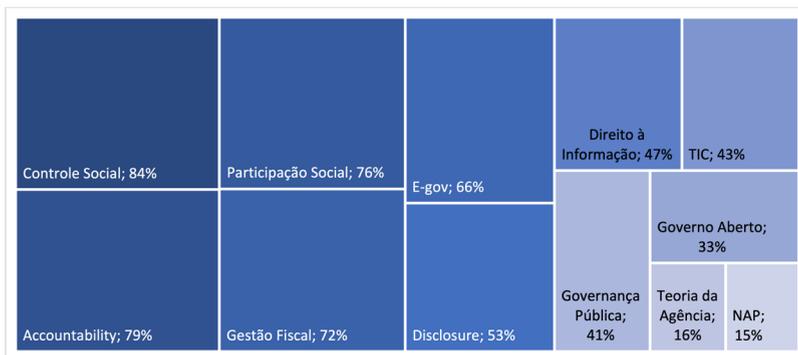
(12%), com uma perspectiva histórica da transparência (2006a) e Grimmelikhuijsen (10%), que além de diversos estudos na área, é um dos autores de artigo referência com revisão da produção teórica do campo (CUCCINIELLO; PORUMBESCU; GRIMMELIKHUIJSEN, 2017), o qual influenciou outras revisões do tema (MARINO *et al.*, 2017; MARQUES; CARVALHO; SIENA, 2022).

4.2. Principais tópicos abordados nas pesquisas

Excetuando o termo “transparência” (70% das pesquisas), as dez palavras-chave mais usadas na amostra foram: portais eletrônicos (83), municípios (82), lei de acesso à informação (77), gestão pública (50), *accountability* (47), acesso à informação (31), controle social (30), governo eletrônico (29), lei de responsabilidade fiscal (24) e democracia (20). Essas palavras-chave revelam a associação da transparência com tecnologias de informação (portais e governo eletrônico), *accountability*, controle social, democracia e legislação (LAI e LRF).

Corroborando com essa análise, conforme Figura 6, os assuntos mais abordados tratam dos efeitos da transparência, como controle social, *accountability* e participação social. Ainda presente em mais da metade das pesquisas, têm-se os termos “gestão fiscal” e disclosure, ambos evidenciam o viés fiscal, financeiro e contábil que representa uma tendência dos estudos em transparência (CUCCINIELLO; PORUMBESCU; GRIMMELIKHUIJSEN, 2017) e uma possível influência da LRF.

Figura 6: Principais temas nos estudos em transparência pública municipal



Fonte: Elaborado pelos autores.

Ainda com grande presença nos trabalhos, têm-se os aspectos relacionados à tecnologia, com os termos referentes ao governo eletrônico e às TIC. Em uma perspectiva legal, em quase metade dos estudos é abordado o direito de acesso à informação. Do ponto de vista de gestão,

tem-se a governança pública, o governo aberto e, com menor incidência, a nova administração pública. Por fim, a teoria de base mais presente nos trabalhos refere-se à Teoria da Agência, demonstrando a influência dos seus fundamentos na explicação sobre a maior ou menor opacidade nos entes públicos (TEJEDO-ROMERO; DE ARAUJO, 2018).

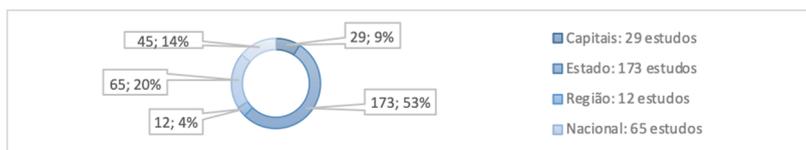
Quanto à natureza das pesquisas, apenas 2% são teóricas, validando os achados de Marino e colaboradores (2017) sobre a tendência aumentada de pesquisas empíricas sobre transparência ao longo dos anos e de pouca teorização do tema (HOOD, 2006). A maioria das pesquisas aplicadas (71%) avaliou sítios eletrônicos ou utilizou índices de mensuração da transparência em portais. Observa-se uma predominância de estudos baseados na transparência digital, representando 91% de todos os estudos analisados. Em relação a outras fontes, as entrevistas com gestores foram predominantes (41), enquanto pesquisas investigando a perspectiva do cidadão (14), especialistas e sociedade civil organizada (9) foram escassas.

4.3. Características das amostras nas pesquisas

Quanto à área geográfica estudada, mais da metade das pesquisas aplicadas (53%) focaram em municípios de um único estado, conforme Figura 7. A maioria dessas pesquisas utilizou amostras não probabilísticas, selecionando regiões específicas dentro do estado (62), municípios por porte (35) ou outros critérios (26). Em menor quantidade, houve estudos que analisaram todos os municípios do estado escolhido (42) ou uma amostra aleatória (6). Sob outro viés, foram encontrados poucos estudos que compararam mais de uma esfera, como o executivo municipal com o estadual ou federal (7 trabalhos), ou mais de um poder, como legislativo e judiciário (4 trabalhos), além de comparações internacionais (1 trabalho).

Os estados com o maior número de estudos foram Rio Grande do Sul (32), Minas Gerais (22), Santa Catarina (16) e São Paulo (15), correspondendo à metade das pesquisas dedicadas a uma única unidade federativa. Por outro lado, três estados da região norte não tiveram estudos dedicados exclusivamente a eles, especificamente, Acre, Amapá e Roraima.

Figura 7: Distribuição geográfica da amostra dos estudos



Fonte: Elaborado pelos autores.

Em relação aos estudos que analisaram municípios de mais de um estado, a seleção por região foi predominante (4%), com destaque para a região sul (9), enquanto as outras regiões tiveram poucos estudos - sudeste (2), norte (1) e nordeste (1) - ou nenhum estudo dedicado ao território, caso do centro-oeste. Além disso, houve pesquisas de abrangência nacional (20%) que englobaram vários ou todos os estados, sem uma determinação geográfica específica, com seleção por porte (22), variáveis socioeconômicas (10), amostra aleatória (25) ou, em menor incidência, abrangendo todos os municípios nacionais por meio de dados secundários (8).

Por fim, houve estudos dedicados às capitais de mais de um estado (9%) e a um único município (26) ou capital (19) de uma unidade federativa (14%). Os estudos de caso de um único ente municipal foram os mais frequentes (45). Em relação ao tamanho da amostra, os estudos concentraram-se entre dois e cem municípios (166), com uma média de 72,9 municípios por amostra.

Os municípios de grande porte foram o foco de 92% das pesquisas, enquanto os de médio porte (64%) e pequeno porte (54%) tiveram menor presença nos estudos. Em termos de localização da amostra, conforme elencado na Figura 8, as regiões sul e sudeste foram as mais abordadas. Os estados do Rio Grande do Sul, Minas Gerais, Paraná, Santa Catarina, São Paulo e Rio de Janeiro juntos estiveram presentes em 51% dos estudos. Por outro lado, os estados do Amapá, Roraima, Tocantins, Sergipe e Mato Grosso do Sul foram foco de menos de 7% dos estudos. Observa-se, assim, que apesar da vasta quantidade de pesquisas e variedade da amostra, a qual abarca todos os municípios do país, há uma disparidade nos portes dos municípios estudados e, especialmente, nas unidades federativas estudadas mais amplamente.

Figura 8: Áreas geográficas dos estudos

UF	N	REGIÃO	%	UF	N	REGIÃO	%	UF	N	REGIÃO	%
RS	106	Sul	20%	PA	62	Norte	6%	AL	52	Nordeste	3%
MG	80	Sudeste	12%	CE	58	Nordeste	5%	AC	51	Norte	3%
PR	80	Sul	12%	ES	58	Sudeste	5%	MS	51	Centro-Oeste	3%
SC	80	Sul	12%	RN	57	Nordeste	5%	RO	51	Norte	3%
SP	76	Sudeste	11%	GO	56	Centro-Oeste	4%	SE	51	Nordeste	3%
RJ	75	Sudeste	10%	AM	55	Norte	4%	TO	50	Norte	3%
BA	65	Nordeste	7%	MA	54	Nordeste	4%	RR	48	Norte	2%
PE	65	Nordeste	7%	MT	53	Centro-Oeste	3%	AP	46	Norte	1%
PB	63	Nordeste	7%	PI	53	Nordeste	3%				

Fonte: Elaborado pelos autores.

Diante desse cenário, pode-se concluir que os municípios mais estudados são os de grande porte, especialmente as capitais e regiões metropolitanas, nas regiões sul e sudeste. Já os municípios de pequeno porte, na região norte do país, são menos estudados. Essa constatação reforça a

necessidade de uma maior investigação sobre a situação da transparência nesses municípios e de encontrar formas de promovê-la.

4.4. Características da transparência nas pesquisas

A maioria dos estudos revisados (86%) abordou apenas a transparência ativa, enquanto menos de 14% abordaram a transparência passiva. Isso confirma as descobertas de estudos anteriores sobre a falta de pesquisas relacionadas à solicitação de informações pelos órgãos públicos (RAUPP, 2016). Além disso, foram identificados dois estudos com foco na transparência interna, ou seja, junto aos órgãos de controle.

Em termos de conteúdo, a maioria dos estudos tratou da transparência fiscal e administrativa de maneira ampla. Em menor escala, foram abordadas questões específicas de transparência, como Covid (9), ambiental (2), cartográfica, compras públicas, educação, saúde, tributária e renúncia fiscal (1 estudo cada). Quanto às leis, as mais citadas foram a LRF (302), a LAI (299) e a Lei da Transparência (230), o que justifica a ampla abordagem da transparência fiscal e administrativa. Outras leis mencionadas em vários estudos foram a Lei 4.320/64 (85), que trata da contabilidade pública, e a Lei das Contas Públicas (70).

4.5. Discussão dos resultados

Primeiramente, temos que a transparência no Brasil passou a significar a transparência midiática/digital constante nos portais eletrônicos e, em menor escala, nos pedidos de acesso à informação por esse meio. Destaca-se, também, que o interesse acadêmico se concentrou no desenvolvimento desses canais e no cumprimento das exigências legais.

Quanto ao enfoque na legislação, observa-se uma concentração de pesquisas na área da transparência financeira e contábil. Isso pode ser atribuído, em parte, à sua objetividade, o que facilita sua mensuração. Exemplo disso, é o maior cumprimento, de forma geral, ao estabelecido na LRF, quando comparado com as exigências da LAI. Além disso, há poucas pesquisas voltadas para uma abordagem qualitativa da transparência, que incluía entrevistas aprofundadas com gestores e a sociedade, ou que se focuem no cidadão e na avaliação do atendimento dos seus interesses pela transparência.

Sob uma perspectiva temporal, é possível identificar algumas fases no levantamento realizado. Inicialmente, havia um grande número de municípios sem websites e aqueles que possuíam apresentavam portais sem padrões e com dificuldades técnicas significativas (SOUZA *et al.*, 2008; TEIXEIRA, 2004). Em seguida, superada em grande parte a ausência de portais, verificou-se um baixo cumprimento das exigências legais (BEZERRA, 2012;

NASCIMENTO, 2011). Por fim, os municípios progrediram em direção ao cumprimento da legislação, ainda que de forma parcial, mas continuaram distantes das boas práticas de transparência (ABDALA; TORRES, 2016; ALVES *et al.*, 2021; ARAÚJO *et al.*, 2020; BATISTA; ROCHA; SANTOS, 2020; CEOLIN; ALMEIDA; ALVES, 2015; CRUZ; ZUCCOLOTTO, 2020; SOUZA *et al.*, 2019).

Os dezesseis estudos analisados de forma aprofundada revelaram um cenário de opacidade nos municípios brasileiros, com diferentes perspectivas e desafios. Akutsu e Pinho (2002) constataram a insuficiência dos portais de transparência em promover a *accountability*, cenário que permaneceu ao longo dos anos, com baixos níveis tanto de transparência (COELHO *et al.*, 2018; CRUZ; SILVA; SANTOS, 2009; DINIZ, 2015) quanto de implementação da LAI (BERNARDES; SANTOS; ROVER, 2015; MICHENER; CONTRERAS; NISKIER, 2018), influenciados por motivações políticas e informacionais (BATISTA; ROCHA; NASCIMENTO, 2022).

Além disso, observou-se que atualmente persiste uma falta de padronização tanto nos portais (PASCOALOTO, 2017; SOARES; ROSA, 2018) quanto nos modelos de avaliação utilizados nas pesquisas (POSSAMAI; SCHINDLER, 2017). Estudos recentes têm se concentrado na análise do impacto da tecnologia nos portais sobre os níveis de transparência, levando em consideração fatores como os desenvolvedores desses espaços e a terceirização (DIAS *et al.*, 2020; PRECINOTTO, 2021).

E, sobretudo nos últimos cinco anos, estudos têm buscado relacionar a transparência com possíveis variáveis explicativas, compreendendo cerca de 27% (91) dos trabalhos analisados. Observou-se que quase dois terços dessas pesquisas (66%) foram realizadas entre 2017 e 2022, com ápice entre 2019/2020. Essa tendência está alinhada com os estudos de Cunha Filho (2018), para o qual a busca de determinantes para a transparência reflete a mais recente geração de estudos do tema.

CONCLUSÃO

Após 35 anos da promulgação da CF/88 e aproximadamente uma década desde a implementação da LAI, a presente pesquisa teve como objetivo compreender o panorama da produção acadêmica sobre transparência nos municípios brasileiros. A análise de 336 estudos revelou um interesse crescente na investigação da transparência municipal, com foco em pesquisas aplicadas que principalmente mensuram a transparência eletrônica. No entanto, há uma escassez de estudos que abordem municípios menores, a transparência passiva e análises qualitativas aprofundadas das políticas de transparência.

Do ponto de vista empírico, ao avaliar os estudos selecionados, notou-se que, embora tenha havido evolução ao longo dos anos, ainda prevalece um

cenário de opacidade nos municípios brasileiros. Foi evidenciada, ainda, a importância da normatização, tanto no aumento do interesse acadêmico quanto no seu uso como base para avaliação, assim como na adaptação dos órgãos municipais para promover a transparência. No entanto, persistem deficiências na implementação, conformidade e fiscalização das regulamentações, além de uma heterogeneidade de resultados entre os municípios (SCHWAITZER; MICHENER, 2020).

Em termos de “robustez legal” (MICHENER; NICHTER, 2020), a LAI brasileira encontra-se no quadrante superior do *Global Right to Information Rating* (CENTRE FOR LAW AND DEMOCRACY, 2022). Entretanto, a força da legislação não se mostra capaz de garantir uma transparência efetiva, encontrando obstáculos para sua concretização. Nesse sentido, os estudos têm revelado resultados relevantes e variados na análise da relação entre transparência e fatores socioeconômicos.

É importante ressaltar que esta pesquisa apresenta limitações na coleta e análise de dados devido à grande quantidade de trabalhos revisados, não incluindo uma análise qualitativa dos métodos e da robustez de cada estudo. Apesar da abundância de trabalhos sobre transparência nos municípios, esta revisão destaca a necessidade de diversificar as amostras em termos geográficos, quantitativos e de tamanho populacional. Pesquisas futuras podem preencher essas lacunas e concentrar-se na revisão e desenvolvimento de modelos abrangentes para mensurar a transparência.

Embora a normatização e a conformidade sejam etapas essenciais, é a implementação efetiva e a fiscalização adequada que verdadeiramente moldarão uma cultura transparente. Em outras palavras, a transparência *de jure* não garante automaticamente a transparência *de facto* (HOOD, 2006; MICHENER; NICHTER, 2022). Assim, em um contexto de opacidade predominante nos municípios brasileiros, os estudos sobre transparência assumem uma importância crucial. Compreender tanto a teoria quanto a prática nesse tema possibilita uma análise mais profunda e a busca por soluções para os desafios enfrentados na construção de uma sociedade mais justa e responsável.

REFERÊNCIAS

ABDALA, P. R. Z.; TORRES, C. M. S. de O. e. *A Transparência como Espetáculo: uma análise dos portais de transparência de estados brasileiros*. Administração Pública e Gestão Social, v. 1, n. 3, p. 147–158, ago. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21118/apgs.v1i3.1023>. Acesso em: 20 jun. 2022.

AKUTSU, L.; PINHO, J. A. G. De. Sociedade da informação, accountability e democracia delegativa: investigação em portais de governo no Brasil. *Revista de*

Administração Pública, v. 36, n. 5, p. 723–745, jan. 2002. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6461>. Acesso em: 20 jun. 2022.

ALVES, J. F.; MIRANDA, A. R. A.; TEIXEIRA, M. A. C.; SOUZA, P. R. R. De. *Ranking de transparência ativa de municípios do Estado de Minas Gerais: avaliação à luz da Lei de Acesso à Informação*. Cadernos EBAPE.BR, v. 19, n. 3, p. 564–581, jul.-set. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1679-395120200135>. Acesso em: 20 jun. 2022.

ARAÚJO, X. M. B.; KRONBAUER, C. A.; CARVALHO, J. R. M. De; CIRNE, G. M. P. Quem está ficando para trás? Uma análise da transparência pública dos portais eletrônicos de municípios tocantinenses. *Revista Contemporânea de Contabilidade*, v. 17, n. 44, p. 123–141, jul. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2175-8069.2020v17n44p123>. Acesso em: 20 jun. 2022.

ARRETCHE, M. *Relações federativas nas políticas sociais*. Educação & Sociedade, v. 23, n. 80, p. 25–48, set. 2002. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0101-73302002008000003>. Acesso em: 20 maio. 2022.

BARROS, L. V. *O estado (in)transparente: limites do direito à informação socioambiental no Brasil*. Brasília: UNB, 2008. 368 p. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/4167?mode=full>. Acesso em: 20 jun. 2022.

BATISTA, M. *A difusão da Lei de Acesso à Informação nos municípios brasileiros: fatores internos e externos*. Cadernos Enap, v. 53, p. 84p., nov. 2017. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/3125>. Acesso em: 20 jun. 2022.

BATISTA, M.; ROCHA, V.; NASCIMENTO, P. Atar as mãos do sucessor ou seguir o vizinho? Difusão do acesso à informação nos municípios brasileiros. *Revista de Administração Pública*, v. 56, n. 3, p. 393–412, mai.-jun. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0034-761220220069>. Acesso em: 22 mar. 2023.

BATISTA, M.; ROCHA, V.; SANTOS, J. L. A. Dos. Transparência, corrupção e má gestão: uma análise dos municípios brasileiros. *Revista de Administração Pública*, v. 54, n. 5, p. 1382–1401, set.-out. 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0034-761220190290>. Acesso em: 20 jun. 2022.

BERNARDES, M. B.; SANTOS, P. M.; ROVER, A. J. Ranking das prefeituras da região Sul do Brasil: uma avaliação a partir de critérios estabelecidos na Lei de Acesso à Informação. *Revista de Administração Pública*, v. 49, n. 3, p. 761–792, mai.-jun. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0034-7612119279>. Acesso em: 20 jun. 2022.

BEZERRA, M. do S. C. *Transparência na execução orçamentária e financeira: um estudo em sites web de municípios brasileiros de médio porte*. Recife: 2012. 32 p. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10428>. Acesso em: 20 jun. 2022.

BOBBIO, N. *Democracia e segredo*. São Paulo: Editora Unesp, 2015. 88 p.

BRASIL. Presidência da República. *[Constituição (1988)]*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Presidência da República, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Brasília: Presidência da República., 18 nov. 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 20 maio. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Compte à Corruption*. Ranking Nacional da Transparência. 2022. Disponível em: <http://combateacorrupcao.mpf.mp.br>. Acesso em: 20 jun. 2022a.

BRASIL. TCU. *Acórdão 2050/2022*. Relatório de acompanhamento para avaliar e propor ações para melhoria de transparência nos municípios e implementar estratégia de atuação de controle do TCU no sentido de coibir e corrigir práticas em desacordo com a transparência pública em entes das esferas estadual e municipal quando da gestão de recursos federais. Plenário. Relator: Vital do Rêgo. Sessão de 14/9/2022. Brasília: TC 042.989/2021-3. 2022b.

CAMPOS, A. M. Accountability: Quando poderemos traduzi-la para o português? *Revista de Administração Pública*, v. 24, n. 2, p. 30–50, jun. 1990. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/9049>. Acesso em: 25 maio. 2021.

CASTELLS, M. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2013. 630 p.

CENTRE FOR LAW AND DEMOCRACY. *Global RTI Rating, 2022*. Disponível em: <https://www.law-democracy.org/live/rTI-rating/global/>. Acesso em: 29 maio. 2022.

CEOLIN, A. C.; ALMEIDA, J. A. C. De; ALVES, M. do C. M. *Portal da Transparência e o acesso à informação: um estudo do portal da transparência e o controle social em três municípios do estado de Pernambuco*. Desenvolvimento Socioeconômico em Debate, v. 1, n. 2, p. 42, mai. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.18616/rdsd.v1i2>. Acesso em: 20 jun. 2022.

CIRQUEIRA, J. C. *Transparência nas compras públicas municipais: uma análise nas aquisições de bens e serviços comuns nos municípios alagoanos*. Maceió: UFAL, 2019. 78 p. Disponível em: <http://www.repositorio.ufal.br/handle/riufal/4790>. Acesso em: 20 jun. 2022.

COELHO, T. R.; SILVA, T. A. B. Da; CUNHA, M. A.; TEIXEIRA, M. A. C. *Transparência governamental nos estados e grandes municípios brasileiros: uma “dança dos sete véus” incompleta?* Cadernos Gestão Pública e Cidadania, v. 23, n. 75, p. 235–260, ago. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/cgpc.v23n75.73447>. Acesso em: 20 jun. 2022.

CORDEIRO, L.; BALDINI SOARES, C. *Revisão de escopo: potencialidades para a síntese de metodologias utilizadas em pesquisa primária qualitativa*. BIS. Boletim do Instituto de Saúde, v. 20, n. 2, p. 37–43, dez-2020. Disponível em: <https://doi.org/10.52753/bis.2019.v20.34471>. Acesso em: 2 set. 2022.

CORRÊA, A. S.; PAULA, E. C. De; CORRÊA, P. L. P.; SILVA, F. S. C. Da. *Transparency and open government data*. Transforming Government: People, Process and Policy, v. 11, n. 1, p. 58–78, mar. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1108/TG-12-2015-0052>. Acesso em: 29 maio. 2021.

CRUZ, C. F.; SILVA, L. M. Da; SANTOS, R. *Transparência da gestão fiscal: um estudo a partir dos portais eletrônicos dos maiores municípios do Estado do Rio de Janeiro*. Contabilidade, Gestão e Governança, v. 12, n. 3, p. 102–115, fev. 2009. Disponível em: <https://revistacgg.org/index.php/contabil/article/view/86>. Acesso em: 20 jun. 2022.

CRUZ, G. J. L. Da; ZUCCOLOTTO, R. *Transparência ativa no Judiciário: um estudo dos portais eletrônicos dos Tribunais de Justiça*. Cadernos Gestão Pública e Cidadania, v. 25, n. 82, p. 1–21, ago. 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.12660/cgpc.v25n82.80149>. Acesso em: 20 jun. 2022.

CRUZ, N. F. Da; TAVARES, A. F.; MARQUES, R. C.; JORGE, S. M.; SOUSA, L. De. *Measuring Local Government Transparency*. Public Management Review, v. 18, n. 6, p. 866–893, jun. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/14719037.2015.1051572>. Acesso em: 29 maio. 2021.

CUADRADO-BALLESTEROS, B. *The impact of functional decentralization and externalization on local government transparency*. Government Information Quarterly, v. 31, n. 2, p. 265–277, abr. 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2013.10.012>. Acesso em: 30 maio. 2021.

CUCCINIELLO, M.; PORUMBESCU, G. A.; GRIMMELIKHUIJSEN, S. G. 25 Years of Transparency Research: Evidence and Future Directions. *Public Administration Review*, v. 77, n. 1, p. 32–44, nov. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/puar.12685>. Acesso em: 29 maio. 2021.

CUNHA FILHO, M. C. O que sabemos sobre transparência pública? Uma revisão bibliográfica das abordagens normativa, conceitualista e empírica. *Revista da CGU*, v. 10, n. 16, p. 20, ago. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v10i16>. Acesso em: 20 ago. 2021.

CUNHA FILHO, M. C. *A Construção da Transparência Pública no Brasil: Análise da Elaboração e Implementação da Lei de Acesso à Informação no Executivo Federal (2003-2019)*. Brasília: UNB, 2019. 240 p. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/35673>. Acesso em: 10 maio. 2022.

DIAS, L. N. da S.; AQUINO, A. C. B. De; SILVA, P. B. Da; ALBUQUERQUE, F. dos S. Terceirização de portais de transparência fiscal em prefeituras municipais. *Revista de Contabilidade e Organizações*, v. 14, n. 91, p. e164383, mai. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.1982-6486.rco.2020.164383>. Acesso em: 20 jun. 2022.

DINIZ, G. M. *A gestão da informação dos municípios cearenses com suporte em um modelo de análise da transparência digital em portais eletrônicos*. Fortaleza: UNIFOR, 2015. 409 p. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalho/Conclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=2945913. Acesso em: 20 jun. 2022.

DIÓGENES, J. R. A. *Transparência pública nas universidades federais brasileiras no contexto da pandemia da Covid-19*. Fortaleza: UFC, 2021. 112 p. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/60694>. Acesso em: 3 maio. 2021.

FENNER, V. U. *Transparência pública municipal: análise das variáveis políticas e socioeconômicas determinantes*. Cerro Largo: UFFS, 2020. 175 p. Disponível em: <https://rd.uffs.edu.br/handle/prefix/3968>. Acesso em: 30 maio. 2021.

FERNANDES, G. A. de A. L.; TEIXEIRA, M. A. C.; FERNANDES, I. F. de A. L.; ANGÉLICO, F. The failures of horizontal accountability at the subnational level: a perspective from the Global South. *Development in Practice*, v. 30, n. 5, p. 687–693, jun. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/09614524.2020.1773764>. Acesso em: 22 jun. 2022.

GIL, A. C. *Como elaborar projetos de pesquisa*. São Paulo: Editora Atlas, 2002. 176 p.

GRIMMELIKHUIJSEN, S. G.; JOHN, P.; MEIJER, A. J.; WORTHY, B. *Do freedom of information laws increase transparency of government? A replication of a field experiment*. *Journal of Behavioral Public Administration*, v. 2, n. 1, p. 1–10, jan. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.30636/jbpa.12.34>. Acesso em: 29 maio. 2021.

GRIN, E. J.; ABRUCIO, F. L. Las capacidades estatales de los municipios brasileños en un contexto de descentralización de políticas. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, n. 70, p. 93–126, fev. 2018. Disponível em: <https://biblat.unam.mx/hevila/RevistadelCLADReformaydemocracia/2018/no70/4.pdf>. Acesso em: 3 maio. 2022.

HEALD, D. Varieties of transparency. In: HOOD, C.; HEALD, D. (org.). *Transparency: The Key to Better Governance?* New York: Oxford University Press, 2006. p. 25–43.

HERMAN, F.; MARQUES, F. P. J.; MIOLA, E. What factors influence the quality of local governments' digital transparency? Evidence from the Brazilian case. *Opinião Pública*, v. 28, n. 3, p. 857–884, set.-dez. 2022. Disponível em: <http://doi.org/10.1590/1807-01912022283857>. Acesso em: 25 abr. 2023.

HOOD, C. *Transparency in Historical Perspective*. In: HOOD, C.; HEALD, D. (org.). *Transparency: The Key to Better Governance?* New York: Oxford University Press, 2006 a. p. 3–23.

HOOD, C. *Beyond Exchanging First Principles?* Some Closing Comments. In: HOOD, C.; HEALD, D. (org.). *Transparency: The Key to Better Governance?* New York: Oxford University Press, 2006 b. p. 211–225.

IBGE. *Perfil dos Municípios Brasileiros 2019*. MUNIC. 2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/saude/10586-pesquisa-de-informacoes-basicas-municipais.html?edicao=29466&t=destaques>. Acesso em: 15 maio. 2022.

KASYMOVA, J.; FERREIRA, M. A. M.; PIOTROWSKI, S. J. *Do Open Data Initiatives Promote and Sustain Transparency? A Comparative Analysis of Open Budget Portals in Developing Countries*. In: ZHANG, J.; LUNA-REYES, L.; PARDO, T.; SAYOGO, D. (org.). *Information, Models, and Sustainability*.

Public Administration and Information Technology. Switzerland: Springer International Publishing, 2016. v. 20. p. 137–155. Disponível em: https://doi.org/10.1007/978-3-319-25439-5_7

LIMA, C. C. P.; BRANDÃO, P. D. M. Transparência no Campo da Administração Pública: um estudo na produção científica dos programas de pós-graduação brasileiros. *Revista da CGU*, v. 12, n. 21, p. 16, jun. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v12i21.162>. Acesso em: 20 jun. 2022.

LUQUE, C. A.; SILVA, V. M. Da. *A Lei de Responsabilidade na Gestão Fiscal: Combatendo Falhas de Governo à Brasileira*. Brazilian Journal of Political Economy, v. 24, n. 3, p. 413–432, jul.-set. 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0101-35172004-1614>. Acesso em: 20 jun. 2022.

MACHADO, L. N.; ORTIZ, M. S. P.; SILVA, T. A. B. Da; BELLIX, L. Restrições ao direito de acesso à informação em contextos emergenciais: análise dos efeitos da Covid-19 nos governos subnacionais. *Revista da CGU*, v. 12, n. 22, p. 246–259, dez. 2020. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/64758>. Acesso em: 20 jun. 2022.

MARIA, M. M. L. *Transparência Fiscal nos municípios: uma análise das causas das variações em 48 municípios brasileiros*. Vitória: UFES, 2019. 95 p. Disponível em: <http://repositorio.ufes.br/handle/10/11113>. Acesso em: 20 jun. 2022.

MARINO, P. de B. L. P.; SUCUPIRA, G. I. C. S.; SIQUEIRA, W. R. De; BERMEJO, P. H. de S. *Public Transparency in the Brazilian Context: An Integrative Review*. In: (Springer Cham, Org.) Lecture notes in business information processing 2017, Switzerland. Anais [...]. Switzerland. p. 261–274. Disponível em: https://doi.org/10.1007/978-3-319-65930-5_22. Acesso em: 20 jun. 2022.

MARQUES, M. C.; CARVALHO, E. M. De; SIENA, O. *Transparência na Administração Pública: uma Revisão de Escopo*. In: ANAIS DO 22º USP INTERNATIONAL CONFERENCE IN ACCOUNTING 2022, Anais [...]. [s.l.: s.n.]. Disponível em: <https://congressosp.fipecafi.org/anais/22UspInternational/ArtigosDownload/3839.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2022.

MEDEIROS, I. L.; VIEIRA, A.; BRAVIANO, G.; GONÇALVES, B. S. *Systematic Review and Bibliometrics facilitated by a Canvas for information visualization*. InfoDesign - Brazilian Journal of Information Design, v. 12, n. 1, p. 93–110, ago. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.51358/id.v12i1.341>. Acesso em: 20 jun. 2022.

MEIJER, A. J. *Understanding modern transparency*. *International Review of Administrative Sciences*, v. 75, n. 2, p. 255–269, jun. 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0020852309104175>. Acesso em: 20 jun. 2022.

MICHENER, G.; CONTRERAS, E.; NISKIER, I. Da opacidade à transparência? Avaliando a Lei de Acesso à Informação no Brasil cinco anos depois. *Revista de Administração Pública*, v. 52, n. 4, p. 610–629, jul.-ago. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0034-761220170289>. Acesso em: 2 jun. 2021.

MICHENER, G.; NICTER, S. *Variáveis determinantes para cumprimento à Lei de Acesso à Informação nos municípios brasileiros*. Apresentado para a Controladoria Geral da União, relativo ao Marco 1, Compromisso 11 (diagnóstico da LAI nos municípios), Open Government Partnership. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/governo-aberto/a-ogp/planos-de-acao/4o-plano-de-acao-brasileiro/compromisso-11-docs/diagnostico-lai-municipal-determinantes-michener_nichter-fgv-ptp.pdf.

MICHENER, G.; NICTER, S. Local compliance with national transparency legislation. *Government Information Quarterly*, v. 39, n. 1, p. 101659, jan. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2021.101659>. Acesso em: 20 jun. 2022.

NASCIMENTO, L. P. Do. *A Transparência dos Portais Brasileiros de Transparência Pública: Um Estudo de Três Casos*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2011. 186 p. Disponível em: http://www.institutoapoiar.org.br/imagens/bibliotecas/A_Transparencia_dos_Portais_Brasileiros_de_Transparencia_Publica.pdf. Acesso em: 20 jun. 2022.

NEUMAN, L. *Enforcement models: Content and context*. *Communication for governance and accountability programme (CommGAP)*: The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank. Washington, D.C. Disponível em: https://foiadvocates.net/wp-content/uploads/Publication_WBI_EnforcementModels.pdf.

PASCOALOTO, F. F. *As práticas de transparência na execução orçamentária em Municípios da Região Metropolitana do Estado de São Paulo*. São Paulo: PUC, 2017. 98 p. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/20864>. Acesso em: 20 jun. 2022.

PETERS, M. D. J.; GODFREY, C. M.; KHALIL, H.; MCINERNEY, P.; PARKER, D.; SOARES, C. B. Guidance for conducting systematic scoping reviews. *International Journal of Evidence-Based Healthcare*, v. 13, n. 3, p. 141–146, set. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1097/xeb.0000000000000050>. Acesso em: 20 out. 2022.

PIÑA, G.; AVELLANEDA, C. *Central Government Strategies to Promote Local Governments' Transparency: Guidance or Enforcement? Public Performance & Management Review*, v. 42, n. 2, p. 357–382, set. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/15309576.2018.1462215>. Acesso em: 20 ago. 2022.

PINHO, J. A. G. De; SACRAMENTO, A. R. S. Accountability : já podemos traduzi-la para o português?. *Revista de Administração Pública*, v. 43, n. 6, p. 1343–1368, nov.-dez. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/g3xgtqkwFJS93RSnHFTsPDN/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 25 maio. 2021.

PINTO FILHO, J.; FINGER, A. B.; PINTO, I. M. B. S. Acesso à informação: traçando um panorama da lei 12.527/2011 a partir de uma revisão sistemática de literatura. *Revista Gestão e Desenvolvimento*, v. 18, n. 3, p. 131–156, nov. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.25112/rgd.v18i3.2359>. Acesso em: 20 out. 2022.

PIOTROWSKI, S. J. *The “Open Government Reform” Movement*. *The American Review of Public Administration*, v. 47, n. 2, p. 155–171, nov. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0275074016676575>. Acesso em: 30 maio. 2021.

PIOTROWSKI, S. J.; ZHANG, Y.; LIN, W.; YU, W. *Key Issues for Implementation of Chinese Open Government Information Regulations*. *Public Administration Review*, v. 69, p. S129–135, dez. 2009. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40469083>. Acesso em: 20 abr. 2022.

POSSAMAI, A. J.; SCHINDLER, E. *Transparência e Lei de Acesso à Informação (LAI) nos municípios gaúchos: fatores associados*. *Indicadores Econômicos FEE*, v. 45, n. 1, p. 71–86, dez. 2017. Disponível em: <https://revistas.planejamento.rs.gov.br/index.php/indicadores/article/view/3988>. Acesso em: 20 jun. 2022.

PRECINOTTO, A. *Transparência de dispensas de licitação em situações de emergência nacional*. Ribeirão Preto: USP, 2021. 121 p. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/96/96133/tde-19112021-120551/en.php>. Acesso em: 3 maio. 2022.

RAUPP, F. M. Realidade da transparência passiva em prefeituras dos maiores municípios brasileiros. *Revista Contemporânea de Contabilidade*, v. 13, n. 30, p. 34, dez. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/contabilidade/article/view/2175-8069.2016v13n30p34>. Acesso em: 20 jun. 2022.

RAUPP, F. M.; BEUREN, I. M. *Metodologia da pesquisa aplicável às ciências sociais*. In: BEUREN, I. M. (org.). *Como elaborar trabalhos monográficos em Contabilidade: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 76–97.

REIS, H. da C. *A transparência nas demonstrações contábeis de uma administração municipal: um estudo de caso*. Rio de Janeiro: FGV, 1988. 163 p. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/9154>. Acesso em: 20 jun. 2022.

SACRAMENTO, A. R. S.; PINHO, J. A. G. De. The process of implementing answerability in contemporary Brazil. *Revista de Administração Pública*, v. 50, n. 2, p. 193–213, mar.-abr. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0034-7612147614>. Acesso em: 25 maio. 2021.

SCHEDLER, A. *Conceptualizing Accountability*. In: DIAMOND, L.; SCHEDLER, A.; PLATTNER, M. (org.). *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*. 1. ed., Stanford: Lynne Rienner Pub, 1999. p. 13–28.

SCHWAITZER, B.; MICHENER, G. *Indicadores de implementação e cumprimento ao acesso à informação pública em nível subnacional no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV - Programa de Transparência Pública, 2020. Disponível em: https://transparencia.ebape.fgv.br/sites/transparencia.ebape.fgv.br/files/diagnostico_subnacional_lai-compromisso_11-relatorio_fgv-tp.pdf. Acesso em: 1 set. 2022.

SOARES, C. S.; ROSA, F. S. Da. O que deve ser publicado no portal de transparência ? Análise do portal eletrônico dos maiores municípios gaúchos. In: XXV Congresso Brasileiro De Custos 2018, Vitória. Anais [...]. Vitória. p. 16. Disponível em: <https://anaiscbc.abcustos.org.br/anais/article/view/4503/4504>. Acesso em: 20 jun. 2022.

SOUZA, A. A. De; BOINA, T.; AVELAR, E. A.; GOMIDE, P. L. R. *Evidenciação Contábil nos Municípios Mineiros: Atendimento ao Artigo 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal*. *Pensar Contábil*, v. 10, n. 42, p. 36–43, out.-dez. 2008. Disponível em: <http://www.atena.org.br/revista/ojs-2.2.3-08/index.php/pensarcontabil/article/viewFile/91/91>. Acesso em: 20 jun. 2022.

SOUZA, R. J. De; BARBOSA, R. B.; CABRAL, A. C. de A.; SANTOS, S. M. Dos. *Avaliação da Qualidade das Informações disponibilizadas no Portal da Transparência do Estado do Ceará*. *Encontros Bibli: revista eletrônica de biblioteconomia e ciência da informação*, v. 24, n. 54, p. 91–104, jan. 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5007/1518-2924.2019v24n54p91>. Acesso em: 20 jun. 2022.

TEIXEIRA, A. *O Uso das Novas Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) e a Transparência na Gestão Pública Municipal no Ceará*. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2004. Disponível em: <https://peobservacao.com.br/wp-content/uploads/2015/07/transparencia.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2022.

TEJEDO-ROMERO, F.; DE ARAUJO, J. F. F. E. *Determinants of Local Governments' Transparency in Times of Crisis: Evidence From Municipality-Level Panel Data*. *Administration & Society*, v. 50, n. 4, p. 527–554, set. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1177/0095399715607288>. Acesso em: 30 maio. 2021.

TRICCO, A. C. et al. *PRISMA Extension for Scoping Reviews (PRISMA-ScR): Checklist and Explanation*. *Annals of Internal Medicine*, v. 169, n. 7, p. 467–473, ago. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.7326/M18-0850>

Recebido em: 30/06/2022
Aprovado em: 20/12/2022

A PESQUISA JURÍDICA NO MESTRADO: UMA INTRODUÇÃO AOS SEUS FUNDAMENTOS

*LEGAL SCHOLAR RESEARCH IN LLM COURSES:
AN INTRODUCTION TO ITS FUNDAMENTALS*

Leonardo Marques¹

Claudio Guimarães²

Andrea Lobato³

SUMÁRIO: Introdução. 1. Epistemologia, Ciência e conhecimento. 2. Lineamentos básicos sobre a Metodologia da Pesquisa no Direito; 3. Requisitos fundamentais do texto científico. Conclusão. Referências.

- 1 Docente Permanente da Programa de Mestrado em Direito e Afirmação de Vulneráveis da Universidade CEUMA. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado da União.
- 2 Docente Permanente da Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão e do Programa de Mestrado em Direito e Afirmação de Vulneráveis da Universidade CEUMA. Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Promotor de Justiça.
- 3 Doutora em Ciência da Literatura pela Universidade Federal do Rio de Janeiro UFRJ. Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação em Letras da Universidade Estadual do Maranhão. Professora da Universidade CEUMA.

RESUMO: Os cursos de graduação em Direito no Brasil, assim como, os cursos de pós-graduação *lato sensu*, as também denominadas Especializações, também, na área jurídica, não têm entre suas prioridades a pesquisa acadêmica, jurídico-científica, razão pela qual os alunos que ingressam na pós-graduação *stricto sensu*, mormente nos cursos de Mestrado, têm muito pouca familiaridade com conteúdos afetos à epistemologia e a metodologia da pesquisa no Direito. A partir de tal percepção, tem o presente artigo o objetivo de apresentar as principais categorias e conceitos ligados a esta temática, de maneira concatenada, conforme desenvolvidos quando do estudo da disciplina, como forma de facilitar a iniciação daqueles que se interessem pela elaboração do conhecimento cientificamente válido.

PALAVRAS-CHAVE: Epistemologia. Teoria do Conhecimento. Metodologia da Pesquisa no Direito. Texto científico. Elaboração de Projeto de Pesquisa.

ABSTRACT: Graduate courses in Law in Brazil, as well as *lato sensu* postgraduate courses also called Specializations, also in the legal area, do not have academic, legal-scientific research among their priorities, which is why the students who enter *stricto sensu* graduate studies, especially Master's (LLM) courses, have very little familiarity with contents related to epistemology and the methodology of research in Law. Based on this perception, this article aims to present the main categories and concepts related to this theme, in a concatenated way, as developed during the study of the discipline, as a way to facilitate the initiation of those interested in the development of knowledge scientifically valid.

KEYWORDS: Epistemology. Theory of Knowledge. Research Methodology in Law. Scientific text. Preparation of Research Project.

INTRODUÇÃO

É um fato bastante conhecido o curso de graduação em Direito concretizar-se com maior atenção dada às disciplinas que tratam de conteúdo técnico, portanto, relacionadas à pesquisa jurídico operacional, em detrimento de conteúdo afeto à pesquisa jurídico acadêmica, ou seja, é estimulado o estudo voltado à aplicação prática do Direito, para solução de casos, com prevalência de uma abordagem dogmática.

Nesse passo, a abordagem sociojurídica crítica, a qual busca investigar, para além das questões de decidibilidade, o fenômeno jurídico em toda sua amplitude e, assim, ultrapassar as limitadas fronteiras da lei, da jurisprudência e, enfim, da aplicação do Direito enquanto sistema lógico formal, fechado, é relegada a último plano, quando possível.

Tal situação não é muito diferente nos cursos de pós-graduação lato sensu na área jurídica, mais conhecidos como cursos de especialização, os quais apenas delimitam de forma específica o conteúdo que deverá ser abordado, também, de forma prevalentemente dogmática, objetivando possibilitar um maior conhecimento a ser aplicado na prática forense em determinada área.

Nesse contexto, não é de se estranhar que os alunos frequentadores de mestrados em Direito tenham grande dificuldade em lidar com temáticas que abordem conteúdo ligado à epistemologia e à metodologia da pesquisa, não tendo estes, portanto, familiaridade com a Teoria do Conhecimento e com os métodos e técnicas necessários à elaboração teórica que se afaste do senso comum ou, na melhor das hipóteses, do senso comum teórico dos juristas.

Frente a tais constatações, é importante salientar que o presente artigo é tributário da experiência pessoal dos autores, não só como professores da graduação e pós-graduação stricto sensu em suas respectivas áreas, mas, especificamente, professores das disciplinas relacionadas aos temas aqui abordados, retratando, portanto, as dificuldades percebidas quando do desenvolvimento destas, na prática.

Tais dificuldades vêm à tona, de forma ainda mais evidente, quando da elaboração de um projeto de pesquisa, requisito imprescindível no curso de Mestrado, a partir mesmo da escolha de um tema aderente à respectiva área de concentração e linhas de pesquisa que lhe são próprios.

Vencida esta etapa, da escolha de uma temática compatível com o curso de Mestrado, restam ainda o problema, a hipótese, a justificativa, os objetivos, o marco teórico, a metodologia, dentre os outros componentes necessários a um projeto de pesquisa factível e que, ante a absoluta falta de trato com as disciplinas necessárias para a consecução de tal mister, erigem-se como obstáculos significativos nessa fase do percurso acadêmico.

Mas não é tudo. Ainda existe o profundo problema da escrita, do texto científico, da norma padrão e das exigências oriundas das normas formais que buscam dar coerência e cientificidade àquilo que deve ser elaborado em sede de produção de conhecimento científico.

Nesse âmbito, pode-se mesmo afirmar que são raros os alunos que escreveram algum texto científico, quando dos anos frequentando o curso de Graduação ou Especialização, à exceção do Trabalho de Conclusão de Curso. Isso, convenha-se, é absolutamente insuficiente para preparar quem queira seguir na vida acadêmica no sentido da pós-graduação *stricto sensu*.

Ante tais dificuldades, expostas acima apenas a título exemplificativo, o texto que agora se produz propõe-se a enfrentar os problemas detectados a partir da prática em sala de aula, revisando conceitos, indicando diferenciações, apontando caminhos que facilitem o necessário percurso a ser trilhado pelos mestrandos em Direito e elaborar, quando de sua conclusão, a exigida dissertação.

Para tanto, uma bibliografia compatível com os objetivos propostos foi selecionada meticulosamente. Entende-se ser um requisito indispensável para a aquisição de conhecimentos introdutórios em novas áreas serem estes apresentados em textos cuja linguagem e conteúdo sejam absolutamente acessíveis. Tais textos devem possibilitar, a partir de uma visão geral das disciplinas expostas, a compreensão específica das categorias abordadas e o uso de tais categorias na utilização concreta destas como ferramentas de pesquisa, tornando, por essa via, facilitada a construção científica do conhecimento, de suma importância no presente trabalho.

Nesse desiderato, de forma apenas introdutória, o conteúdo afeto à Epistemologia, enquanto Teoria do Conhecimento, dos métodos e técnicas da pesquisa científica no Direito, com suas diferentes categorias na esfera da abordagem, procedimento e técnicas necessárias para construção de um conhecimento que se pretenda compatível com tais disciplinas, assim como o conteúdo afeto à construção do texto científico, darão o tom no presente artigo.

1. EPISTEMOLOGIA, CIÊNCIA E CONHECIMENTO

Uma pergunta que, há muito permeia, a teorização do conhecimento no âmbito da ciência se verte no sentido de questionar qual a garantia um teórico pode oferecer sobre a veracidade e sobre a procedência de suas ideias subjacentes à explicação de um fenômeno estudado, quer seja natural quer seja social⁴.

4 Para uma diferenciação entre as Ciências Sociais e as Ciências Naturais, consultar Feijó (2003) para quem a diferença basilar encontra-se no objeto de pesquisa de cada uma delas: nas Ciências Naturais os objetos não são resultantes da ação humana, embora possam por esta ser modificados ou alterados. Leis e processos a comandar fenômenos físicos, químicos e biológicos não podem ser vistos como consequentes da ação humana.

A resposta a essa pergunta vem sendo forjada por um longo período na história da humanidade e, possivelmente, ainda não se encontra completamente respondida. De qualquer sorte, é no âmbito da epistemologia, cujo significado provém das palavras gregas *episteme* e *logos*. A primeira expressão quer dizer “ciência”. A segunda significa “teoria”. Dito isso, é na epistemologia que serão encontradas as possíveis explicações para a pergunta acima formulada⁵.

Assim sendo, a epistemologia é a Ciência que toma a própria Ciência como objeto de investigação, elaborando a crítica do conhecimento científico, pela via da análise do conceito, do objeto e do método das áreas de pesquisa e produção de conhecimento. Tais elementos são os conceitos elementares para a operacionalização da formação do conhecimento científico, constituindo-se, assim, a Epistemologia como a Ciência ou a Teoria do Conhecimento⁶.

Em seu instrumental analítico a Epistemologia se serve da Filosofia da Ciência para discutir as formas válidas de produção do conhecimento – empirismo, racionalismo, epistemologias críticas, dentre outros –, assim como da História das Ciências, investigando os meios utilizados para a estruturação e produção do conhecimento ao longo do tempo.

Em síntese, a Epistemologia intenta agrupar a crítica do conhecimento científico com a Filosofia da Ciência em suas bases racionalistas, empiristas e críticas, tudo isso somado com as teorias oriundas da História das Ciências. Isso visa permitir a construção de um sólido arcabouço teórico capaz de analisar o valor científico daquilo que é elaborado nos mais variados setores de produção do conhecimento, e, como consequência, definir o que pode ser considerado como conhecimento cientificamente válido⁷. Com esse desenrolar de eventos, busca-se estabelecer balizas que permitam determinar o alcance e o valor objetivo daquilo que é produzido no âmbito das Ciências em específico.

5 O presente artigo tem o objetivo precípuo de elucidar as dúvidas mais comuns daqueles que estão a se iniciar no âmbito da pesquisa científica, especialmente no campo jurídico. Nesse diapasão, uma noção introdutória acerca das questões ligadas à epistemologia jurídica pode ser encontrada em Macedo (2001), para quem, “a epistemologia jurídica é a teoria da ciência do direito, um estudo sistemático dos pressupostos, objeto, método, natureza e validade do conhecimento jurídico-científico, verificando suas relações com as demais ciências, ou seja, sua situação no quadro geral do conhecimento”.

6 Na visão de Japiassú e Marcondes (1969) a epistemologia é uma disciplina proteiforme, ou seja, muda de forma constantemente, sendo, consequentemente, polissêmica. Assim, segundo as necessidades, se faz “lógica”, “filosofia do conhecimento”, “sociologia”, “psicologia”, “história”, dentre tantas outras possibilidades. Seu problema central de investigação, e que define seu estatuto geral, consiste em estabelecer o papel do sujeito cognoscente ante o objeto cognoscível, questionando: o conhecimento poderá ser produzido de forma neutra, devendo ser reduzido a um puro registro, pelo sujeito, dos dados já anteriormente organizados independentemente dele no mundo exterior, ou o sujeito poderá intervir ativamente no conhecimento dos objetos, deixando comprometida uma possível neutralidade, tão cara a determinadas vertentes teóricas da Teoria do Conhecimento? Disto deriva que, em apertada síntese, a Epistemologia se interessa pelo problema do desenvolvimento dos conhecimentos científicos, constituindo-se como a disciplina que toma por objeto não mais a ciência verdadeira de que deveríamos estabelecer as condições de possibilidade ou os títulos de legitimidade, mas as ciências em via de se fazerem, em seu processo de gênese, de formação e de estruturação progressiva.

7 Na área do Direito, intensas são as discussões teóricas travadas sobre seu estatuto, principalmente, naquilo que diz respeito ao seu objeto de pesquisa. Naquilo, portanto, que poderá ser inserido no campo de pesquisa a qual dará origem a um conhecimento cientificamente válido. Nesse sentido, profundas são as críticas endereçadas à dogmática jurídica, enquanto pretense campo científico do saber jurídico. Para um maior aprofundamento no tema, cfr., Reale (1987), Andrade (1996), Reale (2002), Nobre (2005), Machado Segundo (2008), Ferraz Júnior (2010) e Moll (2012).

Para tanto, um necessário distanciamento das demais formas de conhecimento se fez presente, havendo, na modernidade, a separação entre conhecimento científico e conhecimento religioso, filosófico e senso comum, vez que somente através da Ciência se poderia chegar ao conhecimento verdadeiro, pois o conhecimento vulgar ou senso comum, assim como as demais formas de conhecimento com suas peculiaridades, ocupavam-se de outro objeto ou percebiam somente a aparência dos fenômenos, impossibilitando sua utilização para a elaboração de ideias que se pretendiam científicas.

Em outras palavras, o senso comum se expressa a partir de um discurso que não tem a preocupação de enunciar uma verdade, contentando-se, apenas, com uma análise da aparência das coisas, sem aprofundar as relações de causa e efeito, as estatísticas de probabilidade e frequência, tão caras ao conhecimento científico⁸. O conhecimento filosófico e o religioso, também, não têm entre suas preocupações formular enunciados que possam ser comprovados como verdadeiros, pois a Filosofia busca um nível de abstração cada vez mais profundo, enfatizando questões e reflexões que, na maioria das vezes, jamais poderão ser comprovadas; o conhecimento religioso se apoia em dogmas oriundos da fé, em completa oposição aos requisitos da cientificidade.

Ademais, por estarem o senso comum e o conhecimento religioso alicerçados em ideologias, preconceitos, crenças e misticismos, acabam por se contrapor a outra exigência do cientificismo, desta feita, uma neutralidade mínima do pesquisador, a qual deve evitar, a todo custo, enunciar verdades comprometidas com grupos e relações de poder, vinculadas, portanto, politicamente ou com valores morais e religiosos vigentes na sociedade, privilegiando aspectos éticos⁹.

Nesse caminhar histórico, da noção conceitual segundo a qual a Epistemologia pode ser considerada como a Ciência da Ciência, pois é incumbida da formulação de uma Teoria do Conhecimento, cujo paroxismo se encontra na busca pela validade científica do conhecimento produzido, ou seja, na avaliação do grau de verdade ou certeza e objetividade daquele

8 Importante frisar que existe vasta bibliografia que se contrapõe à uma visão mais conservadora sobre a produção de conhecimento científico, postulando Santos (1989) uma reconciliação entre a Ciência e o senso comum, em busca de uma síntese inovadora, que produza verdades que não se pretendam totais, mas tão somente com determinada validade espacial e temporal. O pensamento mais acabado do referido autor, acerca de outras perspectivas epistemológicas, pode ser encontrado em Santos e Menezes (2010), obra na qual contesta-se o entendimento Eurocêntrico para construção do conhecimento científico através de proposições intituladas Epistemologias do Sul. No mesmo sentido inovador, cfr. Bachelard (1996) e Carvalho (2009).

9 Costa e Rocha (2015), em sentido contrário, defendem a ideia, segundo a qual, a ciência se constitui como uma linguagem entre tantas outras, se caracterizando como um produto social que somente se realiza em disputas éticas e políticas, inerentes ou imanentes a todas as relações humanas. Isso se dá, segundo os autores, em razão de que a ética e o poder não são externos, mas constitutivos, implícitos a toda linguagem. Em tal contexto, defender uma possível neutralidade no âmbito da produção científica, é continuar vinculado ao purismo lógico-abstrato formalista, tão caro a estrutura dogmática do Direito.

conhecimento, surge outra importante categoria denominada de paradigma científico.

Um paradigma científico seria um arcabouço teórico tido como cientificamente procedente, cujas explicações acerca do fenômeno investigado são consideradas sólidas e verdadeiras em um determinado contexto espaço-temporal¹⁰.

O positivismo jurídico, por exemplo, elaborou suas explicações sobre a origem e a validade do sistema de Direito. Tal ideia se contrapõe, de forma diametralmente oposta, às explicações dadas pelo Marxismo para o mesmo fenômeno. São paradigmas teóricos os quais partiram de um contexto social, temporal e espacial aproximado para formularem teorias que compreendem a realidade de maneira profundamente diferente.

Esse é um ponto de extrema importância na pesquisa jurídica, pois, a partir deste momento, já se pode fazer um encadeamento lógico inicial para a validação do conhecimento na área agora estudada no presente artigo. Isto decorre da circunstância de o fenômeno jurídico, objeto primeiro da pesquisa no Direito, dever ser interpretado à luz de alguma teoria que explique as relações sociais¹¹.

Em tal contexto, é das exigências epistemológicas para a validação do conhecimento produzido que se perfaz a necessidade do concatenamento lógico das ideias, ou seja, a partir de teorias válidas ou reconhecidas como científicas, denominadas de paradigma científico – no nosso exemplo o positivismo jurídico ou o Marxismo. Tais elementos deverão estruturar, pela via de um corpo teórico compatível – isto é, um paradigma partilhado e aceito por uma comunidade de estudiosos – as ideias desenvolvidas no trabalho científico.

Em outras palavras, não há como se fazer uma sustentação teórica cientificamente válida utilizando-se Kelsen (1881-1973) e Marx (1818-1883) para convalidar um mesmo enunciado que se pretenda epistemologicamente e, portanto, cientificamente, válido, pelo simples fato de serem teorias absolutamente antagônicas.

Kelsen parte de uma perspectiva a partir da qual o Direito deveria ser estudado sem qualquer “contaminação” de outros referenciais teóricos, de

10 Nas palavras clássicas de Kuhn (2001), as revoluções científicas acontecem quando se detecta um sentimento crescente, em uma determinada área da comunidade científica, de que o paradigma dominante deixou de funcionar adequadamente em relação às suas explicações sobre determinado fenômeno, vindo, assim, a ser total ou parcialmente substituído por um novo paradigma, que pode ser inclusive incompatível com o anterior.

11 Para uma melhor compreensão das necessárias conexões epistemológicas, assim como, dos pressupostos epistemológicos do trabalho científico, remetemos ao texto de Moll (2012) que, dentre outros necessários esclarecimentos, chama a atenção para o fato de que existem três dilemas a serem enfrentados para a produção do conhecimento científico: o primeiro diz respeito à questão da verdade, e sua necessária relativização; o segundo dilema diz respeito à linguagem, enquanto forma de expressão das ideologias; o terceiro dilema é o das vinculações filosófico-doutrinárias, mais precisamente da necessária linearidade na construção do argumento a partir de um marco teórico que contenha coerência com todo o contexto argumentativo apresentado no desenvolvimento dos enunciados.

modo que constituísse parte de um corpo teórico isolado, com categoriais próprias e distintas de outros ramos do conhecimento¹².

Marx, por outro lado, a partir das profundas contradições existentes no corpo social, cuja maior expressão se dá no fato daquele que trabalha não auferir os lucros de seu labor, percebe toda a estrutura jurídico-política como uma estrutura de dominação, de opressão, não existindo nenhum resquício de igualdade ou de liberdade, estando o Direito a serviço das classes dominantes, para manutenção dos privilégios oriundos do poder e da dominação¹³.

Fácil perceber, dessarte, que a construção de um argumento lógico, que se proponha científico, epistemologicamente alicerçado, não pode misturar autores partidários de paradigmas tão diferenciados, de visões da realidade tão distintas, devendo o marco teórico da construção científica, assim como os demais autores utilizados para estruturação da elaboração teórica aventada, estarem alinhados paradigmaticamente¹⁴.

Por fim, fica a questão da diferença entre Epistemologia e Metodologia da Pesquisa. Afinal, ambas teorizam acerca dos caminhos que devem ser percorridos para que um conhecimento possa ser reconhecido como cientificamente válido.

Embora próximas, é verdade, essas áreas da Ciência se ocupam de objetos distintos. Enquanto a Epistemologia reflete sobre os pressupostos do conhecimento científico a partir de ideias já desenvolvidas, analisando conceitos, objeto e método utilizados para a construção do argumento que veio a dar a explicação acerca de determinado fenômeno, sobre o grau de subjetivismo deste no desenvolvimento das ideias expendidas, a Metodologia da Pesquisa se ocupa dos métodos e técnicas que estão à disposição do pesquisador para desenvolvimento de seu trabalho, em uma perspectiva antecedente do desenvolvimento das ideias, dos argumentos, dos enunciados.

12 Ressalva-se que, principalmente com a publicação da obra póstuma “Teoria Geral das Normas”, a discussão haveria, ali, proposto uma descaracterização, em definitivo, da “pureza” da ciência do direito. Tal análise, todavia, não constitui o cerne do presente trabalho, remetendo-se o leitor ao texto de Mirante (2014).

13 Para uma melhor compreensão do Marxismo, a partir de uma perspectiva sobre sua cientificidade, cfr. Andery et al. (2002), os quais enfatizam que a produção teórica de Marx representa uma unidade epistemológica, pois parte de um mesmo pressuposto principal, que é a compreensão da sociedade a partir de suas relações econômicas, entretanto, suas análises pressupunham, para compreensão real da sociedade, o entendimento de suas relações históricas, políticas e ideológicas, cujo ponto de culminância é a percepção do materialismo como fundamento para compreensão de que a base da sociedade, assim como, a característica fundamental do homem, está no trabalho.

14 Nesse sentido, Japiassu (1986) chama a atenção para o fato, segundo o qual, falar sobre epistemologia atualmente já é situar-se em um espaço polêmico ou conflitante, haja vista que cada enfoque epistemológico busca elucidar a atividade científica a partir de um ponto de vista muito peculiar e próprio, ou seja, cada enfoque tem sua própria concepção do que seja a Ciência, razão pela qual, o referido autor teoriza a partir de um conceito flexível, pautado na divisão de epistemologias genéticas e não-genéticas, dedicando-se, assim, a estudar a gênese e a estrutura do conhecimento científico a partir de uma perspectiva de múltiplas epistemologias, todas centradas na relação entre o sujeito e o objeto de pesquisa.

A Epistemologia analisa o valor do conhecimento produzido, se verdadeiro ou não¹⁵. A Metodologia da Pesquisa, por sua vez, indica os caminhos através dos quais o pesquisador deve seguir para a produção de tal conhecimento. Enfim, a Epistemologia se ocupa com o grau de verdade ou procedência do argumento a partir de suas amarrações ou conexões teóricas e a Metodologia da Pesquisa se ocupa com a compatibilidade entre os enunciados e os meios concretos de produção destes, se através da indução ou da dedução, se pela via do procedimento histórico, comparativo, descritivo ou prescritivo e, finalmente, se através da pesquisa bibliográfica, documental, jurisprudencial, quantitativa ou qualitativa, por exemplo.

2. LINEAMENTOS BÁSICOS SOBRE A METODOLOGIA DA PESQUISA NO DIREITO

A partir do entendimento acerca do alcance da categoria Epistemologia e de suas diferenças básicas com a Metodologia da Pesquisa, entende-se já ser possível passar à exposição encadeada sobre o fazer científico na prática.

Para tanto, dadas as características próprias de um artigo científico, principalmente, o espaço para a apresentação do conteúdo pretendido, optou-se aqui por desenvolver os conceitos fundamentais da pesquisa científica a partir da construção de um projeto de pesquisa¹⁶.

Pois bem, tudo se inicia com uma inquietação do pesquisador. Esta inquietação, via de regra, está implícita em uma temática ampla contida no vasto campo jurídico. Necessária, portanto, uma maior especificidade do assunto a ser pesquisado: o tema precisa ser recortado para que a pesquisa se torne exequível.

Assim sendo, de um bom recorte na área de pesquisa escolhida efluirá o embrião do objeto a ser investigado e, por via de consequência, após uma rica pesquisa bibliográfica e muita reflexão, nascerá um tema agora mais

15 Sobre o tema, com o devido detalhamento, cfr. Diniz (2005), para quem é a filosofia do Direito, enquanto epistemologia jurídica, que vai enfrentar os problemas afetos à Ciência do Direito, com o objetivo de solucioná-los, a partir da delimitação do sentido de “ciência”, com a correta especificação do objeto e do método de investigação jurídico-científica, mas, principalmente, distinguindo a Ciência do Direito de outras Ciências que, igualmente, têm como objeto de pesquisa o fenômeno jurídico.

16 Vasta é a bibliografia disponível sobre Metodologia da Pesquisa no Direito. Para construção do presente artigo foram utilizadas, dentro da temática específica, as obras de Demo (1983), Marques Neto (2001), Oliveira (2004), Fonseca (2009), Mezzaroba e Monteiro (2009), Moll (2012), Gustin e Dias (2013), Adeodato (2015), Minayo (2016), Marconi e Lakatos (2017).

específico a ser enfrentado o qual, então, se caracterizará como o objeto de pesquisa já construído pelo pesquisador¹⁷, apto, portanto, a ser investigado¹⁸.

Em síntese, toda pesquisa científica pressupõe um objeto de pesquisa bem recortado, pois a principal característica desse tipo de investigação é o aprofundamento do estudo de um determinado tema. É exatamente o contrário daquilo que encontrado nos manuais de Direito, ou seja, muitos temas com pouco conteúdo. A pesquisa científica verte-se no sentido oposto: um único tema com conteúdo aprofundado no limite daquilo que exigido pelo nível do curso frequentado: Especialização, Mestrado ou Doutorado¹⁹.

Desta feita, já tendo sido escolhido o tema, levada a efeito a pesquisa bibliográfica acerca do mesmo e, a partir desse estágio, feito um recorte provisório do referido tema, é hora de construir o projeto de pesquisa, documento no qual todos os detalhes da investigação deverão ser expostos para o professor orientador²⁰.

Nesse passo, é hora de elaborar o problema, isto é, formular a pergunta a ser respondida ao longo da pesquisa, a qual, em sede de projeto, deve ser elucidada de maneira provisória através do item denominado hipótese.

Assim sendo, é da relação entre o problema elaborado a partir da temática construída pelo investigador – recorte do objeto –, pela via de uma aprofundada pesquisa bibliográfica, é que será definida a hipótese.

Rememorando: deve ser escolhida uma temática, especificado o objeto a ser investigado de maneira aprofundada no âmbito de tal temática, formulado um questionamento e elaborada uma hipótese provisória como resposta para tal interrogante. Esse é o resumo da primeira parte de um projeto de pesquisa.

17 *Sobre a relação entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível, imprescindível a leitura de Marques Neto (2001), para quem as epistemologias dialéticas se caracterizam como superação ao empirismo e ao racionalismo, haja vista que reconstroem a supra referida relação fazendo uma distinção clara entre objeto real e objeto de conhecimento, derivando este, o objeto de conhecimento, das percepções pessoais daquele que realiza a pesquisa, a partir de sua visão de mundo, construindo, pois, o pesquisador, seu próprio objeto.*

18 Ao pesquisador cumpre a obrigação de se fazer permanentemente sob vigilância epistemológica que, na percepção de Moll (2012) significa estar muito atento aos obstáculos para o conhecimento da verdade. Tais obstáculos se erigem nos campos ideológicos, de linguagem, etnocêntricos de interesse do poder e a superação dos referidos obstáculos, na esfera do Direito, se procede na forma de rupturas com os saberes que representam poder e dominação, quando detectadas contradições entre a realidade social e o conteúdo das normas. Nesse sentido, cfr. a obra de Fonseca (2009), especificamente no desenvolvimento teórico sobre o método de pesquisa sociojurídico crítico.

19 Orientações valiosas acerca, especificamente, da pesquisa científica no âmbito do Direito, podem ser encontradas em Oliveira (2004) que, com ênfase na pesquisa sociojurídica, adverte para o fenômeno do manualismo e do reverencialismo, muito comuns nos textos jurídicos. Moll (2012), por seu turno, aprofunda as questões sobre a pesquisa crítica em oposição à pesquisa dogmática e Adeodato (2015), que é bastante veemente na questão da aproximação da teoria à prática quando da construção do argumento científico, pois, sem a utilização das bases empíricas do Direito, a visão de mundo exposta na pesquisa seria irreal e inútil.

20 Adota-se, no Curso de Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça, da Universidade Federal do Maranhão, as seguintes obras como bibliografia básica para a construção do projeto de pesquisa, nessa ordem de leitura: Marques Neto (2001), Mezzaroba e Monteiro (2009), Gustin e Dias (2013), Fonseca (2009), Minayo (2016).

Feito isto, passa-se à fase da justificativa, a qual nada mais é que o tópico do projeto. Nela, o pesquisador deverá expor as razões pelas quais a temática escolhida tem relevância.

A escolha do tema não pode ser justificada pelo próprio conteúdo e sim, nesse tópico, devem ser expostas as razões acadêmicas, sociais, comunitárias, pessoais, de atualidade, ineditismo, assim como e, principalmente, a aderência do tema à área de concentração e linha de pesquisa do Programa de Mestrado cursado.

Em seguida, um tópico de extrema importância é o dos objetivos. Aqui devem ser expostos o objetivo principal, intrínseco ao objeto investigado e exposto na hipótese provisória, e os objetivos específicos, os quais devem coincidir com os capítulos propostos no plano provisório, ou sumário indicado para construção da dissertação.

Pois bem, todo o esforço acima expendido não resultará em algo proveitoso para a conclusão do projeto de pesquisa caso os tópicos até agora desenvolvidos não guardem um estrito encadeamento lógico entre si. Isto é absolutamente necessário para a elaboração de um argumento científico convincente.

Para uma melhor compreensão dos pontos expostos até aqui, veja-se um exemplo prático que os ilustre.

Vamos partir da ideia de que o pesquisador recém ingressado em um Mestrado tenha afinidade com a área do Direito Penal. Assim sendo, já tendo um ramo genérico escolhido, necessário se faz que comece a recortar a temática, de modo a chegar a um assunto o mais específico possível para investigar.

Dentro do Direito Penal, tome-se, como exemplo, uma situação em que a intenção do pesquisador seja aprofundar seus estudos na área da Teoria da Pena, escolhendo, então, a pena privativa de liberdade como objeto de investigação.

Entretanto, no âmbito da pena privativa de liberdade, várias ainda são as possibilidades de recorte temático, optando o pesquisador, por fazer uma investigação exclusivamente teórica, com uma ampla e aprofundada pesquisa bibliográfica, cujo objetivo é investigar o papel histórico desempenhado pela pena privativa de liberdade, no âmbito do controle social formal, tomando por referencial temporal e espacial o sistema de produção capitalista²¹.

Após todo o refinamento acima expendido, já é possível pensar em um recorte temático exequível, intitulando-se o trabalho de “Funções da

21 Importante salientar, neste ponto, que a pesquisa exclusivamente bibliográfica não é sinônimo de pesquisa unidisciplinar, pois é de suma importância, para compreensão do fenômeno jurídico, que as interpretações sejam possibilitadas sob as mais diversas perspectivas. No exemplo dado acima, a investigação passa, necessariamente, pela sociologia, pela história e pela criminologia, caracterizando, assim, a pesquisa inter, multi ou transdisciplinar, a depender da abordagem a ser realizada. Sobre o assunto, em profundidade, cfr. Gustin e Dias (2013).

Pena Privativa de Liberdade no Sistema Penal Capitalista: do que oculta(va) ao que se declara”²².

O passo seguinte, o qual deve guardar estreita conexão com o tema proposto, é a *formulação do problema* e, em seguida, com a mesma preocupação de linearidade, a elaboração da hipótese provisória a ser confirmada ou refutada, após a conclusão da pesquisa.

Nesse caminhar, o *problema* pode ser assim proposto: “Quais as funções declaradas e ocultas desempenhadas pela pena privativa de liberdade quando da implantação e desenvolvimento do sistema de produção capitalista?”

A resposta provisória ao problema acima elaborado será construída, como já dito, através do que se denomina *hipótese provisória*, cuja confirmação ou refutação só será possível após o término da pesquisa, com a construção dos enunciados argumentativos contidos nesta e fundamentados no aparato teórico indicado a partir das amarrações epistemológicas e do marco teórico adotado.

Assim, provisoriamente, o pesquisador apresentou a seguinte *hipótese* no bojo do projeto de pesquisa: a pena privativa de liberdade, para além das funções declaradas pela doutrina, cujo objetivo seria intimidar, reafirmar o valor da norma e do sistema jurídico, ressocializar ou neutralizar o infrator, além do que proposto pelas teorias retributivas, opera como mantenedora de um sistema jurídico-político permeado pela desigualdade, injustiça social e profunda violência estrutural, sendo sua principal função, embora não declarada, o controle das camadas sociais menos privilegiadas social e economicamente, as quais se encontram na base de uma verticalizada pirâmide social²³.

Do exposto, já é possível elaborar o *objetivo* geral do trabalho em construção, podendo-se direcioná-lo na seguinte proposição: investigar as funções efetivamente cumpridas pela pena privativa de liberdade quando do nascimento, efetivação e consolidação do sistema de produção capitalista, desde seus primórdios até o advento do neoliberalismo.

Em continuação, devem ser propostos agora os objetivos específicos, os quais coincidirão com os capítulos a serem desenvolvidos na dissertação. Assim, deverão ser elaborados três ou quatro objetivos específicos, haja vista uma dissertação normalmente conter entre três e quatro capítulos.

22 O objeto de pesquisa agora utilizado como exemplo foi investigado na Tese de Doutorado apresentada pelo autor do presente artigo na Universidade Federal de Santa Catarina. Para maiores detalhes, cfr., Guimarães (2007).

23 A hipótese aqui apresentada, de maneira contundente, demonstra a adesão a determinado entendimento teórico previamente construído em determinado campo do saber – Criminologia Crítica – sendo, portanto, tal compreensão da realidade elaborada teoricamente com as devidas amarrações epistemológicas e metodológicas, razão pela qual, aceita pela comunidade científica ou, por parte dela, como cientificamente válida. Assim sendo, tal entendimento teórico deve estar exposto, de forma clara, quando da elaboração do marco teórico no projeto de pesquisa, assim como, e não menos importante, todos os autores que forem utilizados na elaboração do texto, construindo o argumento que respalde a hipótese, devem comungar de tais argumentos, ou de parte deles, para que o texto final contenha coerência na construção de seus enunciados. Para uma melhor compreensão do assunto, cfr. Bombassaro (1992) e Cunha (2016).

Os *objetivos específicos* deverão ser elencados na mesma ordem em que apresentados no sumário da dissertação, já buscando uma construção argumentativa a qual deixe muito clara uma coerência lógica no desenvolvimento das ideias e na construção dos enunciados.

Assim sendo, o pesquisador optou pela seguinte ordem: 1 – descrever as ideias fundamentais das Escolas Penais no que pertine ao controle social formal; 2 – apresentar as teorias que abordam as funções declaradas das penas, assim como, a crítica feita a cada uma delas; 3 – atualizar o pensamento criminológico acerca do controle social formal; 4 – analisar as teorias que abordam as funções ocultas da pena privativa de liberdade²⁴.

Estruturado formalmente o projeto até o presente estágio, é hora de buscar o subsídio material ou teórico o qual permita cumprir com aquilo que almejado nos objetivos elencados acima – geral e específicos –, ou seja, é hora de indicar qual o aparato teórico a ser utilizado para a construção do texto.

Neste ponto, remetemo-nos para o primeiro tópico do presente artigo, relembando o leitor da importância da utilização de ideias coerentes entre os vários autores pesquisados, os quais serão utilizados na construção do argumento dissertativo.

É hora de escolher um paradigma epistemológico e, em seguida, um marco teórico vinculado a um corpo teórico sólido, o qual seja capaz de embasar de forma científica as ideias a serem desenvolvidas na dissertação.

Deste modo, o *marco teórico* adotado por nosso pesquisador deriva das ideias do criminólogo Alessandro Baratta, vinculado ao corpo teórico da Criminologia Crítica que, por sua vez, se utiliza de uma perspectiva marxista para analisar o funcionamento do Sistema de Controle Social Formal ou Sistema Criminal.

Portanto, no tópico denominado de *marco teórico*, inserto no projeto de pesquisa, o pesquisador deve elencar as ideias do autor escolhido, que sirvam de embasamento para os argumentos a serem desenvolvidos no intuito da investigação do problema proposto, para verificação da hipótese e alcance dos objetivos pretendidos.

24 Dos objetivos específicos acima elencados, é fácil perceber que a investigação proposta se limita à técnica de pesquisa bibliográfica, não sendo proposto nenhum tipo de investigação empírica, quantitativa ou qualitativa, quer seja através da coleta estatística de dados, quer seja através da interpretação do conteúdo dos dados coletados. Entretanto, nada obsta que sejam levadas a efeito pesquisas baseadas em números ou estatísticas, assim como, investigações as quais se proponham a interpretar as compreensões de determinada comunidade acerca de determinado fenômeno ou, ainda, as pesquisas quanti-qualitativas, as quais objetivam analisar, a partir de uma perspectiva estatística, o conteúdo dos dados coletados. Nesse âmbito de produção do conhecimento científico, é sempre relevante ressaltar o entendimento de Becker (2014), para quem as semelhanças entre os métodos quantitativos e qualitativos são mais importantes que as suas diferenças, pois são apoiados nos mesmos argumentos epistemológicos, ou seja, sustentam-se ambos na importância da aproximação entre sujeito e objeto de pesquisa para a descrição da realidade social e para a investigação de seu funcionamento.

Por fim, deve o projeto de pesquisa apresentar a *metodologia* a ser utilizada para a consecução do objetivo pretendido e já exposto nos tópicos antecedentes do projeto de pesquisa²⁵.

De forma simplificada, haja vista ser este um trabalho introdutório, o pesquisador deve apontar o *método de abordagem* ou tipo de raciocínio a ser utilizado, ou os *métodos de procedimento*, assim como as *técnicas de pesquisa*, os quais deverão guardar coerência com aquilo que objetivado pela pesquisa²⁶.

Veja-se que as ideias até aqui apresentadas para formulação do projeto de pesquisa não guardam qualquer possibilidade de conexão com uma pesquisa do tipo quantitativo, pois a proposta é, exclusivamente, de pesquisa bibliográfica, não se estendendo para o campo das estatísticas, por exemplo²⁷.

Assim, nosso pesquisador optou, de forma coerente, pelo raciocínio ou *método de abordagem* indutivo. Afinal de contas, a pesquisa partirá de premissas particulares, buscando generalizações no âmbito do controle social formal. O *método de procedimento*, além de descritivo será diagnóstico, mas não propositivo, haja vista não ser objetivo do trabalho contido no projeto de pesquisa acima apresentado, fazer qualquer tipo de proposição para correção dos possíveis descompassos encontrados na pesquisa, mas tão somente identificá-los. A *técnica de pesquisa* privilegiada será de uma ampla e aprofundada revisão bibliográfica, com a utilização das obras clássicas e mais recentes acerca da temática eleita para investigação²⁸.

25 É de suma relevância que o pesquisador perceba a grande variação nas terminologias encontradas nos livros sobre Metodologia da Pesquisa para designar o mesmo elemento, nos quais, a título de exemplo, tipos de raciocínio e método de abordagem são utilizados no mesmo sentido, técnica de pesquisa qualitativa e quantitativa são denominadas de método de pesquisa, dentre tantas outras variações.

26 É de extrema importância, no campo da pesquisa jurídica, que o pesquisador saiba diferenciar, desde o início de suas pretensões de investigação, as regras de persuasão – muito comuns no âmbito do Direito –, as quais são utilizadas como instrumento de convencimento, das regras de inferência, que são aquelas que nos levam a usar fatos conhecidos para aprender sobre fatos desconhecidos. Desse modo, quando da escolha da metodologia a ser utilizada na pesquisa, mormente na pesquisa empírica, é fator crucial atentar para a correta utilização das regras de inferência, pois, na produção jurídico acadêmica, costuma-se utilizar, como é comum na pesquisa jurídico operacional – destinada à solução prática de casos na esfera da decidibilidade – as regras de persuasão, de convencimento, fazendo com que, na visão de Epstein e King (2002), a pesquisa acadêmica fique comprometida, pois a correta aplicação das regras de inferência leva a construção da verdade, enquanto que, pelas regras de persuasão, apreende-se somente uma versão da verdade.

27 Várias são as possibilidades metodológicas no âmbito das técnicas de pesquisa, o importante é que guardem coerência com os objetivos propostos no projeto. Assim, em um momento inicial, o pesquisador não deve fazer pesquisa de campo, de viés mais sociológico, devendo, isto sim, aprofundar as bases teóricas relacionadas ao seu objeto de pesquisa, densificando, dessa forma, o conhecimento acerca dele, investigando a fundo o estado da arte em que se encontra. Como é aconselhável que seja feita uma aproximação entre a realidade e a teoria, possibilitando, assim, uma abordagem mais crítica na pesquisa, podem ser utilizados dados – principalmente quantitativos – já disponíveis em outros estudos. No âmbito da pesquisa qualitativa, entretanto, na qual deverão ser tabulados e interpretados dados colhidos pelo pesquisador na comunidade investigada, em um viés mais etnográfico, por exemplo, é necessária uma maior maturidade investigativa para tal empreendimento. Um trabalho referencial no âmbito da pesquisa qualitativa no campo em Direito, mais precisamente na esfera do controle social, pode ser encontrado em Pires (2002), que enfrenta a temática a partir das possibilidades de coleta de dados pela via de entrevistas.

28 O exemplo utilizado no texto, para melhor compreensão da construção de um projeto de pesquisa, distancia-se do entendimento conservador sobre a Ciência do Direito, posto que comunga com os autores da área da Sociologia Jurídica, da Metodologia da Pesquisa no Direito, da Criminologia, dentre outras áreas afetadas ao conhecimento no campo do Direito, que se filiam ao entendimento de que a Ciência Jurídica deve ultrapassar os limites da dogmática e do tecnicismo, ampliando seu campo de investigação para a pesquisa dos fenômenos sociojurídicos. Nesse sentido, a partir de uma perspectiva crítica do Direito, como Ciência Zetética, por todos, cfr. Wolkmer (2001), Marques Neto (2001) e Reale (2002).

Vencidas as etapas epistemológica e metodológica, é hora de revisar as regras para a escrita de um bom texto científico.

3. REQUISITOS FUNDAMENTAIS DO TEXTO CIENTÍFICO

A palavra comunicação origina-se do latim **communicatio**, significa a ação de tornar comum, ou seja, traz em sua acepção o compartilhamento. A comunicação permite ao ser humano um dos seus principais aspectos: a socialização. Realizada através da linguagem (todo sistema de signos utilizados com a finalidade de comunicar), a comunicação é, prementemente, aquilo que possibilita a construção do conhecimento e a troca de informações. É a partir desse compartilhamento que a comunidade científica impulsiona o diálogo, faz abertura de questões, implementa reflexões e viabiliza a ampliação da divulgação de resultados entre pares científicos, assim como a difusão desses resultados junto à sociedade.

No processo comunicativo constituído a partir de um texto escrito, o autor do texto exerce o papel de emissor; sendo o receptor todo aquele indivíduo ou grupo de indivíduos o qual realiza a leitura desse texto (no ato da escrita, o receptor é o potencial leitor desse texto); a mensagem é o conjunto daquilo que está sendo comunicado; o contexto ou o referente é o assunto da mensagem, aquilo a que se reporta; o código é um sistema de signos os quais emissor e receptor necessariamente devem compartilhar (no caso específico de textos científicos divulgados no Brasil, esse sistema de signos é a língua portuguesa em sua variedade padrão); o canal é o meio físico a partir do qual se dá a comunicação.²⁹

Em se tratando de gênero textual científico, os receptores são bem claros e definidos: a comunidade científica de uma área específica. Logo, de partida, o emissor, ou autor do texto, tem em conta que irá se dirigir a leitores já iniciados na temática explorada, os quais esperam contribuições críticas, fundamentadas e textualmente organizadas de forma coerente. Ademais, a situação de comunicação no gênero textual científico demanda formalidade e impessoalidade. E isso implica em adequação à norma padrão da língua portuguesa.

Apesar da obviedade, necessário destacar a importância da leitura e por via de consequência dos registros e apontamentos realizados a partir dessa atividade. Leitura e escrita são atividades intrinsecamente relacionadas, a palavra escrita destaca-se como instrumento primordial a partir do qual se registram normas, regras, leis, assim como é transmitido o conhecimento

29 Jakobson (2010) elaborou estudos aprofundados sobre a Teoria da Comunicação, a partir da qual realizou investigações sobre as funções da linguagem, conteúdo essencial para quem se propõe a realizar pesquisa científica.

científico – este ao qual o presente artigo se filia.³⁰ Indispensável, pois, ressaltar a relevância da construção de um repertório pertinente a sua área de atuação, assim como de assuntos afins relevantes. Esse repertório, constituído por gêneros textuais diversos e continuamente ampliado, possibilitará novas associações de conhecimento e, portanto, ampliação e mudança de paradigmas.

Além da construção de repertório, a leitura possibilita a ampliação e a diversificação de vocabulário³¹. Tal competência é um requisito imprescindível para a elaboração eficiente de textos escritos, não para demonstrar erudição ou enfatizar formalidade excessiva, mas para evidenciar destreza com os recursos linguísticos³² de forma a garantir clareza, exatidão e objetividade - características imprescindíveis ao texto científico -, no mesmo tempo em que garante uma recepção adequada à finalidade do texto científico: divulgação de resultados de pesquisas.

Para tanto, considerando que um texto científico, além da relevância do tema e da proposta de pesquisa, deve apresentar contribuição para a seara de sua investigação, há que se prover das estratégias leitura e apontamentos, a fim de garantir escolhas pertinentes e registro das referências (criar arquivos digitais ou analógicos tanto para localizar fontes quanto para arrolar na lista de referências de escritos científicos).

No que pertine às estratégias de leitura, deve-se ter claro que cada indivíduo, a partir de seu comprometimento pessoal com a construção de seu conhecimento, desenvolve um rol de procedimentos melhor adaptado às suas idiossincrasias particulares. Entretanto, ressalve-se que alguns processos asseguram uma apreensão de conteúdos mais significativa, senão vejamos: a) leitura prévia: análise de títulos, subtítulos, resumos, sumários, prefácios, lista de referências com a finalidade de identificar relação com a área de pesquisa empreendida; b) leitura de prospecção: identificação da ideia central do texto ou, a depender do ritmo do leitor, de cada parágrafo; c) leitura crítica: percepção do texto, intelecção de seus argumentos, estabelecendo relações ou detectando oposições e contradições, identificando possibilidades de interpelações.

30 Segundo Câmara Júnior (1983) somente é possível pôr-se a escrever quando se tem o que escrever e, nesse viés, o que possibilita a escrita é a leitura, não a simples decodificação, mas a efetiva compreensão do que está escrito, verificando a organização dos parágrafos e a diversificação do vocabulário, identificando as referências, discernindo o contexto de produção, estabelecendo relações com aquilo que potencialmente virá a escrever. Sobre o assunto, cfr., também, Medeiros e Tomasi (2016).

31 Enfatiza-se sempre que a forma mais eficaz de redigir com fluidez e em conformidade com os parâmetros da variante padrão da língua é a leitura de textos aptos a possibilitar o aprendizado necessário para tais habilidades. Entretanto, salutar referenciar a obra de Medeiros e Tomasi (2009), a qual aborda as nuances específicas do acordo ortográfico - firmado em 1990 pela Comunidade de Países de Língua Portuguesa e que se tornou obrigatório no Brasil em 2016 – e que, além de apresentar tópicos referentes à ortografia, trata de homônimos e parônimos, emprego do hífen, uso dos porquês (porque, por que, por quê e porquê), assim como exercícios de fixação.

32 No momento da escrita, importante cercar-se de obras de consulta rápida. Cegalla (2018) reuniu tópicos concernentes às principais dúvidas da variante padrão que abrangem ortografia, fonologia, morfologia e sintaxe, assim como etimologia e pares de homônimos e parônimos.

Tendo realizado o levantamento das fontes, alinhando-as à questão e aos objetivos em coadunação com a metodologia, é imprescindível a formulação de um planejamento textual³³. Parte-se da estruturação, decide-se os tópicos macro e, em seguida, observa-se a necessidade de subdivisões que atendam às propostas da investigação.

Conforme assimilado por aqueles que transitam nos estudos de pós-graduação, o gênero textual científico implica na subdivisão introdução, desenvolvimento e conclusão (ou considerações finais). Espera-se que a introdução delimite o tema, informe os objetivos, ressalte a relevância do estudo e, caso não haja no texto um tópico específico para tal, delinieie a metodologia. O desenvolvimento corresponde aos tópicos do texto científico, ou seja, dispõe os resultados da pesquisa e, portanto, estará composto por tantas seções quanto sejam necessárias à disposição das análises, obedecendo em dimensão à tipologia – se artigo, ensaio, dissertação de mestrado, tese de doutorado, entre outros; salutar ainda evidenciar que, em hipótese alguma, deve ser registrado *ipsis litteris* como desenvolvimento. A conclusão (ou considerações finais) evidencia os aspectos mais relevantes da pesquisa empreendida juntamente com uma análise crítica dos resultados, a depender da particularidade da investigação, podem ser incluídas sugestões de estudos futuros e/ou recomendações práticas.³⁴

Dentre as características de um texto científico competente, optou-se por destacar sua inteligibilidade, ou seja, a estruturação lógica construída. Nesse sentido, a linguagem deve pautar-se como referencial e denotativa, extraindo as marcas de pessoalidade, dando preferência à terceira pessoa do discurso ou, quando inevitável, a primeira pessoa do discurso no plural, a fim de imprimir a impessoalidade, característica tão cara ao gênero textual científico que difere, em absoluto, de peças jurídicas processuais.³⁵

Observe-se o exemplo a seguir: “Pode-se afirmar que o livro-reportagem possibilita aos escritores contarem histórias aparentemente corriqueiras aos olhos da sociedade utilizando-se de uma linguagem figurativa como a literária, visando a extrapolar o estético e desenvolver uma maior reflexão acerca dos fatos cotidianos”. Deu-se preferência à construção passiva

33 Medeiros e Tomasi (2016) sugerem que se inclua nessa fase do planejamento, além do início e do término da pesquisa e início e término da redação, o cronograma para revisão própria e de terceiros, assim como a resolução de modificações sugeridas que sejam consideradas pertinentes.

34 Machado, Lousada e Abreu-Tradelli (2005), a partir de proposição de exemplos de textos do gênero textual científico, discutem a temática da prática de leitura e escrita. Apesar de apresentar proposições bastante básicas, pode propiciar aos iniciantes do texto acadêmico uma prática inicial a ser consubstanciada e aprofundada. Motta-Roth e Hendges (2010), também dirigida a iniciantes do gênero textual científico, apresentam proposições teóricas com análise de textos mais aprofundada.

35 Com o objetivo tanto de aproximar estudantes a reflexões em torno de teorizações linguísticas quanto de estimular a leitura de textos que privilegiam a variedade padrão da língua portuguesa, Faraco e Tezza (2014) sugerem atividades de produção de texto articuladas com as noções apresentadas acerca dos gêneros científicos e profissionais. Nesse sentido, na área jurídica, é muito comum que os pesquisadores iniciantes escrevam textos que se pretendem científicos, como verdadeiras peças processuais, confundindo argumentos técnicos utilizados para convencimento de teses jurídicas em uma causa, com os argumentos científicos que devem guardar certa neutralidade.

(“Pode-se afirmar”) que subentende o agente da ação – o próprio autor do texto – evitando a pessoalidade da primeira pessoa do singular (“Posso afirmar”). Outra forma seria o emprego do nós genérico (“Podemos afirmar”).

Ademais, é imprescindível priorizar a ordem direta (sujeito-predicado-complemento), evitando frases intercaladas, apostos excessivos, a fim de estabelecer um texto claro e objetivo. Assim, verifique-se a diferença nos seguintes exemplos: 1) “Menos julgamento do que método de acabamento da obra – pois a obra é incompleta –, a crítica é um pensar sistemático, um conceber, um pensamento produtivo e não judicativo, pois não tem um fim formativo nem pedagógico: a crítica tem a finalidade de fazer pensar, provocar o desdobramento da reflexão”; e 2) “A crítica é um pensar sistemático, ou seja, um pensamento produtivo e não judicativo, pois não tem um fim formativo nem pedagógico: a crítica tem a finalidade de fazer pensar, provocar o desdobramento da reflexão”. Percebe-se, pois, que a diferença para a compreensão da mensagem é muito clara.

Importante destacar que a escrita eficiente advém, como já frisado, de uma leitura crítica e atenciosa, mas somente se consolida com a prática. Portanto, o planejamento textual orienta a produção, mas é o exercício de escrita, revisão e reescrita que possibilita o ordenamento das seções e o estabelecimento de argumentação plausível e coerente.

Coesão e coerência são dois aspectos responsáveis pela textualidade, ou seja, possibilitam que um texto possua unidade de sentido, com conexões gramaticais e articulação de ideias. A coesão textual refere-se às conexões gramaticais entre palavras, frases, orações, períodos, isto é, organiza a progressão textual – estrutura do texto e suas relações sintáticas –, enquanto a coerência textual está diretamente relacionada ao princípio de não contradição e à estruturação lógica de ideias.

Tome-se como amostra a seguinte afirmação: “O aumento nos índices de violência, com políticas públicas eficazes, é resultado da falta de perspectivas de trabalho e da pobreza”. Como facilmente se observa, os conectivos linguísticos estão em conformidade, garantindo a coesão, porém, se as políticas públicas foram eficazes seria razoável que os índices de violência não aumentassem e se de fato aumentaram, oportuno incluir na afirmativa conectivo de concessão, assim, melhor seria: O aumento nos índices de violência é resultado da falta de perspectivas de trabalho e da pobreza, apesar da existência de políticas públicas eficazes.

Ademais, necessário também atentar para a ambiguidade – duplicidade de sentidos que pode ocorrer em um enunciado. Recurso estilístico em textos poéticos, humorísticos e publicitários, a ambiguidade deve ser evitada em textos técnicos, informativos e principalmente acadêmico-científicos. Comumente ocorre em virtude do emprego de pronomes possessivos quando há dois sujeitos na mesma oração (“O advogado solicitou à testemunha que

identificasse a sua fotografia – não é claro a quem se refere o pronome sua, se ao advogado ou à testemunha).

No decorrer da escrita do texto, ao lidar com as referências e citações, atentar para o fato de que a produção textual científica não implica em se restringir a transcrição (citações diretas) ou paráfrase (citações indiretas), há de se buscar um aprofundamento em torno do objeto investigado, ou seja, ao incluir ideias, argumentos, posicionamentos, teorias de outrem é imprescindível que se analise, comente e insira contribuição. Dessa maneira, dar-se-á o desenvolvimento de um estilo próprio o qual resultará na consolidação do amadurecimento do pesquisador enquanto autor.³⁶

CONCLUSÃO

O texto que agora se encerra trouxe como preocupação central, facilitar o entendimento daqueles que estão ou pretendem ingressar na pós-graduação, mais precisamente, apresentou noções introdutórias sobre as peculiaridades, dificuldades e os instrumentos para a realização de pesquisa científica, com o foco principal na área jurídica.

Nesse contexto, apresentaram-se os principais desafios e, conseqüentemente, os caminhos para superação dos mesmos, tendo sido enfatizada a importância acerca da compreensão da Epistemologia, enquanto área do saber ligada à produção de conhecimento, inferindo-se, pois, ser o cumprimento das exigências epistemológicas uma etapa necessária para a elaboração de um trabalho permeado pela cientificidade.

Em tal âmbito, compreende-se imprescindível a percepção da importância da relação entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível, para superação das epistemologias tradicionais empiristas e racionalistas e alcance das epistemologias dialéticas, assim como, a estrita observação dos limites da subjetividade do pesquisador na construção do conhecimento que se possa adjetivar de científico.

Assim sendo, contextualizou-se a epistemologia no âmbito da Teoria do Conhecimento, fazendo as devidas aproximações com a Filosofia da Ciência e com a História da Ciência, para uma melhor compreensão do fazer científico, concluindo-se pela absoluta interpenetração de tais disciplinas para a construção dos pressupostos que expressem o necessário rigor científico na construção do conhecimento.

Nesse desiderato, realizaram-se as devidas aproximações entre as categorias afetas às exigências epistemológicas, ressaltando a importância das devidas amarrações entre o referencial epistemológico, o marco teórico

³⁶ Na linha de pensamento de D'Onofrio (2000), pertinente evidenciar que todo texto científico, como próprio de sua peculiaridade, é provisório, suscetível de ser retomado, confrontado inclusive por seu próprio autor, a depender de novas proposições ou descobertas, visto que a atividade científica implica em constante revisão e produção de novas ideias.

e o conjunto de teorias que devem dar sustentação à tecitura do argumento, na construção dos enunciados, concluindo-se pela imprescindibilidade das corretas conexões teóricas para a elaboração de um trabalho científico.

Ultrapassada a fase referente à Teoria do Conhecimento, foram apresentados os métodos e técnicas para desenvolvimento do trabalho científico, enfatizando-se por meio de exemplos específicos a pesquisa jurídica, concluindo-se pela necessária conexão metodológica, desde a escolha e recorte do tema a ser pesquisado, passando pela abordagem ou raciocínio a ser utilizado, até os procedimentos e técnicas específicos e compatíveis com a pesquisa científica que se quer realizar.

Para melhor compreensão dos pontos acima expostos, optou-se por enfrentar a temática a partir da elaboração de um projeto de pesquisa, concluindo-se, dessa forma, que um melhor entendimento dos meios corretos a serem utilizados em uma pesquisa científica se dá pelo encadeamento e conectividade entre todos os elementos que compõem o referido projeto, como forma de salvaguardar a necessária lógica e linearidade na construção das ideias as quais irão densificar a hipótese investigada.

No que diz respeito à escrita, mais precisamente ao estilo, intentou-se evidenciar que o texto científico deve primar em seguir como parâmetro a variedade padrão da língua portuguesa (atentando aos preceitos de concordância, regência, pontuação, ortografia e sintaxe), evitando tanto o coloquialismo, a redundância, os clichês e a pessoalidade quanto a erudição desnecessária. Ressaltou-se que o texto científico deve primar por objetividade, clareza e concisão.

Concluiu-se, por fim, que todo o labor até então edificado em um projeto de pesquisa necessita de uma exposição clara e correta em sua própria tessitura, assim como, quando da construção do texto final, razão pela qual concluiu-se pela extremada importância na elaboração da redação de ambos – projeto de pesquisa e dissertação –, para que os enunciados elaborados possam alcançar o objetivo final do processo comunicativo, qual seja, a correta compreensão entre aquilo apresentado pelo pesquisador, enquanto emissor da ideia, e aquilo recebido pelo leitor quando da apreciação do texto.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Bases para uma Metodologia da Pesquisa em Direito. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo Do Campo*, n. 4., 2015
Disponível em: <<https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/661>> Acesso em 04 de janeiro de 2022.

ANDERY, Maria Amália Pie Abib et al. *Para compreender a Ciência: Uma perspectiva histórica*. 11. ed. Rio de Janeiro: EDUC, 2002.

Leonardo Marques
Claudio Guimarães
Andrea Lobato

ANDRADE, Vera Regina P. de. *Dogmática Jurídica*. Escorço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BACHELARD, Gaston. *O novo espírito científico*. Lisboa: Edições 70, 1996.

BECKER, Howard S. A Epistemologia da pesquisa qualitativa. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 1, n. 2, p. 184-199, julho de 2014.

BOMBASSARO, Luiz Carlos. *As fronteiras da epistemologia: como se produz o conhecimento*. Petrópolis: Vozes, 1992.

CAMARA JUNIOR, Joaquim Mattoso. *Manual de expressão oral e escrita*. 7.ed. Petrópolis: Vozes, 1983.

CARVALHO, Alba Maria Pinho de. O exercício do ofício da pesquisa e o desafio da construção. In: BAPTISTA, Maria Manuel. (Org.). *Cultura: Metodologias e Investigação*. Coimbra: Ver o Verso, 2009, p. 117-136.

CEGALLA, Domingos Paschoal *Dicionário de dificuldades da língua portuguesa*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2018.

COSTA, Alexandre Bernardino; ROCHA, Eduardo Gonçalves. Epistemologia e Pesquisa em Direito. In: BELLO, Enzo; ENGELMANN, Wilson. (Coord.). *Metodologia da Pesquisa em Direito*. Caxias do Sul: EducS, 2015.

CUNHA, José Ricardo. *Epistemologias críticas do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DEMO, Pedro. *Introdução à Metodologia da Ciência*. São Paulo: Atlas, 1983.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2005.

D'ONOFRIO, Salvatore. *Metodologia do trabalho intelectual*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

FARACO, Carlos Alberto; TEZZA, Cristovão. *Prática de texto: para estudantes universitários*. 24.ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 2010.

EPSTEIN, Lee; KING Gary. *The rules of inference*. The University of Chicago Law Review, v. 69, n. 1, 2002.

- FEIJÓ, Ricardo. *Metodologia e Filosofia da Ciência*. Aplicação na Teoria Social e estudo de caso. São Paulo: Atlas, 2003.
- FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. *Iniciação à pesquisa no direito: pelos caminhos do conhecimento e da invenção*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista*. 2 ed., Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- JAKOBSON, Roman. *Linguística e comunicação*. 22. ed. Trad. Izidoro Blikstein; José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 2010.
- JAPIASSU, Hilton Ferreira. *Introdução ao pensamento epistemológico*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1986.
- _____ ; MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1969.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.
- MACEDO, Magda Helena Soares. *Manual de Metodologia da Pesquisa Jurídica*. 2. ed. Porto Alegre: Sagra Luzanno, 2001.
- MACHADO, Anna Rachel; LOUSADA, Eliane; ABREU-TARDELLI, Lília Santos. *Planejar gêneros acadêmicos: escrita científica, texto acadêmico, diário de pesquisa, metodologia*. São Paulo: Parábola, 2005.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Por que Dogmática Jurídica?* Rio de Janeiro: Forense, 2008
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A Ciência do Direito: conceito, objeto, método*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MEDEIROS, João Bosco; TOMASI, Carolina. *Ortografia: novo acordo ortográfico da língua portuguesa*. São Paulo: Atlas, 2009.

Leonardo Marques
Claudio Guimarães
Andrea Lobato

_____. Redação de artigos científicos: *métodos de realização , seleção de periódicos, publicação*. São Paulo: Atlas, 2016.

MEZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia e Pesquisa no Direito*. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MINAYO, Maria Cecília de Sousa. (Org.). *Pesquisa social*. Teoria, método e criatividade. Petrópolis: Vozes, 2016.

MIRANTE, Daniela. Hans Kelsen: ruptura ou continuidade entre a Teoria Pura do Direito e a Teoria Geral das Normas. *Revista Direito e Práxis*. vol. 5, n. 8, 2014, p. 120-151.

MOLL. Luiza Helena Malta. *Projeto de pesquisa em Direito*. 2012. Disponível em: <<https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/projeto-de-pesquisa-em-direito>>. Acesso em 04 de janeiro de 2022.

MOTTA-ROTH, Désirée; HENDGES, Graciela Rabuske. *Produção textual na universidade*. São Paulo: Parábola, 2010.

NOBRE, Marcos et al. *O que é pesquisa em Direito?* São Paulo: Quartier Latin, 2005.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurabi. *A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito*. 2004. Disponível em: <https://www.academia.edu/33852279/N%C3%83O_FALE_DO_C%C3%93DIGO_DE_HAMUR%C3%81BI_A_pesquisa_s%C3%B3cio-jur%C3%ADdica_na_p%C3%B3s-gradua%C3%A7%C3%A3o_em_Direito>. Acesso em 12 de julho de 2021.

PIRES, Álvaro. *Pesquisa Qualitativa e Sistema Penal. Podemos questionar os sistemas sociais?* Sociologia Penal: sistema e experiência. Ottawa: Universidade de Ottawa, 2004.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *O Direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

SANTOS, Boaventura de Sousa.; MENESES, Maria Paula (Org.). *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010. 637 p

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

Recebido em: 09/04/2023
Aprovado em: 12/03/2024

A TERCEIRA ONDA DE ACESSO À JUSTIÇA: DA SACRALIZAÇÃO E LEGITIMAÇÃO DOS TRIBUNAIS AOS CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS

*THE THIRD WAVE OF ACCESS TO JUSTICE:
FROM THE SACRALIZATION AND
LEGITIMIZATION OF COURTS TO
EXTRAJUDICIAL REGISTRY*

Lorenzo Borges de Pietro¹

Martiane Jaques La Flor²

SUMÁRIO: Introdução. 1. A terceira onda de acesso à justiça e a sacralização dos ritos. 1.1. Solução consensual dos conflitos como espécie do acesso à justiça. 1.2. Os rituais e as autoridades através do reconhecimento

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPe), Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst); Advogado.

² Doutora em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Mestrado em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especializações em Direito Notarial e Registral e em Direito Civil. Graduação em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPe).

da população. 2. Os cartórios extrajudiciais como protagonistas do acesso à justiça em uma política de consenso. 2.1. A fidúcia do tabelião e do registrador. 2.2. Exemplos práticos de aplicabilidade do extrajudicial. Conclusão. Referências.

RESUMO: O estudo ora apresentado demonstra uma análise acerca da terceira onda de acesso à justiça, vislumbrando a solução consensual do conflito, na figura da mediação, como uma espécie de acesso à justiça. Parte-se da ideia da ritualística e da condição de autoridade para justificar o serviço extrajudicial como passível de abranger a problemática do acesso à justiça. O método utilizado é o dedutivo com base no silogismo, com pesquisa bibliográfica e documental. Adotou-se o modelo de plano francês, dividindo o artigo em duas partes. Na primeira se aborda a terceira onda de acesso à justiça, em especial a conciliação e a mediação como meios de solução consensual de conflitos, ao passo em que na segunda se analisa o papel dos cartórios extrajudiciais como meio de garantir o acesso à justiça. Por fim, através de exemplos empíricos, os quais trazem pragmatismo ao estudo, conclui-se que os cartórios perfazem o acesso à justiça através de uma política de consenso.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça. Cartórios. Mediação. Política de consenso. Serviço Extrajudicial.

ABSTRACT: The study presented here demonstrates an analysis of the third wave of access to justice, envisioning the consensual solution of the conflict, in the figure of mediation, as a kind of access to justice. It starts from the idea of ritualistic and the condition of authority to justify the extrajudicial service as capable of covering the issue of access to justice. The method used is the deductive one based on the syllogism, with bibliographical and documentary research. The French plan model was adopted, dividing the article into two parts. The first deals with the third wave of access to justice, in particular conciliation and mediation as means of consensual conflict resolution, while the second analyzes the role of extrajudicial notaries as a means of guaranteeing access to justice. Through empirical examples, which bring pragmatism to the study, it is concluded that the registry offices make up the access to justice through a consensus policy.

KEYWORDS: Access to Justice. Civil Registry Offices. Consensus Policy Extrajudicial Service. Mediation.

INTRODUÇÃO

O estudo ora apresentado demonstra uma análise acerca do acesso à justiça proporcionado pela terceira onda na busca de solução prática a seus problemas, tendo por marco teórico Garth e Cappelletti. Como contraponto será observado a figura dos rituais utilizados pelos Tribunais, que os sacralizam e os legitimam, para o novo polo do extrajudicial, através dos cartórios extrajudiciais, diante disso, perceber a natureza reflexiva entre a cultura e a resolução de conflitos.

Para discussão e enfrentamento do problema, bem como para o alcance dos objetivos, o método científico de abordagem utilizado foi o dedutivo. O método dedutivo condiciona argumentos amarrados em fórmulas: se “p”, então “q”; Ora “p”, Então “q”, ou seja, afirmação do antecedente e negação do consequente (LAKATOS; MARCONI, 2021, p. 106).

Por conseguinte, assim se expressa: se os rituais sacralizam e legitimam os Tribunais, sendo os brasileiros dependentes de uma autoridade, para fins de resolução de conflitos, então a solução consensual dos conflitos, espécie de acesso à justiça, requer rituais e autoridade reconhecidamente fidedigna para ser reconhecida como uma solução legítima. Ora, os cartórios extrajudiciais possuem procedimentos que se assimilam a rituais realizados por profissionais que detêm confiança da sociedade. Assim, os cartórios extrajudiciais são mecanismos de solução consensual de conflitos no Brasil.

O modelo de estrutura empregado ao trabalho é o plano francês, dividindo-se o estudo em duas partes, a primeira destinada à exposição dos fundamentos gerais da terceira onda de solução prática de problemas de acesso à justiça, com destaque a solução consensual dos conflitos e na segunda, se realiza um aprofundamento do problema se os cartórios extrajudiciais são espécie de acesso à justiça.

Garth e Cappelletti (1988, p. 31) elencam três “ondas” – desenvolvidas no projeto Florença – para a solução prática dos problemas de acesso à justiça, . A primeira “onda” diz respeito ao movimento de ascensão pela assistência judiciária, ou *judicare*; a segunda trata de proporcionar representação jurídica para os interesses difusos e coletivos, mediante ações de classe e de interesse público, por fim, a terceira trabalha o acesso à justiça. A reflexão circundará esta última, no tocante aos métodos de conciliação e mediação, dialogando com os serviços extrajudiciais.

A conciliação é uma política de resolução de conflitos adotada pelo Conselho Nacional de Justiça desde 2006, entretanto apenas a partir de 2016 passou a ser mais difundida, não obstante a cultura litigante predominante no país. Foi nesse ano que o novo Código de Processo Civil (CPC) entrou

em vigor, tornando obrigatória³ a realização de uma audiência prévia de mediação e conciliação. O ano de 2016 foi o mais representativo em termos de números de conciliações, representando 20,6% dos processos em fase de conhecimento e 13,6% do total (BRASIL, 2021, p. 192).

A litigiosidade em números. no Brasil, no ano de 2020⁴, representa que em média, a cada grupo de 100.000 habitantes, 10.675 ingressaram com uma ação judicial, número esse que em 2021 aumentou 9,9%, passando a 11.339. Em relação aos índices de conciliação e mediação de 2016 até 2020 houve diminuição no seu percentual, o número de sentenças homologatórias de acordo com o Conselho Nacional de Justiça, diminuiu 18,8%, passando de 2.987.623 sentenças homologatórias de acordo no ano de 2015 para 2.426.027 em 2020 (BRASIL, 2021, p. 192).

1. A TERCEIRA ONDA DE ACESSO À JUSTIÇA E A SACRALIZAÇÃO DOS RITOS

A terceira “onda” adveio nos anos 70 com a mudança de foco do acesso “à corte”, para se ter “acesso à justiça”, englobando nesse acesso diversas alternativas não formais ou judiciais para a solução dos litígios (ECONOMIDES, 1999, p. 11). “Ela [a terceira onda] centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67-68).

Os próprios autores reconhecem a dificuldade de conceituar o acesso à justiça, embora determinem para tanto duas finalidades básicas: “um sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/resolver seus litígios sob os auspícios do Estado” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8), ou seja, fundamentalmente um direito de acesso à ordem jurídica justa (WATANABE, 2019, p. 10).

Definir o que seria uma ordem justa, ou seja, justiça, é uma tarefa que demanda significativo empenho, haja vista uma ampla gama de teorias divergentes (MORAES, 2015, p. 261). Isto se deve em parte ao fato de que justiça se trata de um conceito abstrato, que integra o rol daquilo que se sabe o que é, todavia desconhecêsse seu conteúdo, ou seja, a forma de descrevê-lo, podendo ser incluído naquilo que é chamado de “knowledge illusion” (SLOMAN; FERNBACH, 2017, p. 2017)

3 Na França, desde a lei de 18 de novembro de 2016 sobre a modernização da justiça no século XXI, a qual foi alterada pela lei de 23 de março de 2019 obrigou o uso da mediação como forma de resolução amigável de litígios antes do encaminhamento ao juiz. Esta obrigação aplica-se a pedidos cujo valor não exceda 5.000 euros ou que digam respeito a um litígio de vizinhança., sob pena de inadmissibilidade da ação (FRANÇA, 2021, não paginado, tradução livre).

4 Houve uma redução de 12,3% no número de casos por mil habitantes em relação a 2019, a qual atribuímos a pandemia SARS-COVID 19. Neste indicador, são computados somente os processos de conhecimento e de execução de títulos extrajudiciais, excluindo, portanto, da base de cálculo as execuções judiciais iniciadas (BRASIL, 2021, p. 111).

Desta forma, considerando que o objetivo deste artigo não é esgotar a definição de justiça ou ordem justa, partiremos de um critério objetivo instrumental de que “significa simplesmente a concordância com o direito vigente. Até hoje chamamos Justiça – Judiciário – órgão público que serve ao direito” (HÖFFE, 2003, p. 11). Apesar de tomar-se o conceito de Hoffe, elucida-se o fato de que devemos afastar a visão de justiça ou a função de garantir uma ordem justa como de competência exclusiva do Judiciário, uma vez que “acesso à justiça não equivale a mero ingresso em juízo” (DINAMARCO, 2003, p. 115). Assim, a terceira onda se refere a garantir acesso à justiça, e não apenas ao judiciário, desta forma não deve se limitar apenas a atuação deste poder (ECONOMIDES, 1999, p. 63).

Assim, é preferível tratar a ordem jurídica justa, como aquela que concede aos litigantes resultados úteis e satisfatórios (DINAMARCO, 2003, p. 108), ou seja, uma ordem justa guina no sentido de que

os cidadãos têm o direito de serem ouvidos e atendidos não somente em situação de controvérsias com outrem como também em situação de problemas jurídicos que impeçam o pleno exercício da cidadania, como nas dificuldades para obtenção de documentos seus ou de seus familiares ou relativos a seus bens (WATANABE, 2019, p. 109).

Evidente que os litígios diferem, tanto em relação à sua complexidade quanto ao montante da controvérsia e isso implica a sociedade decidir quanto será despendido para solucioná-lo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 71), logo a submissão do fato ao judiciário ou as serventias extrajudiciais adentram na esfera de liberdade do indivíduo. Neste contexto, porém, se afirma que nem todas as demandas podem ficar a cargo do extrajudicial, apenas aquelas em que não haja conflito e que não envolvam interesse de menores ou incapazes, poderão ficar ao abrigo das Serventias notariais e registrais.

1.1. Solução Consensual dos Conflitos como Espécie do Acesso à Justiça

A solução dos conflitos pode se dar na forma de autotutela, autocomposição ou heterocomposição (DINAMARCO; CINTRA; GRINOVER 2015, p. 41). A autotutela é a forma mais antiga de resolução de conflitos, e consiste no uso da força em benefício total de um dos envolvidos (FARIAS; OLIVEIRA, 2017, p. 98), que se encontra em desuso nos dias atuais, apesar de alguns resquícios de previsão legal, como o desforço imediato do art. 1.210, § 1º, do Código Civil. Na autocomposição as próprias partes envolvidas chegam ao resultado pondo fim ao conflito, ao contrário da heterocomposição em que um terceiro resolve o conflito, é o que ocorre

na jurisdição em que o juiz, através da sentença põe fim a lide, ou mesmo no caso de câmaras arbitrais, que fazem as vezes de uma jurisdição privada (SILVA, 2005, p. 3-5).

A autocomposição possui, dentre outras, como espécies a conciliação e a mediação, objetos de estudo neste pequeno espaço de reflexão. Nos ateremos apenas a esses métodos, já que são os autorizados, pelo Provimento nº 67 do Conselho Nacional de Justiça, a serem instalados nas serventias extrajudiciais,, como parte do sistema multiportas de acesso à justiça (REICHELDT, 2017, p. 243).

A conciliação caracteriza-se pela proposta de uma solução apresentada pelo conciliador que poderá ser ou não acatada pelas partes, tendo enfoque na construção de um acordo voltado a determinado ponto; ao passo que a mediação se utiliza de um terceiro, o mediador apenas para esclarecer a uma parte os interesses e pretensões da outra, para que elas mesmas cheguem a uma solução comum, por si sós, além do acordo visa restabelecer o diálogo e a convivência pacífica dos envolvidos, a fim de evitar novos conflitos, sem qualquer proposta por parte do mediador⁵ (ALMEIDA, 2015, p. 86-87). Assim,

A mediação é um processo em que as partes e seus representantes se reúnem como um mediador neutro, treinado para assisti-las na composição de disputas. O mediador viabiliza a comunicação entre as partes, permite que articulem seus interesses e compreendam aqueles que lhe são opostos, pontua as vicissitudes de cada argumento, identifica pontos de intersecção e auxilia na criação de opções para uma forma de resolução consensual do imbróglio (RULE 83.11) (CHASE, 2014, p. 139-140).

Warat (S.I., p. 9) reafirma a posição neutra do mediador, que ajuda as partes num conflito a se reencontrarem. Essa interpretação na mediação é a escuta do sensível. O mediador ocupa um lugar de amor, ao passo que o juiz ou árbitro ocupam um lugar de poder. Por isso a necessidade de o mediador interpretar os não-ditos do sentido, pois “a mediação é um trabalho sobre afetos em conflito, não um acordo entre as partes, exclusivamente patrimonial, sem marcas afetivas.” (WARAT, S.I., p. 18). Nesse contexto, lembra-se que aos notários compete formalizar juridicamente a vontade das partes (art. 6º, da Lei 8.935 de 1994), a escuta, e a interpretação por trás da intenção e das palavras, já fazem parte do universo do notário.

A mediação, assim aprimoraria as relações de comunidade, com efeito terapêutico entre os indivíduos, já que ao permitir que se debata seus sentimentos, reconstroem vínculos. No mesmo sentido fortalece a

5 Inteligência dos parágrafos 2º e 3º do art. 165 do Código de Processo Civil. (BRASIL, 2015a, não paginado).

independência, demonstrando que eles mesmos podem resolver seus conflitos, minimizando conflitos futuros (CHASE, 2014, p. 152).

As soluções rápidas e mediadas se tornam benéficas aos litigantes em razão das despesas altas com os litígios (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 83), a morosidade na prestação jurisdicional e a insatisfação na solução da contenda. Porém, não podem tais medidas servirem de remédio para o congestionamento do Judiciário e sim, apresentarem êxitos reais (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 87).

A busca por soluções fora do Judiciário vem sendo ampliada e incentivada por diversos órgãos e entidades, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 125 (BRASIL, 2010, não paginado) que objetiva, justamente a implantação de política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios. Importante contribuição da Resolução foi na atualização do conceito de acesso à justiça (WATANABE, 2019, p. 94), desatrelando-a do acesso aos órgãos Judiciários e a processos, mas de acesso a uma ordem jurídica justa.

Posteriormente sobredita resolução, ganhou o respaldo da lei, com a publicação da Lei 13.140 de 2015 (BRASIL, 2015b, não paginado), que tratou da mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

De outro lado, ainda enfrentam intensa resistência em seu uso, resultado da formação acadêmica dos operadores do Direito, a qual é voltada para a solução contenciosa, sempre na busca de sentenças⁶. Em decorrência desta mesma formação acadêmica resulta o desconhecimento dos profissionais em relação ao meio extrajudicial⁷, em sua maioria, não sabem distinguir as diferentes especialidades de serventias notariais e registrais⁸, colocando-as todas no mesmo balaio denominado “cartório”.

Já muitos dos que possuem conhecimento destas práticas, ainda resistem a sua utilização, isto decorre do formalismo e do elitismo do direito brasileiro, o qual ainda não parece ter sido superado (SILVA, 2006 p. 36), bem como da cultura da litigiosidade que permeia o direito processual brasileiro, tornando-o resistente a tentativa de soluções consensuais (ALEXANDRINO, 2019, p. 119). Isso pode ser verificado, ante ao fato que o art. 448, do CPC de

6 “Disso tudo nasceu a chamada cultura da sentença, que se consolida assustadoramente. Os juízes preferem proferir sentença ao invés de tentar conciliar as partes para a obtenção da solução amigável dos conflitos. Sentenciar, em muitos casos, é mais fácil e mais cômodo do que pacificar os litigantes e obter por via de consequência, a solução dos conflitos” (WATANABE, 2019, p. 75-76).

7 As Faculdades de Direito não têm em suas grades curriculares a disciplina de Direito Notarial, ou mesmo de Direito Registral, o acesso ao conhecimento dessas áreas somente é adquirido em cursos de pós-graduação.

8 Os tabelionatos dividem-se em tabelionatos de notas e tabelionatos de protestos, já os registros são o Registro civil de pessoas naturais, o Registro civil de pessoas jurídicas, o Registro de títulos e documentos o Registro de Imóveis, o registro distribuidor e por fim, os tabelionatos e escritórios de contratos marítimos (que cumulam características de tabelionato e registro) [art. 5º, da Lei 8.935 de 1994] (BRASIL, 1994, não paginado).

1973⁹ previa a possibilidade de se realizar audiência de conciliação, todavia a previsão, não obteve o sucesso esperado, tampouco contou com o apoio dos atores processuais “juízes chegam mesmo a descumprir abertamente o modelo instituído pelo legislador, deixando de designar a audiência sob a alegação de que, no caso concreto, será inútil a tentativa de conciliação porque as partes certamente não entrarão em acordo” (WATANABE, 2005, p. 687-688).

Assim, registra,

O fato de existir previsão legal para que se busque outras formas de resolução de controvérsias não significa que, de fato, elas serão utilizadas como almeja o legislador, haja vista a cultura litigiosa e a busca pelo provimento do imperativo do Estado, comportamentos enraizados desde a formação profissional, que durante toda sua formação muitas vezes sequer é apresentado à centros de conciliação e mediação (ALEXANDRINO, 2019, p. 125-126).

Essa cultura permeia não somente a mentalidade dos profissionais do Direito, como também dos jurisdicionados, que enxergam na sentença a forma correta de fazer justiça, vislumbrando na conciliação e mediação formas pouco civilizadas (GRINOVER, 1985, p. 159).

Além disso, se percebe que uma das críticas da população em geral é o fato de que tais medidas acabam apenas por retardar o processo, em vez de solucioná-lo, uma vez que incluir um novo ato na tramitação processual, acabaria por aumentar o tempo de duração deste feitos, os quais, em relação aos pendentes na justiça estadual, atualmente, possuem uma média de duração de 4 anos e 8 meses (BRASIL, 2021, p. 214).

Essa resistência se mostra bastante elevada já na aplicação dos meios de solução consensual como a mediação e a conciliação, ao longo do processo, e se mostra ainda mais elevada no caso de aplicação destes institutos de forma extrajudicial.

Muito embora o vasto incentivo, conforme demonstrado acima, não houve incremento no uso das formas de resoluções de conflitos desde 2016, o que ratifica a cultura da sentença ainda incutida no ambiente da sociedade brasileira.

1.2. Os Rituais e as Autoridades Através do Reconhecimento aa População

Watanabe (2019, p. 58) elucidando uma pesquisa do Desembargador Miranda Rosa sobre o fim da figura do juiz de paz, pessoa eleita pelo

⁹ Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo (BRASIL, 1973, não paginado).

povo que quebraria o autoritarismo estatal, demonstrou a cultura do povo brasileiro dependente de *autoridade*, uma submissão ao paternalismo estatal (WATANABE, 2019, p. 113).

A cultura vai refletir na adoção de processos de resoluções de conflitos, pois são “instituições através das quais a vida social e cultural é mantida, provocada e alterada, ou como a mesma ideia foi expressa, <<constituída>> ou <<construída>>” (CHASE, 2014, p. 21). A partir dessa premissa, o idioma do Direito, a sua linguagem, crenças e instituições são determinações culturais (CHASE, 2014, p. 29). Ou seja, há uma natureza reflexiva entre a cultura e a resolução de conflitos. As instituições estabelecem cerimônias em favor da sua legitimidade e assim adquirem poder simbólico próprio (CHASE, 2014, p. 159).

Os rituais¹⁰ estão calcados em simbolismos e operam em crenças comuns da comunidade e aqueles que se adequam a valores socialmente compartilhados, auxiliam na legitimação da resolução (CHASE, 2014, p. 161) de litígios.

O processo, ordinariamente, devesse se prestar apenas a finalidades instrumentais, adquire um poder simbólico e característica de ritual (CHASE, 2014, p. 168), uma vez que estampa a autoridade do juiz e a aceitação da comunidade dos resultados por ele divulgado. Em crítica ao ritualismo, “remoção do ritualismo e do formalismo exagerado do procedimento estéril, da burocracia ínsita ao sistema judiciário, oferece um ambiente de coloquialismo” (NALINI, 2016, p. 32).

Portanto, os rituais legitimam as instituições oficiais de resolução de disputas, somente assim encaradas para o cumprimento de suas finalidades.

Sopesando, tem-se de um lado uma cultura de sentença, formações jurídicas adversariais, necessidade de autoridade e pré-conceito com soluções fora do Judiciário como aptas a se fazer justiça, e de outro, a legislação incentivando os usos alternativos de solução de litígios. A balança ainda tende para o outro lado, pois uma cultura demora a ser modificada. Porém, dentre os rituais e profissionais reconhecidos como fidedignos e aptos à produção do Direito, encontram-se os tabeliães e registradores.

Certos simbolismos também são encontrados dentro dos serviços notariais e registrares, atípicos serviços públicos¹¹, instituições oficiais do

10 Catherine Bell (apud Chase, 2014, p.160) elenca algumas características do que se considera por ritual, são elas: o formalismo, o tradicionalismo, a rigidez, a rule governance, o simbolismo sacro e a execução.

11 “Se partirmos de uma concepção ampla (aquela apreçoada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, José dos Santos Carvalho Filho, Odete Medaur e Alexandre Santos de Aragão), obrigatoriamente os serviços cartorários serão considerados serviços públicos, já que são uma atividade prestada por delegado do Estado, sob o alcance predominantemente do regime de Direito Público (*longa manus* do Estado, exercido em caráter privado), com finalidade de satisfazer necessidade da coletividade (autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos). Do mesmo modo, se tomarmos o conceito estrito de Hely Lopes Meirelles, pois é serviço de natureza administrativa (art. 1o, LNR) prestado por delegado, sob normas e controle estatais, para satisfazer necessidades da coletividade. Não obstante se trilharmos o caminho da acepção estrita, nos expoentes de Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvania Zanella Di Pietro, ditos ofícios não serão considerados serviços públicos, já que as atividades exercidas não são apenas atividades materiais, mas também jurídicas” (LA-FLOR, 2015, p. 32).

Estado. A autoridade que lá se encontra (notário ou registrador) é reconhecida pela comunidade como conhecedora do Direito, de conduta ilibada e elabora de atos escorreitos. Ninguém contesta um cerimonial de casamento e todos os rituais ali inscritos, bem como as certidões oriundas dos livros e registros dos cartórios, ninguém contesta a capacidade do tabelião de protesto de intimar o devedor, tampouco o poder do registrador de imóveis em atribuir propriedade ao registrar o título na matrícula do imóvel.

Portanto, o requisito de ritual e de autoridade estão explícitos nos serviços notariais e de registro, campo fértil de florescimento da resolução extrajudicial, marcada pelo diálogo e pelo consenso, sem se despir da confiança e do reconhecimento comunitário.

2. OS CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS COMO PROTAGONISTAS DO ACESSO À JUSTIÇA EM UMA POLÍTICA DE CONSENSO

O Conselho Nacional de Justiça reconheceu, através da Resolução nº 225 (BRASIL, 2016, não paginado) que o direito ao acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 implica o acesso a soluções efetivas de conflitos por intermédio de uma ordem jurídica justa e compreende o uso de meios consensuais, voluntários e mais adequados a alcançar a pacificação de disputa.

Nesse diapasão o acesso à justiça não se limita ao acesso a um processo, o qual finalizará em uma sentença, mas a uma ordem jurídica justa, que poderá resultar de outros meios não adversais ou de heterocomposição.

Um ponto positivo em relação aos cartórios é o fato de que a assunção de demandas para sua seara não gera o deslocamento do poder de regulação do Estado para a economia e, conseqüentemente, o enfraquecimento da democracia (SANTOS, 2018, p. 636), tendo em vista que a regulamentação desses serviços fica a cargo do Poder Judiciário (art. 236, §1º, da Constituição Federal de 1988).

Outro ponto que pode ser levantado é que o ambiente dos cartórios, bem mais do que o do Judiciário, favorece o diálogo, a abertura e a cooperação, requisitos estes imprescindíveis para uma mediação adequada. Outrossim a lógica nos serviços extrajudiciais é a do consenso, com a participação dos envolvidos na busca conjunta da solução adequada para o caso concreto.

Por fim, a permeabilidade dos cartórios (BRASIL, 2022, não paginado), garante o acesso seguro e ágil à população. Se constata também que os cartórios extrajudiciais apresentam uma elevada capilaridade possuindo serventias em mais de 5.570 municípios, logo estando acessível a quase todo cidadão sem muito esforço, ante a esta capilaridade (MATTAR, 2005, p. 5)

Não se tergiversa, então, que os serviços notariais e de registro são mecanismos de acesso à justiça, pois

[...] jurisdição, na atualidade, não é mais poder, mas apenas função, atividade e garantia. Seu principal indicador é o acesso à Justiça, estatal ou não, e seu objetivo, o de pacificar com justiça. Este conceito de jurisdição abrange a justiça estatal, a justiça arbitral e a justiça *conciliativa* (GRINOVER, 2016, p. 30).

2.1. A Fidúcia do Tabelião e do Registrador

Os cartórios extrajudiciais foram eleitos, conforme pesquisa do Datafolha, com uso de dados da pesquisa *Doing Business*, realizada pelo Banco Mundial (CONFIANÇA, 2015, s.p.), como a instituição mais confiável no país, dentre todas as instituições públicas e privadas brasileiras, incluídos, bancos, forças armadas e Prefeituras.

Os atos dos tabeliães e dos registradores são qualificados de fé-pública¹², a qual assegura a autenticidade dos atos emanados, gerando presunção de validade. Dentre as atribuições comuns entre notários e registradores está garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos¹³.

Cabe referir que a publicidade é indireta, obtida através de emissões de certidões dos livros, os quais contém os atos e não é plena, pois muitos alguns atos estão sob o manto do sigilo, por exemplo testamentos e adoções. Nesse ponto não vigora as críticas levantadas de que as mediações não poderiam ser realizadas nos cartórios porque demandariam sigilo. Atos sigilosos já fazem parte da realidade do extrajudicial.

A confiança depositada nos serviços prestados por tabeliães e registradores faz parte da cultura brasileira. A população os reconhece como autoridades no assunto e já internalizam os rituais como próprios, legitimando suas atuações. Daí não ter sido difícil o deslocamento dos inventários, separações, divórcios e dissoluções de união estável aos cartórios extrajudiciais.

A Lei 11.441 de 2007 autorizou a realização de inventários, separações e divórcios nos tabelionatos de notas, em todas essas escrituras a presença de advogado é obrigatória¹⁴ e logo, caiu ao gosto popular. Vantagens como

12 Art. 3º, da Lei 8.935 de 1994 (BRASIL, 1994, não paginado).

13 Art. 1º da Lei 6.015 de 1976 e art. 1º da Lei 8.935 de 1994. (BRASIL, 1976; 1994, não paginado)

14 Poderia se pensar em dispensar o assessoramento de advogados nestes atos, uma vez que ao tabelião cabe o assessoramento e a formalização jurídica do pedido das partes, aos moldes dos Juizados especiais. Alternativa a maior acesso à justiça por meio de redução de custos, conforme já elucidavam Garth e Cappelletti (1988, p. 29). Porém, deve-se ter muito cuidado em implantações de tais políticas, pois podem resultar em efeito contrário ao desejado, ou seja, os advogados incentivarem a via processual, para que assim figurem como peças fundamentais.

economia de tempo, dinheiro e desburocratização fizeram aumentar o uso do extrajudicial.

Exemplificativamente, houve aumento de 4% de 2020 a 2021 (2,8 mil divórcios a mais), representativo de 77.509 escrituras públicas de divórcios (AGÊNCIA, 2022, não paginado), possivelmente pela implantação do e-notariado¹⁵, uma plataforma digital que permite o atendimento das partes em uma espécie de balcão virtual. Enquanto os divórcios judiciais tiveram queda de 17,5%, os extrajudiciais, aumentaram 1,1%. Para a gerente da pesquisa, algumas pessoas podem ter procurado os cartórios pelas dificuldades no acesso às varas judiciais durante a pandemia (IBGE, 2020; 2022, não paginado), sendo que os cartórios, por terem sido declarados serviços públicos essenciais, através do Provimento 95 do Conselho Nacional de Justiça, continuaram trabalhando durante toda o período da pandemia SARS-COVID-19.

São profissionais que acabam agindo previamente ao conflito, instruindo, elaborando títulos, outorgando direitos, sob a égide da segurança jurídica. É muito mais relevante a atuação do profissional do direito na pacificação da sociedade, assim prevenindo o surgimento do conflito, do que sua solução.

2.2. Exemplos Práticos de Aplicabilidade do Extrajudicial

Como se percebeu, o amplo acesso à Justiça pelo jurisdicionado não se resume apenas à resposta do Poder do Judiciário ao conflito. Advém daí o crescente interesse pelos serviços extrajudiciais.

Além da já referida A Lei 11.441 de 2007, a qual atribuiu importantes atos aos tabelionatos de notas, os reconhecimentos socioafetivos (Provimento 83 de 2019 do Conselho Nacional de Justiça) e as alterações de prenome e sexo (Provimento 73 de 2018 do Conselho Nacional de Justiça), também prescindem de atuação jurisdicional ficando a cargo dos registos civis. Outrossim, podem-se citar normativas que regulamentaram especificamente a conciliação e mediação nos cartórios.

O Provimento nº 67 do Conselho Nacional de Justiça facultou a conciliação e a mediação nos serviços notariais e de registro. Muito embora haja norma autorizativa desde 2018, na prática não se viu grande difusão desses recursos nos cartórios. O principal problema deve-se em razão da baixíssima remuneração fixada para essa atuação. Conforme o art. 36 do sobredito provimento,

¹⁵ A plataforma e-notariado foi regulamentada pelo Provimento nº 100 do Conselho Nacional de Justiça, permitindo a prática de todos os atos notariais por meio eletrônico. (ENOTARIADO, 2022, não paginado).

enquanto não editadas, no âmbito dos Estados e Distrito Federal, normas específicas relativas aos emolumentos, observadas as diretrizes previstas na Lei 10.169/2000, aplicar-se-á às conciliações e mediações extrajudiciais a tabela referente ao menor valor cobrado na lavratura de escritura pública sem valor econômico (BRASIL, 2018)

Assim, no Estado do Rio Grande do Sul (2018, não paginado) a remuneração dos cartórios pela realização do serviço de mediação e conciliação representa o valor de R\$ 88,80 reais.

Os profissionais para atuarem como mediadores precisam de cursos específicos com horas propostas a aulas e a estágios, além das horas destinadas ao próprio ato de mediar, que na maioria das vezes demanda tempo, pois, conforme referido, a mediação é um trabalho de escuta. Sendo assim, tais valores não conseguem suprir, nem mesmo, a hora de trabalho do profissional destinado a realizar as mediações.

O Provimento 72 de 2018 (BRASIL, 2018b, não paginado). do Conselho Nacional de Justiça, dispõe sobre medidas de incentivo à quitação ou à renegociação de dívidas protestadas nos tabelionatos de protesto, com emprego facultativo dos procedimentos de conciliação e mediação. Pelo mesmo problema encontrado no Provimento 67, não houve grande difusão pelos cartórios de protestos do Brasil.

Por fim, é possível citar o Provimento 65 de 2017 do Conselho Nacional de Justiça que autoriza o uso da conciliação ou mediação pelo registrador de imóvel quando da impugnação de titular de ônus real na matrícula do imóvel usucapiendo. Ao passo que o art. 18 não oferece faculdade, indicando que, em caso de impugnação apresentada por qualquer dos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula objeto de pedido de usucapião extrajudicial, o registrador de imóveis “tentará promover a conciliação ou a mediação entre as partes interessadas”¹⁶. Interessante ressaltar que, embora a norma cogente, não há enquadramento normativo de cobrança dos procedimentos de conciliação e mediação, nem no provimento, tampouco nas normas da corregedoria local.

Percebe-se um estímulo legislativo de utilização dos serviços extrajudiciais, que assumem cada vez mais, papel protagonista nas soluções consensuais de contendas. Dentre os meios alternativos de resolução de conflitos, a mediação e a conciliação recebem destaque, recrudescendo o acesso a ordem jurídica justa.

16 Artigos 14 e 18 do Provimento 65 do Conselho Nacional de Justiça. (BRASIL., 2018a, não paginado)

Ao passo que se estimulam essas soluções harmoniosas dos conflitos, não se olvida que não podem figurar como subterfúgios ao desafogamento do Judiciário ou substitutivos de reformas políticas e sociais¹⁷.

CONCLUSÃO

O acesso à justiça passou por diversas ondas, sendo a terceira a de acesso à justiça, nesse contexto verificou-se se os serviços notariais e de registros são instituições aptas ao acesso a uma ordem jurídica justa.

Os métodos alternativos à sentença enfrentam resistência, tanto dos profissionais do direito, quando da própria comunidade, uma vez ainda vige na cultura brasileira um culto a sentença.

Ao passo que se reconheceu a importância dos rituais, principalmente para a legitimação das instituições e do processo, verificou-se que os cartórios são serviços que possuem certa ritualística e mais: são serviços que são prestados por profissionais de confiança da comunidade, reconhecendo-os como autoridades.

Enquanto sacralizam-se e legitimam-se, os serviços de notas e registros, percebeu-se a cultura de aceitação e reconhecimento dessa função pública como confiável e fidedigna. Nesse passo, os cartórios extrajudiciais foram vislumbrados como mecanismos de solução consensual de conflitos.

Dentre os procedimentos possíveis para as soluções das lides que prescindem do Judiciário, estão a conciliação e a mediação. A mediação foi reconhecida como um trabalho de afeto que implica ler os não-ditos dos sentimentos e por essa razão, demanda tempo de escuta.

Os cartórios possuem mais vantagens do que o Judiciário para o acolhimento das partes: o fato de que a assunção de demandas para sua seara não gera o deslocamento do poder de regulação do Estado para a economia e, conseqüentemente, o enfraquecimento da democracia; são ambientes que favorece o diálogo, a abertura e a cooperação, permeiam todos os municípios; garantindo acesso fácil da população. Muitas vezes suas atuações são prévias aos conflitos, contribuindo para a pacificação social.

Por fim, vislumbrou-se exemplos práticos de atuação do extrajudicial, reconhecendo seu, cada vez maior, protagonismo. Já em relação à incorporação de conciliações e mediações como atividades ordinárias de sua competência, foi verificado que o grande empecilho é de ordem remuneratória, o qual não cobre o custo da hora do profissional contratado.

Em conclusão, lembra-se que qualquer método alternativo de resolução de conflitos, e aqui se enquadram os serviços notariais e registrais, não são

17 Esta é a visão de Garth, Cappelletti (1988, p.87) e Watanabe (2019, p. 59-60).

substitutivos de reformas políticas e não devem servir apenas para a solução de sobrecarga do Judiciário.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA Brasil. *A plataforma e-Notariado foi regulamentada nacionalmente pelo Provimento nº 100 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e permite a prática de quase 100% dos atos notariais por meio eletrônico, como todos os tipos de escrituras, procurações, testamentos e atas notariais*. 2022. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2022-04/divorcios-no-brasil-atingem-recorde-com-80573-atos-em-2021>. Acesso em: 28 mai. 2022.

ALEXANDRINO, Carolina Schröder. *A eficiência da audiência de mediação e da audiência de conciliação previstas no art. 334 do Código de Processo Civil de 2015 e a busca pela ruptura da cultura da litigiosidade*. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2019.

ALMEIDA, Tania. *Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas*. In: SOUZA, Luciane Moessa. *Mediação de Conflitos: Novos paradigmas de acesso à justiça*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

BELL, Catherine apud CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Tradução Sérgio Arenhart, Gustavo Osna. 1 ed. São Paulo: Marcial Ponst, 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça Aberta*. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/corregedoria/justica_aberta/?. Acesso em: 28 mai. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2021*. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2022*. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2023

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento 65*, CNJ, 2018a. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2621>=. Acesso em 28 mai. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento 72*, CNJ, 2018b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2621>. Acesso em: 23 mai. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução 125*, CNJ, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado18553820210820611ffaaaa2655.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução 225*, CNJ, 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>. Acesso em: 23 mai. 2022.

BRASIL. *Enotariado*. Disponível em: https://www.e-notariado.org.br/notary?gclid=CjwKCAjwkMeUBhBuEiwA4hpqEKRDkUJ3wy6yQvve_rDSbuCf-g2SVPOpMkOGmSmtVx_lhbnRWO09MBoCUOUQAvD_BwE. Acesso em: 28 mai. 2022.

BRASIL. *Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869/imprensa.htm. Acesso em: 28 mai. 2022.

BRASIL. *Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 28 mai. 2022.

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). Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 23 mai. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015a*. Código de Processo Civil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 23 mai. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015b*. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 23 mai. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. Tradução Ellen Gracie Northfleet.

Lorenzo Borges de Pietro
Martiane Jaques La Flor

CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Tradução Sérgio Arenhart, Gustavo Osna. 1 ed. São Paulo: Marcial Ponst, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 31ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2015

ECONOMIDES, Kim. *Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”*: epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce et al (Orgs.). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 61-76.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Confiança dos brasileiros nos cartórios é destaque em pesquisa do Datafolha*. Colégio Registral do RS, 2015. Disponível em: <https://www.colegioregistrals.org.br/noticias/confianca-dos-brasileiros-nos-cartorios-e-destaque-em-pesquisa-do-datafolha/>. Acesso em: 28 mai. 2022.

FARIAS, Giacomo Tenório; OLIVEIRA, Maria Eriadne Leide de. *A imprescindibilidade da mediação nas ações de família como resultado da aplicação dos equivalentes jurisdicionais no novo Código de Processo Civil*. In: SPENGLER, Fabian Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Políticas públicas para composição no Código de Processo Civil brasileiro*. Recurso eletrônico. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017, p. 96-116

FRANÇA. *Ministère de la Justice: médiation*. Disponível em: <https://www.justice.fr/r%C3%A9gler-litiges-autrement/m%C3%A9diation>. Acesso em: 29 jun. 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Conciliação e juizados especiais de pequenas causas*. In: Watanabe, Kazuo (org). *Juizados especiais de pequenas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. São Paulo: Gazeta jurídica, 2016.

HÖFFE, Otfried. *O que é justiça?* Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

IBGE. *Estatísticas do Registro Civil*: Em meio à pandemia, número de divórcios cai 13,6% em 2020, 2022. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/32996-em-meio-a-pandemia-numero-de-divorcios-cai-13-6-em-2020>. Acesso em: 28 mai. 2022.

LA-FLOR, Martiane Jaques. *Análise constitucional acerca do imposto sobre serviços (ISS) incidente nos emolumentos e sua forma de recolhimento*. 1. ed. Olinda: Editora Livro Rápido, 2015.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. *Metodologia científica*. 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MATTAR, Cecília Patrícia. *Mediação e conciliação em cartórios extrajudiciais*: desafios e possibilidades. Direito UNIFACS–Debate Virtual, n. 270, 2022.

MORAES, Líria Kédina Cuimar de Souza. Justiça em Aristóteles, Kant e Sandel: um estudo comparado. *Revista de Teorias da Justiça*, da Decisão e da Argumentação Jurídica, v. 1, n. 1, p. 245-263, 2015.

NALINI, José Renato. *É urgente construir alternativas à justiça*. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, p. 27-34, 2016.

REICHEL, Luis Alberto. *O direito fundamental ao acesso à justiça e a regulamentação das atividades de conciliação e mediação pelo Poder Judiciário no novo Código de Processo Civil brasileiro*. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix. Desvendando o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 243-256, 2017.

RIO GRANDE DO SUL. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*. Poder Judiciário. Tabela de Emolumentos. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/processos-e-servicos/servicos-extrajudiciais/tabela-de-emolumentos/>. Acesso em: 28 mai. 2022.

SANTOS, Karinne Emanoela Goettems dos. *Justiça e consenso*: protagonismo e cidadania na perspectiva cultural do diálogo. *Novos Estudos Jurídicos*, s.l., v. 23, n. 2, p. (627-652), maio-ago 2018. Disponível em: <https://blook.pt/publications/publication/80b42a3e5a6f/>. Acesso em 28 mai. 2022.

SILVA, Adriana dos Santos. *Acesso à Justiça e Arbitragem*: Um caminho para a crise do Judiciário. Barueri, SP: Manole, 2005.

Lorenzo Borges de Pietro
Martiane Jaques La Flor

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SLOMAN, Steven A.; FERNBACH, Philip. *The knowledge illusion: Why we never think alone*. Nova York: Riverhead Books, 2017

WARAT, Luis Alberto. *Ecologia, psicanálise e mediação*. In: Em nome do acordo. Santa Catarina: Asociación latinoamericana de mediación, metodología y enseñanza del derecho, s.a., (p.5-59).

WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2019.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz (Org.); MORAES, Maurício Zanóide(Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 684-690.

Recebido em: 30/08/2018

Aprovado em: 27/09/2019

PARTICIPAÇÃO POPULAR NOS HOSPITAIS UNIVERSITÁRIOS FEDERAIS: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) E SUA APLICAÇÃO NA EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES (EBSERH)

*POPULAR PARTICIPATION IN THE
UNIVERSITY HOSPITALS: AN ANALISYS OF
THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE IN THE
NATIONAL PUBLIC HEALTH SYSTEM (SUS) AND
ITS APPLICATION IN THE BRAZILIAN COMPANY
OF HOSPITAL SERVICES (EBSERH)*

Lucas Isaac Soares Mesquita¹

SUMÁRIO: Introdução. 1 A saúde pública após a ditadura civil-militar brasileira: criação e constitucionalização do Sistema Único de Saúde. 2 Controle social e participação popular: democracia

¹ Doutor em Direito do Trabalho pelo programa “Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social” da Universidad de Salamanca (USAL). Graduado e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (FDA/UFAL). Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de Salamanca (USAL). Advogado.

participativa no SUS. 2.1 Participação Popular no SUS: Democracia Sanitária. 2.2 Conselhos e Conferências de Saúde: a participação institucionalizada como referência mínima de participação popular. 3 Crise nos Hospitais Universitários: EBSEH e ausência de democracia participativa na gestão. 3.1 Antecedentes da EBSEH: REHUF e MPNº 520/2010. 3.2 A ausência de participação popular na EBSEH nos processos de adesão e instâncias decisórias: como viabilizar o controle social?. Conclusão. Referências.

RESUMO: O trabalho pretende apresentar os parâmetros da participação popular no Sistema Único de Saúde (SUS) e investigar a observância destes na Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSEH), responsável pela gestão de 40 dos 50 hospitais universitários do país. Demonstra os princípios e diretrizes que erguem a saúde pública, enfocando na democracia sanitária como fundamental à efetividade deste direito social no Brasil, seja em sua aceção institucionalizada ou não institucionalizada, atentando ao papel funcional dos Conselhos e Conferências de saúde para a formulação, execução e fiscalização de políticas públicas. Em análise, a vinculação ao Programa de Reestruturação dos Hospitais Universitários Federais (REHUF), questionando abertura à participação popular em sua estrutura interna de órgãos de administração, fiscalização, comitês e comissões. Constata-se uma redução e não observância aos parâmetros de controle social nas estruturas da EBSEH, dificultando a legitimidade popular nas tomadas de decisão e na execução de ações e serviços de saúde pertinentes à maior rede de hospitais do sistema público do país.

PALAVRAS-CHAVE: Saúde Pública. Participação Popular. Controle Social. SUS. EBSEH.

ABSTRACT: This paper aims to present the parameters of popular participation in the National Public Health System (Sistema Único de Saúde - SUS) and to investigate their observance by the Brazilian Company of Hospital Services (EBSEH), responsible for the management of 40 among the country's 50 university hospitals. It demonstrates the principles and guidelines that build the public health, focusing on sanitary democracy as a fundamental tool to the effectiveness of this social right in Brazil, whether in its institutionalized or non-institutionalized approach, considering the functional role of Health Councils and Conferences for the formulation, execution and control of public policies. Precisely, its connection to the Federal University Hospitals Restructuring Program (REHUF), inquiring

on the openness to popular participation in its internal structure of organs of administration, supervision, committees and commissions. It has been observed that there is a reduction and noncompliance with the parameters of social control in the EBSEH structures, hindering popular legitimacy in decision-making and in the execution of actions and health services that are pertinent to the largest hospital network in Brazilian public system.

KEYWORDS: Public Health. Popular Participation. Social Control. SUS. EBSEH.

INTRODUÇÃO

Estima-se que 47.118.945 cidadãos brasileiros são “[...] beneficiários em planos privados de assistência médica com ou sem odontologia”², implicando na avaliação de que 77,5% dos brasileiros dependem exclusivamente do Sistema Único de Saúde (ANS, 2018). O Ministério da Saúde indica que em 2014 foram realizados pelo SUS aproximadamente 4,1 bilhões de procedimentos ambulatoriais, 1,4 bilhão de consultas médicas, 11,5 milhões de internações, 19 milhões de procedimentos oncológicos, 3,1 milhões de procedimentos de quimioterapia, sendo este Sistema responsável por 98% do mercado de vacinas e pela realização de 95% dos transplantes de órgãos (BRASIL, 2015).

Enquanto o setor privado concentra a prestação da saúde em serviços hospitalares e especializados, a rede pública é a protagonista nas áreas de atenção básica, emergência e alta complexidade (CÔRTEZ, 2004, p. 258).

Evidencia-se o papel desempenhado pelos Hospitais Universitários³ que foram integrados ao SUS a partir do artigo 45 da Lei Orgânica da Saúde, “[...] mediante convênio, preservada a sua autonomia administrativa, em relação ao patrimônio, aos recursos humanos e financeiros, ensino, pesquisa, extensão nos limites conferidos pelas instituições a que estejam vinculados [...]” e, atualmente, compõem “[...] a maior rede de Hospitais do sistema público” e concentram aproximadamente “[...] 12% de todas as internações do SUS” (OLIVEIRA, 2014, p. 98).

O objetivo geral do trabalho é a investigação da compatibilidade entre a legislação constitucional e infraconstitucional atinente à participação popular na República Federativa do Brasil, mais especificamente no SUS, e

2 Desde dezembro de 2015, a porcentagem de segurados vem sendo reduzida (ANS, 2018).

3 Em Alagoas, por exemplo, o Hospital Universitário Professor Alberto Antunes, órgão de apoio da Universidade Federal de Alagoas, é referência “nas áreas de obstetrícia, UTI e UCI neonatal, cirurgia bariátrica, cirurgia por videolaparoscopia, tratamento da AIDS, centro de alta complexidade em oncologia – CACON, assistência ao pré-câncer do trato genital feminino, nefrologia, neurocirurgia II, transplante de córnea, acompanhamento pós transplante e busca ativa de órgãos” (EBSEH, 2014, p. 11).

a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH), empresa pública com regime jurídico de direito privado criada pela Lei nº 12.550/2012, que assumiu a gestão de 40 dos 50 Hospitais Universitários em todo o território nacional, trazendo impactos na vida de usuários, trabalhadores, professores e estudantes.

A formação do Sistema Único de Saúde (SUS), os princípios, diretrizes e principais legislações serão expostos no primeiro item, visando contextualizar o controle social e a participação popular na Constituição Federal e na Legislação Sanitária para a construção da Democracia Sanitária no ordenamento jurídico brasileiro no âmbito do que significou o movimento de Reforma Sanitária ao longo da década de 1980. No segundo item, será aprofundada a discussão acerca da participação popular no Estado democrático de Direito Brasileiro e de que maneira se manifesta no SUS, seja em sua forma institucionalizada ou não institucionalizada. Serão apresentados panoramas gerais acerca dos Conselhos e Conferências de Saúde e a relevância destes na proposição, execução e fiscalização de políticas públicas de saúde no país. Por fim, no terceiro item caberá a análise da aplicação da participação popular e do controle social no modelo de gestão proposto pela EBSERH, a motivação de sua criação, o processo de adesão nas universidades, atentando-se ainda ao resguardo dos princípios e diretrizes sanitários e constitucionais, a exemplo da autonomia universitária.

1. A SAÚDE PÚBLICA APÓS A DITADURA CIVIL-MILITAR BRASILEIRA: CRIAÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, foi marcada pela significativa reestruturação democrática nas bases do Estado, após mais de duas décadas de regime ditatorial, representando a efervescência das principais reivindicações da sociedade civil e movimentos sociais a partir do fim da década de 1970. Luiz Maklouf Carvalho relata a Constituinte como uma “festa cívica”, com ampla abertura popular. Segundo o autor,

[...] as comissões temáticas ouviram, em audiências públicas, perto de mil depoentes: de ministros a índios (muitos índios); de governadores a representantes de minorias organizadas (dezenas deles); de sindicalistas a intelectuais da academia. Alguns mandaram comitivas a diversas regiões do Brasil. E todas elas, de muitos rincões socialmente organizados, encheram a Constituinte de povo – cada segmento levando e querendo garantir a inclusão de suas reivindicações (CARVALHO, 2017, p. 22).

De forma a expurgar o “entulho autoritário”⁴ do ordenamento jurídico brasileiro, a Carta Cidadã trouxe direitos sociais, constitucionalizando-os e ampliando o alcance destes na sociedade, como se pode observar no artigo 6º do documento. No campo do direito à saúde, o movimento de Reforma Sanitária⁵ foi o grande responsável pelos avanços constitucionais e a proposição de um Sistema Único Descentralizado de Saúde (SUDS). Aglutinou militantes e propostas que questionavam a estrutura individualista, assistencial e privatista referendada no sistema previdenciário, isto é, vinculada à Previdência Social e ao trabalho formal, fomentada e vigente durante a ditadura, na qual a assistência à população desempregada ou mais carente ficava restrita à caridade, aos hospitais filantrópicos ou ao serviço privado (CORREIA, 2015, pp. 67-68).

A VIII Conferência Nacional de Saúde foi o marco das mobilizações políticas e institucionais que possibilitaram o equilíbrio na correlação de forças na Assembleia Constituinte, trazendo a experiência de gestão e das demandas da saúde pública em todo país, bem como modelos de seguridade social adotados em outros, a exemplo da Inglaterra.

A saúde pública brasileira foi tratada de forma inédita pela Constituição, numa perspectiva ampliada, integrada à Seguridade Social, junto à Previdência e à Assistência Social. A Seção II do Título VII do diploma consagra a concepção coletiva, preventiva e dupla face do direito à saúde⁶. Os artigos 196 a 200 da CF e as Leis Orgânicas da Saúde estabeleceram os parâmetros básicos da prestação do direito à saúde no Brasil, por meio da criação do SUS, financiamento, gestão, limites da atuação privada, controle social e outras questões.

O artigo 4º da Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/1990) conceitua o SUS como o “[...] conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo poder público”.

O conjunto de normativas e legislações do SUS se estrutura a partir de princípios (princípios ideológicos ou doutrinários) e diretrizes (princípios organizativos). Aqueles estruturam a base do sistema, atuando como “núcleo comum de valores e concepções”, enquanto estes seriam os “[...] meios, normas para atingir os objetivos do SUS” em articulação com os primeiros (MATTA, 2007, p. 65). O artigo 198 da CRFB/1988 dispõe sobre alguns,

4 Essa expressão, trazida pelo jurista Fernando Facury Scaff (2011, p. 76), contempla as legislações editadas durante o período ditatorial e que se fundamentavam num ordenamento constitucional antidemocrático

5 O movimento da reforma sanitária pode ser sintetizado como uma organização “que teve bases universitárias e envolveu profissionais da saúde, acadêmicos, especialistas e pessoas vinculadas à saúde”, tendo como objetivo a transformação da saúde pública no país “em prol da melhoria das condições de saúde da população ao alcance do direito da cidadania” (PAVÃO, 2016).

6 Prevista no artigo 196 como “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

a exemplo da descentralização, atendimento integral e a participação da comunidade.

Os princípios ideológicos ou doutrinários são a universalidade, a equidade e a integralidade.

A universalidade implica no acesso gratuito aos fatores que permitem boas condições de saúde aos cidadãos (numa concepção preventiva) e às ações e serviços de saúde (MATTA, 2007, pp. 68-69). É sintetizada pela máxima “a saúde é um direito de todos e dever do Estado”, do artigo 196, CF. A equidade trata da observância dos parâmetros de justiça distributiva e consolidação de uma igualdade material no direito em discussão, dando subsídio àqueles que mais necessitam, apesar do acesso universal e gratuito (MATTA, 2007, p. 69). A integralidade é conceituada como “um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso, em todos os níveis de complexidade do sistema” (artigo 7º, inciso II, da Lei 8.080/1990). Caracteriza-se pela completitude da atenção, na esfera da prevenção ou da assistência, significando um atendimento humanizado (tanto no aspecto da formulação e execução de políticas públicas ou da atuação do profissional de saúde), que considera o contexto social no qual está inserido o ator social e sua comunidade, bem como as necessidades específicas de grupos sociais mais ou menos vulneráveis (MATTA, 2007, p. 69).

A descentralização, a regionalização, a hierarquização e o controle social (ou participação da comunidade) são listados como diretrizes do SUS.

Tratada no artigo 198 da CF, a descentralização é resultado da distribuição do poder e de recursos da União para a aplicação das políticas públicas de saúde, que são expandidas aos Estados, Distrito Federal e Municípios a partir da criação de competências comuns, sejam legislativa ou de execução de políticas públicas, a exemplo do que se observa da leitura dos artigos 23, II e IX; 24, XII; e 30, VII da CF, destacando a formação de uma rede integrada com a “obrigação de proteger, defender e cuidar da saúde” (DALLARI, 2009, p. 15). Destaca-se a importância da prestação de serviços no município, como unidade mais próxima da realidade local do cidadão, reforçado por uma suposta “[...] cooperação técnica e financeira dos demais entes federados” (SCAFF, 2011, p. 80). Apesar da descentralização, os entes devem manter uma direção única em cada nível (art. 7º, IX, Lei Nº 8.080/1990): a União possui o Ministério da Saúde; os Estados e Municípios, as Secretarias Estaduais e Municipais, respectivamente. A regionalização é entendida a partir do contato direto com a realidade local do cidadão/ usuário em seu “[...] território, onde se determinam perfis populacionais, indicadores epidemiológicos, condições de vida e de suporte social, que devem nortear as ações e serviços de uma região” (MATTA, 2007, p. 75). A hierarquização diz respeito aos níveis de complexidade da saúde, da

prevenção à alta complexidade, a partir da necessidade de integralização do atendimento (MATTA, 2007, p. 76).

Impende destacar o enfoque dado à participação da comunidade e ao controle social, mais tarde aprofundados em leis infraconstitucionais, que garantiram a participação cidadã por meio dos Conselhos e Conferências a nível nacional, estadual e municipal, fundamentadas na máxima da soberania popular (DALLARI, 2009, p. 13).

2. CONTROLE SOCIAL E PARTICIPAÇÃO POPULAR: DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NO SUS

No modelo autoritário extinto ao longo da década de 1980, prevalecia a centralização das decisões nas mãos dos administradores, havendo o controle social do Estado sobre a sociedade, sentido inverso ao que compreendido atualmente, no qual a sociedade civil é quem controla o Estado (ROLIM *et. al.*, 2013, p. 141). O paradigma do constitucionalismo moderno consolidou o ideário de democracia que, somada aos direitos fundamentais, consiste em uma “exigência democrática” (BINENBOJM, 2014, p. 55), de “[...] fundamentos de legitimidade e elementos constitutivos do Estado democrático de direito, que irradiam sua influência por todas as suas instituições políticas e jurídicas”, incluindo a Administração Pública e o direito administrativo (BINENBOJM, 2014, p. 61).

Após enumerar os fundamentos da República Federativa (a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político), o artigo 1º da CF explicita no parágrafo único que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, estabelecendo os marcos da democracia representativa e da participativa.

No contexto que engloba a noção de participação popular, Rolim *et. al.* (2013, p. 141) admite que o termo “controle social” é reducionista, principalmente por entender que além do “controle e da fiscalização permanente”, a Constituição assegura a

ação, onde cidadãos e políticos têm um papel social a desempenhar através da execução de suas funções, ou ainda através da **proposição**, onde cidadãos participam da formulação de políticas, intervindo em decisões e orientando a Administração Pública quanto às melhores medidas a serem adotadas com o objetivo de atender aos legítimos interesses públicos (grifos nossos).

A participação popular engloba a “vigilância e a responsabilização”, sem deixar de lado “[...] a efetividade e o compromisso com a coisa pública”

(ROLIM *et. al.*, 2013, p. 142). Por essa razão, é mais ampla, englobando atividades que ultrapassam a importante atividade de fiscalização cidadã, para garantir a plenitude do exercício da soberania popular. Gustavo Binenbojm (2014, p. 79) trata da importância da “democratização das democracias representativas” com a abertura e o incentivo da formação e manutenção de espaços que estimulem a participação cidadã para além do sufrágio.

O controle social do poder público pode se materializar nas “tomadas de decisões políticas fundamentais”, a exemplo de políticas públicas nas quais os cidadãos propõem e intervêm de forma coletiva, seja na Administração Pública, a exemplo da participação em conselhos⁷ e no orçamento participativo; ou no processo legislativo, por referendo, plebiscito e iniciativa popular legislativa, previstos pela CF no artigo 14, I, II e III e regulados pela Lei nº 9.709/1998.

Deve-se atentar que a compreensão unitária acerca da noção de povo, com apenas um interesse, pode levar o agente social ao erro. Existem fatores de desigualdade que restringem o acesso de direitos e a titularidade da soberania a alguns, por isso, os valores e objetivos consagrados constitucionalmente devem ser perseguidos junto ao entendimento que se faça dessa categoria sociológica⁸. As entidades que compunham o Conselho Nacional de Saúde no ano de 2012⁹ demonstravam a correlação de forças existente no campo da participação popular, indicando a heterogeneidade da sociedade civil. Importa que as decisões e deliberações observem os marcos constitucionais e infraconstitucionais a respeito dos temas em análise.

O SUS é a primeira política pública a ter a constitucionalização da participação social como um de seus princípios basilares. Há de se ponderar, entretanto a insuficiência da mera positivação, devendo-se viabilizar na prática uma “[...] gestão pública essencialmente democrática, submetida ao controle da sociedade” (ROLIM *et. al.*, 2013, p. 143). É demandada a presença dos cidadãos na proposição, planejamento, execução, tomada de decisão e fiscalização

7 “[...] conselhos de políticas públicas nas áreas de saúde, trabalho e emprego, assistência social, desenvolvimento rural, educação, meio ambiente, planejamento e gestão urbana, entorpecentes, e os conselhos de direitos da criança e do adolescente, do negro, da mulher, dos portadores de deficiências, do idoso” (CÓRTEZ, 2004, p. 249).

8 Paulo Bonavides (1999, p. 355), ao propor uma resignificação do termo “democracia direta” como “o povo investido na amplitude real de seu poder de soberania, alcançando pela expressão desimpedida de sua vontade regulativa, o controle final de todo o processo político”, apresenta duas noções sobre povo: uma que deve ser superada (povo-ficção) e outra essencial à concretização da democracia direta (povo-realidade). O autor explica que povo é um termo simbólico e que o “povo-ficção” é resultado de uma democracia meramente representativa, que privilegia o formalismo e a oposição entre governantes e governados. Já “povo-realidade” estaria diretamente aplicado ao conceito de democracia direta, na qual “[...] a decisão soberana do povo se faz insubstituível para conferir legitimidade à ação governativa” (BONAVIDES, 1999, p. 355).

9 “No campo da saúde, representam a sociedade civil, no Conselho Nacional de Saúde, por exemplo: Federação Brasileira dos Hospitais (FBH), Confederação de Misericórdias do Brasil, Associação Brasileira de Medicina de Grupo (Abramge) e Sindicato Nacional das Empresas de Medicina de Grupo (Sinamge), que defendem claramente a saúde como mercadoria e fonte de lucro. Também representando a sociedade civil participam: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), Confederação Nacional das Associações de Moradores (Conam), Central de Movimentos Populares (CMP). Constitui-se em um espaço de luta de interesses contraditórios que expressam os interesses de classe que circulam no conjunto da sociedade, mesmo que não se apresentem como tais” (BRAVO; CORREIA, 2012, p. 136).

de tais políticas públicas e ações estatais. A participação social é dinâmica, continuamente em movimento, possibilitando avanços e retrocessos, cuja velocidade e construção dependem da mobilização popular (ROLIM *et. al.*, 2013, p. 143). Há espaço para a participação popular institucionalizada e não institucionalizada dentro do Sistema de Saúde Público brasileiro.

Fernando Aith conceitua Democracia Sanitária como “[...] forma de gestão pública em que o poder político é exercido pelo povo”, que possui mecanismos institucionalizados de participação direta no Poder Executivo, devendo ser ampliada aos Poderes Legislativo e Judiciário (AITH, 2007, pp. 261-264).

A participação popular institucionalizada encontra o amparo legislativo principalmente na Lei nº. 8.142/1990, que dispõe sobre Conselhos locais, municipais, estaduais e nacional e nas Conferências de Saúde nestes mesmos níveis. A participação não institucionalizada subsiste em questões individuais e coletivas, a exemplo da participação em movimentos sociais e mobilizações. A importância desses espaços se dá com a legitimação dos interesses da população, referendando a vontade constitucional e os parâmetros os quais se constrói o Estado democrático de Direito brasileiro.

Côrtes (2004, p. 252) enfatiza a importância dos espaços institucionais, mas reforça que a existência destes não garante a participação popular majoritária, pois os cidadãos podem escolher “não se envolver, ou seu envolvimento pode redundar em manipulação, consulta ou somente no acesso a informações”.

Ponderadas as críticas, os conselhos servem como espaços de democratização em um país no qual “[...] a cultura de submissão ainda está arraigada na maioria da população e em que o público é tratado como posse de pequenos grupos privilegiados”, ou seja, que resguarda muitos aspectos patrimonialistas (ROLIM *et. al.*, 2013, pp. 142-143).

Nesse sentido, três fatores serão essenciais à abertura e participação democrática cidadã: (a) a organização da sociedade civil, por meio de movimentos populares, sindical e grupos de interesse, disponíveis a atuar naquela área; (b) a posição do gestor/autoridade pública quanto à relevância e ao caráter decisório atribuído ao espaço popular de controle social, facilitando a democratização ou criando obstáculos; e (c) a “[...] existência de uma *policy community* formada por profissionais reformistas e lideranças populares, ambos interessados em construir canais participatórios”, com vistas ao fortalecimento de projetos em defesa dos valores constitucionais e fundantes das políticas públicas (CÔRTEZ, 2004, pp. 252-253).

A Lei nº 8.142/1990¹⁰ regulamenta o regimento das Conferências e Conselhos de Saúde como “[...] espaços democráticos de construção de uma

10 Editada após questionamento popular ao veto presidencial dos artigos referentes à participação da comunidade e às transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde na Lei nº 8.080/1990.

nova ordem capaz de revigorar o sentido autêntico de liberdade, democracia e igualdade social” (ROLIM et al., 2013, p. 142). O Estado Brasileiro permite a organização de Conselhos e Conferências de Saúde nos três níveis federais.

As Conferências de Saúde têm por finalidade a avaliação da situação de saúde e a proposição de diretrizes para a formulação da política sanitária de acordo com cada nível federativo. No caso da nacional, possui representação de vários seguimentos sociais e é convocada a cada quatro anos pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por este ou pelo Conselho de Saúde (artigo 1º, § 1º).

O Conselho de Saúde “atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde, na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído” em cada nível. É um órgão colegiado, com caráter permanente e deliberativo, constituído por representantes do governo (gestores), prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários (artigo 1º, § 2º).

Na década de 1980, com a multiplicação de fóruns participativos a nível municipal¹¹ e estadual, precedendo a normatização e institucionalização nas Leis Orgânicas da Saúde, tem-se um exemplo bem-sucedido da *policy community*, que utilizou tais espaços para articular posições contrárias aos interesses privatistas, conservadores e autoritários na disputa por recursos públicos (CÓRTEZ, 2004, p. 260). A característica marcante dos Conselhos, em especial os estaduais e municipais, é a descentralização administrativa, visto que a transferência de recursos federais aos municípios, tem como condicionante a criação de conselhos locais de saúde. Conforme o artigo 4º da Lei 8.142:

Art. 4º Para receberem os recursos, de que trata o art. 3º desta lei, os Municípios, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com:

I - Fundo de Saúde;

II - Conselho de Saúde, com composição paritária de acordo com o Decreto nº 99.438, de 7 de agosto de 1990;

III - plano de saúde;

[...]

Parágrafo único. O não atendimento pelos Municípios, ou pelos Estados, ou pelo Distrito Federal, dos requisitos estabelecidos neste

¹¹ Na década de 1980, as Comissões Interinstitucionais de Saúde estavam instauradas em mais de 2.500 municípios do país (CÓRTEZ, 2004, p. 266).

artigo, implicará em que os recursos concernentes sejam administrados, respectivamente, pelos Estados ou pela União (grifos nossos).

Deve ser observada a paridade na representação dos usuários nos Conselhos e Conferências de Saúde em relação aos demais segmentos (artigo 1º, § 4º). Num Conselho de Saúde, por exemplo, 50% da representação é cabível aos usuários, advindos de suas entidades de base e movimentos sociais; 25%, dos representantes de entidades de profissionais de saúde, as quais se inclui a comunidade científica e 25% dos profissionais que atuam junto ao gestor (governo), sendo indicados por ele, acrescidos aos representantes de entidades prestadoras de serviço de saúde e de entidades nacionais empresariais com atividades na área da saúde (BRASIL, 2013, p. 42).

Cada Conferência de Saúde possui regimento próprio. As diretrizes para criação, reformulação, organização, estruturação, funcionamento e competências dos Conselhos de Saúde estão dispostas na Resolução nº 333/2003 do CNS, resguardando-se a garantia de que cada Conselho possua regimento interno e estrutura administrativa próprios.

Além do documento mencionado, o Decreto nº 5.839/2006 trata da organização, atribuições e o processo eleitoral do Conselho Nacional de Saúde, composto por 48 conselheiros titulares¹² (art. 3º, caput), que possuem primeiros e segundos suplentes (art. 3º, § 3º), eleitos para um mandato de três anos, com uma recondução (art. 7º), levando em consideração a representatividade e paridade já explicitadas.

3. CRISE NOS HOSPITAIS UNIVERSITÁRIOS: EBSERH E A AUSÊNCIA DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NA GESTÃO

Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH), vinculada ao Ministério da Educação, é atualmente a responsável pela gestão do Programa Nacional de Reestruturação dos Hospitais Universitários Federais (REHUF). A Lei nº 12.550/2011 autorizou sua criação, a Lei 7.661/2011 aprovou o seu Estatuto Social, cuja última atualização data de 29 de junho de 2018. Empresa pública com personalidade jurídica de direito privado, possui Regimento Interno aprovado na 49ª Reunião do Conselho de Administração

12 O artigo 3º, § 1º do Decreto nº 5.839/2006, distribui as vagas do CNS da seguinte forma: “I – vinte e cinco por cento de representantes de entidades de profissionais de saúde, incluída a comunidade científica da área de saúde”; “II – vinte e cinco por cento de representantes distribuídos da seguinte forma: a) seis membros representantes do Governo Federal; b) um membro representante do CONASS [Conselho Nacional de Secretários da Saúde]; c) um membro representante do CONASEMS [Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde]; d) dois membros representantes de entidades de prestadores de serviços de saúde; e e) dois membros representantes de entidades empresariais com atividades na área de saúde”. A forma de indicação das alíneas “b” a “e” se dá através dos presidentes das entidades representadas. Quanto à escolha das entidades listadas no artigo 3º, o artigo 4º discorre que estas serão escolhidas por meio de “processo eleitoral, a ser realizado a cada três anos, contados a partir da primeira eleição”, devendo aquelas possuírem o tempo de comprovada existência mínimo de dois anos.

da Empresa, segue os moldes definidos no inciso II do art. 5º do Decreto-Lei nº 200/1967 e do artigo 5º do Decreto-Lei nº 900/1969.

Há uma Ação Direta de Constitucionalidade (ADI Nº 4.895) proposta em 31 de outubro de 2012 pela Procuradoria Geral da República, auditorias e documentos do Tribunal de Contas da União e reivindicações de movimentos sociais que demonstram a existência de princípios e prerrogativas constitucionais ameaçados por este modelo de gestão, entre eles a participação popular.

3.1. Antecedentes da EBSEH: REHUF e MP Nº 520/2010

O governo federal instituiu o Programa Nacional de Reestruturação dos Hospitais Universitários Federais (REHUF) por meio do Decreto nº 7.802/2010, sob justificativa do atendimento de antigas reivindicações dos HUs e do panorama de crise orçamentária, de autonomia e de pessoal apresentada.

O artigo 2º do Decreto define o objetivo do Programa, qual seja “criar condições materiais e institucionais para que os hospitais universitários federais possam desempenhar plenamente suas funções em relação às dimensões de ensino, pesquisa e extensão e à dimensão da assistência à saúde”. Apontam-se como diretrizes a serem aperfeiçoadas nos HU os “mecanismos de financiamento”; “processos de gestão”, “estrutura física”, “parque tecnológico”, “quadro de recursos humanos” e “atividades hospitalares vinculadas ao ensino, pesquisa e extensão, bem como à assistência à saúde”. Assim, a proposta inicial do REHUF era de manter a integração entre Universidades (autarquias federais) e os HUs sob o regime jurídico administrativo de direito público (SOARES, 2016, p. 75).

A Medida Provisória nº 520 propunha a criação da EBSEH como empresa pública na forma de sociedade anônima. Após o apontamento de diversas inconstitucionalidades em suas disposições, a MP não foi convertida em lei. O Governo Federal apresentou um novo projeto de lei (PL Nº 1.749/2011), de iniciativa da Presidência da República, com a mesma intenção da MP, mantendo a forma de Sociedade Anônima, “como forte atuação na ordem econômica, para a exploração direta de atividade econômica pelo Estado no âmbito da Saúde Pública, utilizando-se, para esse fim, dos Hospitais Universitários” (SOARES, 2016, p. 55). A lei passou por modificações e debates no Congresso, resultando na atual nº 12.550/2012.

Focando apenas em aspectos anteriores da “má gestão” dos HUs, a EBSEH propôs uma mudança no regime jurídico destes¹³. Questiona-se,

13 Oliveira (2014, p. 99) afirma que a EBSEH foi criada tendo como inspiração os modelos do Hospital das Clínicas de Porto Alegre (HCPA) e o Grupo Hospitalar Conceição (GHC), ambos de Porto Alegre/RS. Desde a década de 1970, o HCPA é uma Empresa Pública com regime jurídico de direito privado, enquanto o GHC é uma Sociedade Anônima (S.A.). Os modelos já foram alvos de críticas do Conselho Nacional de Saúde por violarem as prerrogativas do SUS e possibilitarem, por exemplo, a dupla porta de entrada.

nesse sentido, a legitimidade da criação da empresa com base na interpretação do artigo 173 da Constituição¹⁴.

3.2. A ausência de participação popular na EBSEH nos processos de adesão e instâncias decisórias: como viabilizar o controle social?

Para que um HU, que presta ações e serviços de saúde pública na forma do SUS, seja tido como filial da EBSEH, é necessário que haja a manifestação, via Conselho Universitário para a celebração do contrato de gestão. Os Conselhos Universitários - na perspectiva apresentada dos instrumentos de participação popular direta na gestão pública -, são instâncias democráticas que garantem a participação da comunidade acadêmica (estudantes, técnicos e professores, distribuídos de forma paritária ou não) eleita para essa finalidade, junto aos espaços decisórios das Instituições de Ensino, perfazendo a máxima constitucionalizada da autonomia universitária.

Ocorre que, das 40 filiais da EBSEH existentes, poucas abriram um processo democrático de consulta e debates, prevalecendo decisões monocráticas dos Reitores, “[...] processo este marcado por arbitrariedades e até mesmo violência física, em todo o país” (APUFPR, 2016, p. 7). Na Universidade Federal de Campina Grande, por exemplo, houve 36 votos contra a proposta de adesão e 4 a favor. Quase dois anos depois, o reitor aderiu monocraticamente, de forma inversa ao definido pelo órgão máximo deliberativo da Universidade (FNCPS, 2014).

A resistência à adesão à EBSEH, e mais recentemente, a cobrança por controle social e participação popular sobre as atividades da empresa são característicos de setores organizados da sociedade civil que construíram a reforma sanitária e presenciam cotidianamente o desmonte do SUS. Na ADI proposta, figuram como *Amicus Curiae* a Federação Nacional dos Médicos (FENAM), a Federação de Sindicatos de Trabalhadores das Universidades Brasileiras (FASUBRA), Federação Nacional dos Sindicatos de Trabalhadores em Saúde, Trabalho e Previdência Social (FENASPS), Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior (ANDES), o Conselho Federal de Medicina (CFM) e o Sindicato Estadual dos Trabalhadores de Empresas Públicas de Serviços Hospitalares no Estado de Alagoas (SINDSERH/AL)¹⁵.

De acordo com as normativas da EBSEH, o controle e fiscalização exercido sobre a Empresa tem natureza interna – proveniente dos órgãos do Poder Executivo – e externa, realizada pelo Congresso Nacional e pelo

14 O mencionado artigo dispõe que “[...] ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

15 Pontua-se que este último, ao contrário dos demais, argumenta pela constitucionalidade da Empresa.

Tribunal de Contas da União, inexistindo qualquer previsão de controle social, seja na Lei 12.550/2012 ou no Decreto 7.661/2011.

O artigo 9º da Lei 12.550 atribui que “a EBSEH será administrada por um Conselho de Administração, com funções deliberativas, e por uma Diretoria Executiva e contará ainda com um Conselho Fiscal e um Conselho Consultivo”, prevendo ainda que a atribuição do Estatuto Social é definir “a composição, as atribuições e o funcionamento dos órgãos” acima.

O artigo 12 do Estatuto Social da EBSEH dispõe que, além da Assembleia Geral, são estatutários os seguintes órgãos: I – Conselho de Administração; II – Diretoria Executiva; III – Conselho Fiscal; IV – Conselho Consultivo; V – Comitê de Auditoria; VI – Comitê de Elegibilidade, Indicação e Remuneração; VII – Comitê de Compras e Contratações; VIII – Comitê de Partes Relacionadas; e IX – Comissão de Ética.

Em complemento, o Regimento Interno da Empresa prevê outros órgãos que somados aos estatutários compõem a estrutura de governança da Empresa, classificados em Órgãos de Administração; Órgãos de Fiscalização e Comissões e Comitês.

Os órgãos de administração são compostos pelo Conselho de Administração, Diretoria Executiva e Conselho Consultivo. Fazem parte dos órgãos de fiscalização o Conselho Fiscal e a Auditoria Interna. As comissões e comitês previstas pelo Regimento Interno da EBSEH são (i) a comissão de ética; (ii) o comitê interno de gestão do REHUF; (iii) a comissão de controle interno; (iv) o comitê de gestão riscos e crise; (v) o comitê permanente de desenvolvimento de pessoas da sede; (vi) o comitê gestor de segurança da informação e comunicação; (vii) o comitê de governança de tecnologia da informação e comunicação; (viii) o comitê de governança do aplicativo para gestão dos Hospitais Universitários; (ix) outras comissões e comitês constituídos pela Presidência ou pela Diretoria Executiva.

Critica-se ainda a forma de escolha dos gestores locais dos Hospitais, que passam a ser subordinados política e economicamente à EBSEH.

A IFES indica o gestor do HU, mas suas decisões são todas tomadas no âmbito da empresa e não dirão respeito à IFES; ou seja, o Diretor Geral, por exemplo, é um funcionário que presta serviço para o HC [Hospital de Clínicas], e com a mudança de regimento interno, este mesmo gestor passa a ser subordinado à EBSEH, seguindo as normas ditadas pela empresa (APUFPR, 2016, p. 18).

Em substituição ao processo democrático de escolha de diretorias que havia nos HUs do país, surgiram as indicações e cargos comissionados. O ANDES (2017, p. 5) constatou que tal indicação é difusa, podendo ser feita pelos reitores ou pela empresa, a depender de como se deu a adesão

em cada localidade e a articulação com políticos locais. Tais indicações dão respaldo a uma administração patrimonialista e clientelista, tendo como função o aparelhamento político dos HUs.

Entre os instrumentos normativos que regulam a EBSEERH, a única menção ao **controle social** é feita no artigo 67 do Estatuto Social da Empresa ao tratar do Conselho Consultivo¹⁶.

Ainda assim, o Conselho Consultivo atua assistindo, de forma subordinada, a Diretoria Executiva e o Conselho de Administração, sugerindo “quanto ao papel social da empresa, sem garantia de que serão aceitas e implementadas” (LAMENHA, 2018, p. 67). Destaca-se a utilização dos verbos que definem a competência dos conselhos, pois

Enquanto as funções dos conselhos fiscal e administrativo, composto paritariamente por representantes do governo e pelos indicados da EBSEERH, são compostas pelos verbos fixar, aprovar, deliberar, apreciar, autorizar, fiscalizar e designar, as funções do Conselho Consultivo estão vinculadas aos verbos opinar, propor, acompanhar e assistir (LAMENHA, 2018, p. 68).

Apesar do Conselho Consultivo ser o órgão responsável pelo controle social (em sentido estrito, e não na acepção de participação popular), é ao Conselho de Administração que compete a deliberação “sobre alteração do capital e do Estatuto Social da EBSEERH (artigo 12, caput e artigo 13, I e II do Estatuto)”, possibilitando que ocorram, posteriormente, mudanças no próprio regime jurídico da Empresa para Sociedade Anônima, como previam a MP e o Projeto de Lei, “com abertura de ações no mercado de capitais, passando a ter uma finalidade lucrativa também para atender as expectativas financeiras dos seus sócios” (SOARES, 2016, p. 69).

Destaca-se ainda a ausência de usuários na administração local, das filiais, composta por um colegiado executivo composto pelo superintendente do hospital e os gerentes administrativo, de atenção à saúde e de ensino e

16 Art. 67. Conselho Consultivo é órgão permanente da EBSEERH que tem as finalidades de consulta, controle social e apoio à Diretoria Executiva e ao Conselho de Administração, e é constituído pelos seguintes membros: I - o Presidente da EBSEERH, que o preside; II - 2 (dois) representantes do Ministério da Educação; III - 1 (um) representante do Ministério da Saúde; IV - 1 (um) representante dos usuários dos serviços de saúde dos hospitais universitários federais, indicado pelo Conselho Nacional de Saúde; V - 1 (um) representante dos residentes em saúde dos hospitais universitários federais, indicado pelo conjunto de entidades representativas; VI - 1 (um) reitor ou diretor de hospital universitário, indicado pela ANDIFES; e VII - 1 (um) representante dos trabalhadores dos hospitais universitários federais administrados pela EBSEERH, indicado pela respectiva entidade representativa (grifos nossos).

pesquisa, no caso de hospitais universitários ou de ensino (art. 60 do antigo Estatuto Social da Empresa)¹⁷.

Esse Conselho Consultivo, ao contrário dos Conselhos de Saúde do SUS, que possuem caráter deliberativo, apresenta funções apenas de assessoria e cuja composição é estranha ao padrão da universidade de ter a participação da comunidade acadêmica nos órgãos colegiados de decisão. Num espaço onde o ensino, ao lado da pesquisa e extensão, são as finalidades últimas dos HUs, não há representação de unidades acadêmicas, de docentes e de discentes da graduação. Os trabalhadores técnico-administrativos que representam uma parcela do trabalho dos HUs não são também representados.

Embora alguns hospitais universitários filiados a EBSERH tenham modificado essa composição, é relevante que o fizeram sem orientação nesse sentido por parte da empresa. Como isso não tem respaldo estatutário, são modificações que tem existência precária, podendo serem revertidas com facilidade.

Binenbojm (2014, pp. 310-311) enfatiza na sociedade cotidiana a pulverização da tomada de decisões, majoritariamente tomada por burocratas profissionais, tecnocratas, somado ao fenômeno patrimonialista, sempre presente na história da administração pública brasileira, o que levanta o questionamento da legitimidade dessas escolhas.

Wladimir Soares (2016, p. 61) destaca que, num contexto de precarização do SUS, esse modelo de redução da soberania popular, sob a argumentação de foco na gestão, celeridade e eficiência da administração, se não atentar à efetividade dos direitos fundamentais, pode acabar criando uma situação de irreversibilidade, pois, ainda que contestada a constitucionalidade da EBSERH, foram estabelecidas relações jurídicas, repasses orçamentários e de bens, mudanças no regime jurídico dos trabalhadores que caminham para a irreversibilidade na realidade social.

CONCLUSÃO

Diante da transferência de decisões que dizem respeito ao maior conjunto de hospitais que servem ao SUS e que possuem relevante importância no atendimento dos setores de média e alta complexidade, fica evidenciada a ausência de legitimidade na tomada de decisões políticas e a insuficiência do controle social institucional proposto dentro da EBSERH.

Apesar da importância da democracia representativa, esta não se basta no Estado Democrático de Direito: a democracia participativa, junto

¹⁷ De maneira não regulamentada estatutariamente, existe uma diretriz técnica para a criação de Conselhos Consultivos nas filiais, com composição à semelhança da existente na sede, ou seja, o Superintendente do hospital, que o preside; um representante da Secretaria Estadual de Saúde; um representante da Secretaria Municipal de Saúde; um representante dos usuários dos serviços de saúde do hospital, indicado pelo Conselho Estadual de Saúde; um representante dos residentes em saúde do hospital, indicado pelo conjunto de entidades representativas; e um representante dos trabalhadores do hospital, indicado pela respectiva entidade representativa.

com os instrumentos de participação direta, institucionalizados ou não, constituem elemento de legitimação das decisões do administrador e de viabilizar que o cidadão se envolva no processo democrático e na garantia de seus direitos constitucionalmente previstos. O exemplo da saúde pública elucida o significado da participação cidadã na Administração Pública – de sua constitucionalização, sistema de valores, estruturação do SUS, Leis Orgânicas, Conselhos, Conferências e outras instâncias. Trata-se de viabilizar mais do que a fiscalização, mas também a cidadania, de forma individual ou coletiva, com a formulação e execução das políticas públicas, tornando o povo verdadeiro agente social. É nesta perspectiva que se defende a democracia sanitária.

A nível de um país continental e da quantidade de pessoas que se utilizam exclusivamente do SUS, o órgão que exerce o controle social na EBSERH tem apenas um representante dos usuários. Se no SUS esta participação compõe 50% dos Conselhos nos três níveis, na EBSERH as cadeiras de decisão são majoritariamente ocupadas por cargos de direção do governo federal, revestidos por uma suposta tecnocracia, esvaziando-se a noção e importância da consolidação democrática num espaço de execução da política pública de saúde de média e alta complexidade em todo o país, fragilizando a democracia em suas bases (cidadãos e usuários do SUS).

A gestão de parte relevante da saúde pública brasileira exige não só a observância do direito administrativo como do sistema normativo que consolidou o sistema de saúde público brasileiro. A EBSERH, ao não viabilizar espaços ou instrumentos de democratização/control social, distancia da soberania popular decisões referentes às políticas públicas dos Hospitais Universitários a nível nacional, impactando ensino, pesquisa e extensão, a autonomia universitária e, principalmente, o acesso à saúde da população brasileira, majoritariamente dependente do SUS.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. *Curso de direito sanitário*. A proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ANDES. *Ebserb aprofunda precarização dos Hospitais Universitários*. In: ANDES. InformANDES, nº 72. Brasília: julho de 2017.

ANS. Dados Gerais. *Agência Nacional de Saúde Suplementar*. 2018. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>. Acesso em: 26 jun. 2018.

APUFPR (et. al.) *Dossiê contra a atuação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH) no complexo do Hospital das Clínicas da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba: APUFPR, 2016.

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

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRAVO, Maria Inês; CORREIA, Maria Valéria. Desafios do controle social na atualidade. *Revista Serviço Social*. São Paulo, n. 109, p. 126-150, jan/mar. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282012000100008. Acesso em: 10 jun. 2018.

BRASIL. *Para entender o controle social na saúde*. Brasília: Ministério da Saúde e Conselho Nacional de Saúde, 2013. Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/livros/manual_para_entender_controle_social.pdf. Acesso em: 30 jun. 2018.

BRASIL. População teve acesso a 1,4 bi de consultas médicas pelo SUS em um ano. *Governo do Brasil*, 05 jun. 2015. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/editoria/saude/2015/06/populacao-teve-acesso-a-1-4-bi-de-consultas-medicadas-pelo-sus-em-um-ano>. Acesso em: 26 jun. 2018.

CARVALHO, Luiz Maklouf. *1988: segredos da Constituinte*. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2017.

CORREIA, Maria Valéria Costa. Entre a reforma sanitária e o SUS: os interesses do capital na saúde. In: CORREIA, Maria Valéria Costa; SANTOS, Viviane Medeiros dos (orgs.). *Reforma Sanitária e Contrarreforma da Saúde*. Interesses do capital em curso. Maceió: Edufal, 2015.

CÓRTEZ, Soraya M. Vargas. Arcabouço institucional e participação em conselhos municipais de saúde e assistência social. In: SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos; RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; AZEVEDO, Sérgio de (Orgs.). *Governança democrática e poder local: a experiência dos conselhos municipais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*. São Paulo, v. 9, n. 3, nov. 2008/fev. 2009. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13128>. Acesso em: 19 jun. 2018.

EBSERH. *Estatuto Social*. Aprovado pela Assembleia Geral Extraordinária realizada em 29 de junho de 2018. Disponível em: http://www.ebserh.gov.br/documents/15796/0/1+-EstatutoSocial_AGE_30ago2018_rubricaPGFN_registroJComercial_ok.pdf/7880ac95-aacc-497a-8145-ac3b8938c8b0. Acesso em: 23 dez. 2018.

EBSERH. *Regimento Interno (3ª Revisão)*. Aprovado na 49ª Reunião do Conselho de Administração, realizada no dia 10 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.ebserh.gov.br/documents/15796/112576/Regimento+Interno+Aprovado+CA+12052016.pdf/fda5583a-4f34-44ed-b75b-ca96c1332b4b>. Acesso em: 06 out. 2018.

EBSERH. *Relatório de Gestão do Exercício de 2014 do Hospital Universitário Professor Alberto Antunes*. UFAL, 2014. Disponível em: http://www.ebserh.gov.br/documents/221436/333593/Relat%C3%B3rio+de+Gest%C3%A3o_2014_FINAL_30.03.2015.pdf/f73baa95-ff65-41e2-8d1c-6e655e7862f8. Acesso em 02 jul. 2018.

FNCPS. *Relatório analítico das irregularidades e dos prejuízos à sociedade, aos trabalhadores e ao erário causados pela Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSERH*. FNCPS, 21 ago. 2014. Disponível em: <http://www.contraprivatizacao.com.br/2014/08/0953.html>. Acesso em: 28 ago. 2018.

LAMENHA, Rafaela Vieira. *A Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares como solução para a crise dos Hospitais Universitários: determinações econômicas e políticas*. In: CORREIA, Maria Valéria Costa. Política de saúde no Brasil e fortalecimento do setor privado: desmonte do SUS público, estatal e universal. Maceió: Edufal, 2018.

MATTA, Gustavo Corrêa. *Princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde*. In: MATTA, Gustavo Corrêa; PONTES, Ana Lúcia Moura (Orgs.). Políticas de Saúde: a organização e a operacionalização do Sistema Único de Saúde. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007. Disponível em: <http://www.epsjv.fiocruz.br/sites/default/files/125.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2018.

OLIVEIRA, Gabriela de Abreu. *A compatibilidade dos princípios e modelo de Estado que subjazem ao SUS e a EBSERH (Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares)*. 2014. 191 páginas. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

PAVÃO, Ana Luiza Braz. SUS: em construção ou desconstrução? *Revista Eletrônica de Comunicação Informação e Inovação em Saúde*. Rio de Janeiro, v. 10, n.

3, jul/set. 2016. Disponível em: <https://www.reciis.icict.fiocruz.br/index.php/reciis/article/view/1192>. Acesso em: 23 jun. 2018.

RIBEIRO, Daniella Borges. *A autonomia universitária na era da parceria público-privado*. Universidade e Sociedade 56. Brasília: ANDES, junho de 2016. Disponível em: <http://www.andes.org.br/imprensa/publicacoes/imp-pub-98128498.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2018.

ROLIM, Leonardo Barbosa; CRUZ, Rachel de Sá Barreto Luna Callou; SAMPAIO, Karla Jimena Araújo de Jesus. Participação popular e o controle social como diretriz do SUS: uma revisão narrativa. *Revista Saúde em Debate*. Rio de Janeiro, v. 37, n. 96, p. 139-147, jan/mar. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v37n96/16.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2018.

SCAFF, Fernando Facury. *Direito à saúde e os tribunais*. Parte II. In: NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SOARES, Wladimir Tadeu Baptista. *Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH), Sistema Único de Saúde (SUS) e Autonomia Universitária*. 2016. 110 páginas. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Justiça Administrativa, Universidade Federal Fluminense, Niterói.

SOUZA, Natale Oliveira. *Legislação do SUS*. Comentada e esquematizada. 2. ed. Salvador: Sanar, 2018.

Recebido em: 28/06/2022
Aprovado em: 16/12/2022

O PRINCÍPIO *ARM'S LENGTH* EM TRANSAÇÕES COM INTANGÍVEIS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL: UMA ANÁLISE SOB O PRISMA DO PROJETO BEPS

THE ARM'S LENGTH PRINCIPLE IN TRANSACTION WITH INTANGIBLE ASSETS INTELLECTUAL PROPERTY: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF THE BEPS PROJECT

Lucilene Rodrigues Santos¹
Luiz Alberto Gurgel de Faria²

SUMÁRIO: Introdução. 1. O princípio *arm's length* e o Projeto BEPS. 2. A atividade substancial nas transações com intangíveis de PI. 3. Métodos de análise da plena concorrência e os intangíveis de PI 4. O princípio *arm's*

¹ Procuradora da Fazenda Nacional. Especialista em Direito Tributário (PUC/Cogea). Mestranda em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE); Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

² Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Adjunto III da Universidade de Brasília (UnB). Professor Titular do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) e do PPGD da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Ministro do Superior Tribunal de Justiça, em vaga destinada à magistratura federal.

length e o sistema constitucional tributário brasileiro.
5. A evolução do princípio *arm's length* na legislação brasileira. Conclusão. Referências.

RESUMO: O artigo analisa a aplicação do princípio *arm's length* em transações controladas que envolvem intangíveis de propriedade intelectual realizadas entre empresas transnacionais relacionadas. Esse tipo de transação foi objeto da Ação 8 do Projeto BEPS da OCDE, mediante o qual se implementou uma revisão completa dos métodos de controle de preços de transferência a fim de alinhar os lucros decorrentes da exploração da propriedade intelectual com a atividade substancial e a criação de valor em conformidade com o princípio *arm's length*. O ensaio abrange ainda a projeção do princípio *arm's length* no sistema constitucional tributário brasileiro e a sua evolução na legislação que instituiu as regras de preços de transferência e de deduções de royalties, culminando na abordagem do novo marco legal das regras de preços de transferência introduzido pela recente Lei nº 14.596/2023.

PALAVRAS-CHAVE: *Arm's length*. Bens intangíveis. Preços de transferência. Projeto BEPS. Propriedade intelectual. Transações controladas. Tributação.

ABSTRACT: The article analyses the application of the *arm's length* principle to controlled transactions involving intangible assets of intellectual property among associated transnational companies. These controlled transactions have been the object of Action 8 in OECD'S BEPS Project, through which a complete review of the methods of controlling transfer prices was implemented, in order to align profits resulting from the exploration of intellectual property with the substantial activity and creation of value in conformity with the *arm's length* principle. The essay also covers the projection of the *arm's length* principle on the Brazilian constitutional tax system, and its evolution in the legislation that instituted transfer pricing and royalty deduction rules, culminating in the new legal frame for transfer pricing rules introduced by the recent Law n 14.596/2023.

KEYWORDS: *Arm's length*. Intangible assets. Transfer pricing. BEPS Project (Base Erosion and Profit Shifting Project). Intellectual property. Controlled transactions. Taxation.

INTRODUÇÃO

O crescimento avassalador do papel das corporações transnacionais no mercado mundial de bens e serviços intangíveis, impulsionado principalmente pelo avanço tecnológico, impõe desafios políticos e práticos em relação à tributação dos lucros e aos custos de conformidade tributária tanto para as administrações fiscais quanto para as próprias empresas transnacionais. Tal situação tem se refletido nas diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), diante da necessidade de evitar respostas unilaterais a problemas multilaterais.

Os países do G-20 apresentaram suas preocupações à OCDE, consubstanciadas, em grande parte, na necessidade de se combater o planejamento fiscal agressivo e o deslocamento de rendimentos para jurisdições com baixa tributação, especialmente nas atividades móveis, entre as quais se inserem as transações com intangíveis de propriedade intelectual (PI), agregados, ou não, a outras obrigações e serviços.

Em resposta a esse desafio, a OCDE (2014) lançou, em julho de 2013, o Projeto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*). O projeto, em sua versão de 2015, é composto por quinze ações que assumem a natureza de propostas de atuação e medidas a serem adotadas pelos Estados individualmente ou de forma coordenada para fortalecer seus sistemas fiscais. Dentre essas ações, destacam-se as Ações 8-10 (*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*), voltadas a uma revisão das regras de preços de transferência de modo a alinhar os resultados das transações entre empresas relacionadas com a criação de valor, haja vista que a facilidade na alocação de intangíveis valiosos contribuiu fortemente para a erosão de bases tributárias e transferência de lucros (OCDE, 2013).

Em linhas gerais, este artigo analisa as orientações sobre os métodos de participação nos resultados na exploração de intangíveis de PI, que vêm sendo implementadas no âmbito do Projeto BEPS, mais especificamente aquelas lançadas no relatório de 2022. Essas orientações revisam profundamente as regras de preços de transferência para empresas multinacionais e administrações fiscais (*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*), utilizando-se especialmente de métodos de comparabilidade e funcional com foco na atividade substancial (OCDE, 2022).

Os aspectos mais gerais das revisões implementadas nas regras de preços de transferência, conforme a Ação 8 do Projeto BEPS da OCDE e o princípio *arm's length*, serão destacados e projetados para o ordenamento constitucional brasileiro, a partir dos conceitos mínimos de renda tributável, capacidade contributiva e igualdade (GREGORIO, 2010). Cabe ressaltar que o princípio *arm's length* decorre também do princípio da livre concorrência, consagrado no art. 170, IV, da Constituição Federal.

Serão abordados aspectos das transações com intangíveis e a presença de substância econômica, como fundamento de validade dessas operações em consonância com o princípio da plena concorrência. Além disso, por meio da análise de comparabilidade e da análise funcional, serão exploradas as características essenciais das transações controladas com intangíveis de PI, sob o prisma das orientações da OCDE, com vistas a identificar as condições e as circunstâncias economicamente relevantes para delinear com precisão a transação real. Os principais métodos de preços de transferência recomendados pela OCDE para essas transações serão tangenciados sem, todavia, aprofundar cada um deles.

No último tópico, será examinada a evolução da legislação brasileira sobre preços de transferência e seus impactos nas transações controladas entre duas ou mais partes relacionadas, em virtude da ausência de alinhamento com as normas de direito internacional. Também será feita uma breve análise dos reflexos da Ação 8 do Projeto BEPS no novo marco legal das regras de preços de transferência e de deduções de royalties no Brasil, introduzido pela Medida Provisória nº 1.152/2022, convertida na Lei nº 14.596/2023, especialmente nos aspectos das transações controladas envolvendo intangíveis de propriedade intelectual, inclusive os de difícil valoração.

1. O PRINCÍPIO *ARM'S LENGTH* E O PROJETO BEPS

O termo *arm's length* (literalmente “comprimento de braço”) possivelmente encontra suas origens na Idade Média, quando, entre pares (partes relacionadas) todos sentavam mais próximos (sem a distância do “comprimento de braço”) e entre partes “possivelmente belicosas” sentavam-se mais distantes das outras (com a distância do “comprimento do braço”). Isso permitiria que, se os ânimos se exaltassem, “puxassem as espadas para daí solucionar conflituosamente uma controvérsia” (AMARAL, 2019, p. 25). Sinteticamente, o *arm's length* consiste em tratar as transações entre partes relacionadas como se elas atuassem como entidades separadas, sinalizando que os preços praticados entre pares devem ser os de concorrência ou de mercado.

Na década de 1930, os Estados Unidos já adotavam o princípio *arm's length* para determinar se as transações internacionais das empresas transnacionais refletiam a renda a ser apropriada para fins do imposto de renda federal, influenciando a Europa e as diretrizes da OCDE sobre tratados internacionais envolvendo a dupla tributação (AMARAL, 2019, p. 23). O conteúdo do princípio *arm's length* foi positivado no art. 9º da Convenção Modelo da OCDE de 1963, ao determinar que os lucros não computados por uma empresa em função de negociar com parte vinculada poderão ser adicionados ao resultado e tributado pela jurisdição que deixou de fazê-lo.

Nesse contexto, as legislações dos Estados fiscais passaram a adotar regras tributárias cada vez mais complexas para disciplinar os preços praticados pelas transnacionais nas suas transações intragrupo, identificando o princípio *arm's length* sob diferentes enfoques com impactos diretos no planejamento fiscal (abusivo ou não) dessas corporações.

O estabelecimento de regras adequadas de controle de preços de transferência que sejam afinadas com o princípio *arm's length*, considerada uma das questões mais complexas na tributação internacional, foi objeto de análise nas Ações 8 a 10 do Projeto BEPS da OCDE. No relatório atualizado de 2022, reitera-se a importância de os Estados soberanos conciliarem o direito legítimo de tributar os lucros das empresas, com base em receitas e despesas razoavelmente consideradas geradas em seu território, com a necessidade de “evitar a tributação do mesmo item de renda por mais de uma jurisdição” A dupla ou a múltipla tributação podem criar obstáculos às transações internacionais e à circulação de capitais (OCDE, 2022, p, 12).

No escopo do BEPS, é interessante observar que os países membros da OCDE rejeitaram uma alternativa ao princípio *arm's length* como meio de determinar o nível adequado de lucros nas jurisdições nacionais. Aventada por alguns países e consubstanciada num *formulário global de rateio*, que se baseia em fórmulas predeterminadas, essa alternativa foi considerada pela OCDE como arbitrária por desconsiderar as condições de mercado, as circunstâncias particulares de cada empresa do grupo e a “própria alocação de recursos da administração, produzindo assim uma alocação de lucros que pode não ter uma relação sólida com os fatos específicos que cercam a transação” (OCDE, 2022, p. 36).

Uma das principais razões teóricas para a adoção do princípio *arm's length* pelos países membros da OCDE, conforme apontado no relatório de 2022, é a promoção de ampla paridade de tratamento tributário entre integrantes de grupos multinacionais e empresas independentes. Ao aplicar-se este princípio, evita-se a criação de vantagens ou desvantagens fiscais que poderiam ocasionar distorções de competitividade no mercado. Com efeito, na efetivação do princípio da livre concorrência (*arm's length*), procura-se ajustar os lucros obtidos nas transações entre empresas relacionadas por referência às condições que teriam sido obtidas entre empresas independentes em transações comparáveis e circunstâncias comparáveis.

Em relação às transações controladas envolvendo intangíveis para fins de adoção do princípio *arm's length*, de acordo com o artigo 9º da Convenção Modelo da OCDE, observa-se que, quando as condições estabelecidas ou impostas ao uso ou transferência de bens incorpóreos (como patentes, marcas, *know-how* etc.) entre entidades associadas diferirem das que seriam realizadas entre empresas independentes, os lucros que, por força dessas condições, não forem imputados a uma determinada entidade poderão ser

incluídos e integrarão a base de cálculo para fins de tributação, em uma análise de conformidade a ser feita pela administração tributária (OCDE, 2022, p. 245).

Na Ação 8 do BEPS, a palavra *intangível* refere-se a “algo que não é um ativo físico ou financeiro, que pode ser possuído ou controlado para uso em atividades empresariais, e cujo uso ou transferência seria compensado se ocorresse em uma transação entre partes independentes em circunstâncias comparáveis”. Assim, em vez de se concentrar em definições contábeis ou legais para fins fiscais, a caracterização de um ativo intangível para fins de controle de preços de transferência deve considerar se o ativo, sozinho ou explorado em conjunto com outros intangíveis, gerou valor econômico significativo, mesmo que não refletido no balanço patrimonial (OCDE, 2022, p. 247).

Reconhecem-se, contudo, as dificuldades e complicações na aplicação do princípio em grupos multinacionais “que lidam com a produção integrada de bens altamente especializados, em intangíveis únicos e/ou na prestação de serviços especializados” (OCDE, 2022, p. 32), a exemplo dos ativos de propriedade intelectual e os serviços de assistência técnica de alto valor agregado. Embora tais dificuldades sejam muitas vezes decorrentes da ausência de circunstâncias comparáveis ou de informações adequadas, há consenso de que o princípio da livre concorrência deve reger a avaliação dos preços de transferência entre empresas relacionadas nas operações com intangíveis, inclusive aqueles considerados de difícil valoração (OCDE, 2022, p. 33-34).

Ademais, nas transações que envolvem intangíveis de propriedade intelectual, as diretrizes fornecem apenas exemplos de itens passíveis de serem detidos ou controláveis, normalmente considerados em análises de preços de transferência. No entanto, cabe destacar a existência de itens não incluídos na lista que podem ser considerados como intangíveis, de acordo com o ambiente legal e regulatório de cada jurisdição. Entre os itens selecionados, citem-se como exemplos: (i) patentes; (ii) conhecimento (know-how) e segredos comerciais; (iii) nomes comerciais e marcas; (iv) licenças e direitos limitados semelhantes sobre intangíveis (OCDE, 2022, p. 251-252).

Em suas orientações, a OCDE deixa claro que as abordagens consolidadas na Ação 8 do BEPS se referem exclusivamente a questões de preços de transferência, não se destinando para outros fins fiscais, como, por exemplo, para a definição de royalties dada pelo art. 12 da Convenção Modelo da OCDE. Nesse sentido, a forma como é caracterizada uma operação para fins de preços de transferência é irrelevante na “questão de saber se um determinado pagamento constitui royalties e se pode estar sujeito a retenção na fonte”, nos termos da convenção (OCDE, 2022, p. 249).

Em suma, na Ação 8 do BEPS, foram estabelecidos métodos e regras para a avaliação de transações com intangíveis, buscando “atrelar o lucro (ou

prejuízo) ao âmbito territorial onde o valor é agregado, para que aí, e não em outro lugar, venha a ocorrer a sua tributação” (TRIPODI, 2019, p. 56-78).

2. A ATIVIDADE SUBSTANCIAL NAS TRANSAÇÕES COM INTANGÍVEIS DE PI

De início, é relevante relembrar os diversos fatores que podem representar desafios na aplicação do princípio *arm's length* por meio dos métodos de preços de transferência em transações relacionadas a intangíveis de PI e que podem levar à erosão da base tributária e à transferência de lucros entre partes relacionadas. Esses fatores abrangem desde a ausência de intangíveis ou de transações comparáveis entre empresas relacionadas, ou mesmo entre empresas independentes, até os arranjos contratuais que separam a propriedade, a assunção de riscos e/ou o financiamento do intangível de outras funções importantes de controle e de decisões que não são observados entre empresas independentes (OCDE, 2022, p. 256).

Segundo Churton, Lambert e Dennis (2016), até a entrada em vigor do Projeto BEPS, como era mais fácil avaliar e transferir a propriedade intelectual, que muitas vezes era foco das estruturas de planejamento tributário por parte das multinacionais, esses arranjos tinham as seguintes características: (i) propriedade centralizada e financiamento de patentes, marcas e direitos autorais em uma única pessoa jurídica – o proprietário dos intangíveis; (ii) atividade funcional limitada dentro do próprio proprietário legal, no que se refere a controle, desenvolvimento do intangível ou gerenciamento de riscos; (iii) terceirização da atividade de controle e execução do desenvolvimento, aprimoramento, manutenção e proteção da propriedade intelectual; e/ou (iv) terceirização da exploração comercial para, por exemplo, “um distribuidor local normalmente em jurisdição superior” (CHURTON; LAMBERT; DENNIS, 2016).

Normalmente, essas estruturas buscam estabelecer um *IP owner* em jurisdições que apresentem: (i) baixas alíquotas efetivas de impostos de imposto sobre a renda; (ii) dedução fiscal diferenciada para a amortização de ativos intangíveis adquiridos; (iii) alíquotas reduzidas para empresas detentoras de ativos intangíveis; e/ou (iv) alíquota nula ou reduzida de imposto de renda na fonte sobre *royalties* (CANEN; OLIVEIRA, 2019, p. 248).

Nessa conjuntura, a OCDE enfatiza a importância de determinar, com base na atividade substancial, qual entidade ou entidades em um grupo multinacional têm o direito de compartilhar os retornos obtidos pelo grupo com a exploração de intangíveis de PI. Isso ocorre porque não apenas o proprietário legal do intangível pode receber o produto da sua exploração, mas também outros membros do grupo que arcaram com os custos, investimentos e outros encargos associados ao desenvolvimento,

aprimoramento, manutenção, proteção e exploração de intangíveis devem ser compensados por suas contribuições, conforme o princípio de plena concorrência (OCDE, 2022, p. 255).

De acordo com o relatório da OCDE, se um intangível é desenvolvido internamente e o proprietário legal não desempenha funções materiais, não usa bens materiais e não assume riscos materiais, atuando apenas como uma entidade titular da propriedade – sem realizar qualquer atividade substancial, o proprietário legal não terá direito a qualquer parcela da remuneração obtida pela multinacional com a exploração do ativo intangível que não seja a compensação em condições normais de mercado, se houver, pela propriedade (OCDE, 2022, p. 259).

Caso o proprietário legal de intangíveis de PI terceirize as funções relacionadas ao desenvolvimento, aprimoramento, manutenção, proteção ou exploração de intangíveis para empresas independentes ou empresas associadas, é preciso avaliar qual membro do grupo realmente controla as funções relevantes, uma vez que, nas transações de terceirização entre empresas independentes, a empresa terceirizada exerce as funções em nome do proprietário legal do intangível, operando sob o controle desse proprietário legal (OCDE, 2022, p. 263).

Nesse cenário, as mudanças nas diretrizes de preços de transferência relacionadas às estruturas que separam a propriedade legal da tecnologia do desempenho das atividades de pesquisa e desenvolvimento (P&D), embora não afetem a legitimidade de ações de terceirização dessas atividades para partes relacionadas, exigem que essas funções sejam devidamente controladas pelo proprietário e recompensadas sob condições de mercado. Os requisitos de substância propostos em regimes de propriedade intelectual rentáveis podem ter um impacto negativo nos acordos em que a propriedade intelectual pertence a uma entidade diferente daquela que realiza a atividade de P&D (CHURTON; DENNIS; LAMBERT, 2016).

Em síntese, a identificação do título legal, combinada com a identificação e remuneração das funções relevantes desempenhadas, ativos utilizados e riscos assumidos por todos os membros contribuintes, fornece o arcabouço analítico para a determinação de preços de plena concorrência e outras condições aplicáveis a transações envolvendo intangíveis de PI. Esse processo estabelece o nexo entre os rendimentos tributáveis e a atividade substancial.

3. MÉTODOS DE ANÁLISE DA PLENA CONCORRÊNCIA E OS INTANGÍVEIS DE PI

O relatório da OCDE 2022, ao abordar transações de uso ou transferência de tecnologia, recomenda que, além de identificar os intangíveis

envolvidos e o seu proprietário legal, é necessário especificar e caracterizar adequadamente as transações controladas. Tais ações são fundamentais para o delineamento preciso das transações (reais) que envolvem esses intangíveis (OCDE, 2022, p. 274).

Em termos concretos, essa identificação é realizada por meio da *análise funcional e da análise de comparabilidade*. A análise de transações controladas e não controladas, denominada análise de comparabilidade (*comparability analysis*), é o cerne da aplicação do princípio *arm's length* (OCDE, 2022, p. 31). Por sua vez, a análise funcional (*functional analyses*) é particularmente relevante nas transações envolvendo o uso ou a transferência de intangíveis.

De acordo com a apresentação do relatório, os dois tipos gerais de transações controladas em que a identificação e a análise de intangíveis de PI serão relevantes para fins do princípio *arm's length* são: (i) operações que envolvam transferências de intangíveis ou direitos sobre intangíveis; e (ii) operações que envolvam o uso de intangíveis na venda de mercadorias ou na prestação de serviços (OCDE, 2022, p. 274).

Em consonância com as orientações do relatório OCDE 2022, a análise dos arranjos contratuais de uso ou transferência de intangíveis deve se iniciar pela identificação criteriosa das relações comerciais ou financeiras entre as empresas associadas e das condições e circunstâncias *economicamente relevantes* envolvendo essa relação, a fim de delinear com precisão a *transação real* (OCDE, 2022, p. 245).

Essas abordagens permitem identificar os intangíveis e os riscos associados em arranjos contratuais, examinando a conduta real das partes com base nas funções desempenhadas, nos ativos utilizados e nos riscos assumidos, além de incluir *o controle de funções importantes e os riscos economicamente significativos* na pesquisa e desenvolvimento do intangível. Quando necessário, a análise deve avançar para considerar se o acordo celebrado seria realizado nas mesmas condições por partes independentes (OCDE, 2022, p. 246).

No exame dos arranjos contratuais, deve-se tomar cuidado ao determinar se um intangível de PI existe e se ou quando ele foi usado ou transferido. Nem todos os gastos com pesquisa e desenvolvimento produzem ou melhoram um intangível, da mesma forma que nem todas as atividades de *marketing* resultam na criação ou aprimoramento de um intangível. Portanto, ao lidar com preços de transferência envolvendo intangíveis, é fundamental identificar os intangíveis relevantes de forma específica, bem como adotar uma abordagem que leve em consideração a criação de valor na interação entre o intangível em análise e outros intangíveis. Além disso, ao realizar as análises, é importante verificar as funções importantes desempenhadas nas operações de negócios das empresas transnacionais relacionadas e os riscos específicos assumidos por cada entidade em relação à pesquisa, desenvolvimento,

valorização, manutenção, proteção e exploração do intangível analisado (OCDE, 2022, p. 248).

A OCDE, no entanto, reconhece que a aplicação desses princípios gerais pode ser desafiadora em transações controladas que envolvem transferência de tecnologia. Isso ocorre devido às características especiais que esses intangíveis podem apresentar, tornando difícil encontrar comparáveis para determinar o preço no momento da transação, com vistas à efetivação do princípio *arm's length*. Além disso, considera importante não esquecer que empresas relacionadas podem, por motivos comerciais totalmente legítimos, estruturar transações envolvendo intangíveis de uma maneira que empresas independentes não fariam (OCDE, 2022, p. 280).

A orientação enfatiza ainda que delinear a transação com a visão de produtos ou serviços ou a transferência de intangíveis ou uma combinação de ambos não necessariamente determina o uso de um método específico de preços de transferência, devendo-se ter em mente que os intangíveis muitas vezes têm características únicas e, por isso, têm potencial para gerar retornos e benefícios futuros que podem diferir amplamente (OCDE, 2022, p. 274).

É o que se verifica, por exemplo, com os intangíveis de difícil avaliação (HTVI), termo que engloba intangíveis ou direitos sobre intangíveis de PI para os quais, no momento de sua transferência entre empresas associadas, (i) não existem comparáveis confiáveis e (ii) as projeções de fluxo de caixa futuros ou receitas esperadas a serem derivadas do intangível transferido ou as premissas usadas na avaliação dele são altamente incertas, tornando difícil prever o sucesso final no momento da transferência (OCDE, 2022, p. 302).

Em tais casos, acredita-se que a análise funcional seja adequada para obter uma compreensão clara dos processos de negócios globais da multinacional e da forma de interação dos intangíveis transferidos com outras funções, ativos e riscos relevantes que compõem o negócio, de modo a contribuir materialmente para a criação de valor (OCDE, 2022 p. 288).

Quanto a transações envolvendo transferência de tecnologia ou direitos sobre esses intangíveis e que podem ser combinadas com outras transações, como a prestação de serviços, o relatório anota que, se for possível separar as transações, o pacote deve ser desvendado para confirmar se cada elemento da transação é consistente com o princípio *arm's length*. Contudo, em situações nas quais as transações estão intimamente relacionadas tornando difícil separá-las, é necessário considerar se as comparáveis disponíveis permitem uma avaliação precisa das interações entre as transações (OCDE, 2022, p. 278).

Um exemplo de contrato em que os intangíveis podem ser combinados com serviços os mais diversos é o contrato de franquia. O Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu, em sede de repercussão geral (RE nº 603.136/RJ), que o contrato de franquia é classificado como complexo e, devido à

impossibilidade de segregar as diversas obrigações constantes do negócio jurídico, deve ser considerado como prestação de serviços submetida à incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) (BRASIL, 2020).

Diante das características especiais dos intangíveis, o Relatório OCDE 2022 dispõe que, ao selecionar o método mais adequado aos casos de transações envolvendo o uso ou a transferência de intangível, deve-se dispensar especial atenção a aspectos como: (i) natureza dos intangíveis relevantes; (ii) dificuldade de identificar transações não controladas e intangíveis comparáveis em muitos, se não na maioria dos casos; e (iii) dificuldade de aplicação de alguns dos métodos de preços de transferência descritos nas diretrizes em casos de transferência de intangíveis.

Dependendo de cada caso específico, qualquer um dos cinco métodos de preços de transferência da OCDE pode ser considerado o mais apropriado, devendo-se realçar os pontos fortes e fracos de cada um deles quando da seleção. Acresce-se a isso, como regra, que métodos unilaterais, incluindo o do preço de revenda e o TNMM, geralmente não são confiáveis para avaliar diretamente intangíveis. Da mesma forma, métodos que buscam estimar o valor de intangíveis com base no custo de desenvolvimento são desencorajados. O método tradicional CUP, que compara os termos e condições (incluindo o preço) de uma transação controlada com os de uma transação entre partes independentes, é considerado adequado nas hipóteses em que é possível identificar transações não controladas comparáveis confiáveis.

Como se vê, as diretrizes da OCDE traçam alguns parâmetros a serem observados nas análises de comparabilidade e funcional em operações envolvendo transferência de tecnologia entre empresas relacionadas. Nesses termos, após a identificação das transações relevantes de modo a especificar os intangíveis envolvidos nas transações e a entidade ou entidades legalmente proprietárias dos intangíveis, bem como aquelas que contribuem para o valor dos intangíveis, deve ser possível identificar as condições de plena concorrência para as transações relevantes e qual será o método (ou métodos) de preços de transferência mais adequado, em consonância com o princípio da plena concorrência.

4. O PRINCÍPIO *ARM'S LENGTH* E O SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

No âmbito internacional, o *arm's length* é tratado como um princípio, sendo assim descrito pela própria OCDE. No Brasil, ante a ausência de previsão expressa, as opiniões se dividem. Merece destaque a posição de Ricardo Lobo Torres, para quem o *arm's length* exibe características principiológicas, tais como generalidade, abstração, abertura, vinculação a

valores, entre outras, motivo pelo qual trata-se de verdadeiro princípio no ordenamento jurídico brasileiro (TORRES, 1999, p. 128-131).

Fundamentalmente, é o princípio *arm's length* que rege a legislação dos preços de transferência. Schoueri (2013, p. 443) ensina que esse princípio encontra fundamento, “a par da isonomia, no próprio conceito de renda, já que visa, exatamente, descobrir qual a renda imputável ao contribuinte sujeito ao imposto brasileiro”. Assim, a legislação brasileira, ao observar o princípio da plena concorrência, estará em conformidade com o princípio da isonomia, ao mesmo tempo que se assegura a não extrapolação do conceito mínimo de renda. Dessa forma, conforme Schoueri, sendo princípio, convive harmonicamente com outros princípios, como a praticabilidade e os da Ordem Econômica.

Gregorio (2010, p. 207) admite que a única forma de considerar a presença do *arm's length* no sistema constitucional tributário brasileiro é “na condição de norma jurídica da espécie princípio positivada implicitamente como decorrência direta do conceito de renda e dos princípios da igualdade particular e da capacidade contributiva”. Ainda segundo Gregório, o princípio *arm's length*, na promoção da igualdade particular entre contribuintes, requer a participação da União, pois, ao atuar para evitar que empresas relacionadas nas suas transações *intragrupo* não sejam privilegiadas em detrimento daquelas que transacionam com empresas independentes, acaba por fomentar a livre concorrência (GREGÓRIO, 2010, p. 203). Garante-se, com isso, a neutralidade tributária, evitando-se vantagens ou desvantagens de natureza fiscal que poderiam distorcer as posições competitivas dos agentes de mercado.

Ainda sob a perspectiva do princípio *arm's length*, a capacidade contributiva se apresenta como um desdobramento do princípio da igualdade. Dessa forma, pessoas com a mesma capacidade econômica devem ter seus resultados apurados com iguais critérios, o que demanda que se convertam os resultados *intragrupo* em resultados reais de mercado (ABRANTES, 2018, p. 574).

A doutrina costuma eleger a praticabilidade como motivação primordial de mitigação do *arm's length* na elaboração das regras de preços de transferência. Gregorio coloca como justificativa para a praticabilidade a noção de igualdade geral na concepção generalista de justiça com função de eliminar ou reduzir arbitrariedades na aplicação do direito (GREGÓRIO, 2010, p. 215). Defende que as ficções jurídicas e as presunções relativas podem ser utilizadas pelo legislador como mecanismo de praticabilidade tributária. No entanto, os casos marginais devem ser examinados pelo Judiciário com o fim de superar a regra que instituiu a padronização nas situações em que ela colide com o princípio da capacidade contributiva como garantidora da igualdade individual (GREGÓRIO, 2010, p. 241).

Na introdução das regras de preços de transferência pela Lei nº 9.430/1996, adotou-se a praticabilidade como justificativa de operacionalização dessas regras a partir de ficção jurídica e de presunção. Recentemente, no entanto, foi introduzido o novo marco legal sobre preços de transferência a serem praticados nas transações efetuadas por pessoa jurídica domiciliada no Brasil com partes relacionadas no exterior. Esse novo marco legal está mais afinado com o princípio *arm's length*, como se verá a seguir.

5. A EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO *ARM'S LENGTH* NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

As regras de preços de transferência foram introduzidas no ordenamento brasileiro por meio da Lei nº 9.430/1996, com o objetivo de estabelecer controles dos preços praticados nas operações de importação e exportação de bens, direitos e serviços entre pessoas físicas e jurídicas residentes no País e outras vinculadas, direta ou indiretamente, no exterior ou países ou dependências com tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados (BRASIL, 1996). A ausência de coerência do modelo legal de preços de transferência adotado no Brasil em relação às normas internacionais, principalmente em razão da velocidade e sofisticação dos novos modelos de negócios na economia digital e nas transações com bens intangíveis, sempre foi alvo de inúmeras críticas da doutrina especializada. O distanciamento é evidenciado, “de largada, na circunstância de que o Fisco brasileiro tem pouquíssima flexibilidade para definir o método e aferir o preço parâmetro” (CUNHA, FERRAZ, 2018, p. 80).

Ao analisarem as regras de preços de transferência da Lei nº 9.430/1996 frente às diretrizes do BEPS, Brandão e Machado observaram que essa lei adota um conjunto de normas diferente (*formulary approach*) da maioria dos países membros da OCDE, que seguem o princípio *arm's length*. Isso ocorre porque, embora a lei tenha como foco os preços artificialmente criados, suas disposições visam assegurar um lucro mínimo tributável e não, “como em outras partes do mundo, identificar se existem abusos e artificialidade das transações” (MACHADO; BRANDÃO, 2019, p. 598).

Cunha e Ottoni (2019, p. 259), por sua vez, examinaram também as características dos intangíveis no regime de preços de transferência e os desafios práticos que as multinacionais enfrentam para valoração do preço *arm's length* nas relações comerciais com o Brasil. Os autores (2019, p. 258) observaram que, embora a legislação societária e contábil brasileira esteja alinhada internacionalmente, as regras de preços de transferência utilizadas na apuração do lucro tributável fixam receitas mínimas e máximas (margens de lucro preestabelecidas).

Note-se que as companhias americanas que atuam no Brasil estão entre as principais interessadas na alteração desse modelo de preços de transferência, cuja abordagem não segue o princípio *arm's length* adotado na maioria dos países para operações entre empresas relacionadas. Tal se deve à recente mudança promovida pelo governo dos Estados Unidos, que impossibilitou o creditamento, naquele país, referente ao Imposto de Renda pago no Brasil.

As normas tributárias americanas sobre Foreign Tax Credit somente permitem o aproveitamento de créditos do tributo pago em outros países se estes tiverem regras similares às dos Estados Unidos ou se tiverem firmado acordo para evitar a dupla tributação, o que não é o caso do Brasil. Como efeito prático dessa mudança, a subsidiária brasileira de uma empresa americana, sujeita ao imposto de renda brasileiro, também estará sujeita à tributação desse mesmo lucro nos Estados Unidos pelas regras de preços de transferência, como CFC (Controlled Foreign Corporation) ou o GILTI (Global Intangible Low-Taxed Income), fato que implica dupla incidência (AGÊNCIA EY, 2022).

No tocante às deduções previstas na legislação do imposto de renda, outro problema apontado pelos especialistas refere-se à impossibilidade de dedução completa de royalties remetidos ao exterior, sujeitando a tributação aos limites estabelecidos em regulamento do começo do século passado (Portaria 436/1958).

Elidie Palma Bifano (2022) alerta que, no Brasil, os problemas tributários relativos os royalties são antigos e se arrastam há mais de sessenta anos “por conta de uma visão rançosa que deles as autoridades tributárias do país sempre tiveram, considerando-os como formas de distribuir lucros, sem a devida tributação” (BIFANO, 2022). Segundo a autora, as regras de preços de transferência parecem mais coerentes do que as limitações à dedutibilidade dos royalties em vigor, haja vista que “orientadas pelas práticas de mercado, e não pelo simples objetivo de onerar o contribuinte impedindo a dedução de uma despesa” (BIFANO, 2022).

Diante desse cenário, o Brasil lançou o projeto “Preços de Transferência no Brasil”, em parceria com a OCDE, para examinar as convergências e divergências em relação às abordagens de preços de transferência utilizadas nas transações internacionais entre empresas vinculadas, para fins tributários. Nas razões do projeto, além da necessidade de atualização do sistema brasileiro de preços de transferência, reconheceu-se que a legislação nacional possui uma série de lacunas e divergências significativas em relação ao sistema da OCDE. Tais diferenças podem gerar tanto a dupla tributação quanto a dupla não tributação, ambas injustas por representarem obstáculos ao comércio ou permitirem a erosão da base tributária. Uma das principais fragilidades apontadas reside na ausência de normas especiais para transações mais

complexas, como por exemplo, as que envolvem o uso ou a transferência de intangíveis (OCDE; RFB, 2019).

Nos resultados do trabalho, embora sejam realçadas as vantagens do uso de margens fixas, como simplicidade e praticidade, admite-se a falta de clareza nos dados e critérios utilizados no desenvolvimento dessas margens, assim como a falha evidente da metodologia em refletir a realidade de mercado, não levando a resultados alinhados com o princípio *arm's length*. Dado o interesse do Brasil em se tornar membro da OCDE, considerou-se útil avaliar o grau de alinhamento do atual regime para aprimorá-lo, bem como identificar as mudanças necessárias para evitar obstáculos ao acesso à organização (OCDE; RFB, 2019, p. 8).

Os esforços culminaram na edição da Medida Provisória nº 1.152/2022, convertida na Lei nº 14.596/2023, que alterou substancialmente toda a sistemática de preços de transferência e de deduções fiscais em relação aos royalties. A lei estabeleceu a vigência a partir de janeiro de 2024, mas com a opção de os contribuintes adotarem as novas regras já a partir de janeiro de 2023 (BRASIL, 2023b).

Quando da edição da medida provisória, notícia veiculada no site da Câmara dos Deputados justificou a introdução de um novo marco legal sobre preços de transferência como forma de ajustar a legislação nacional ao padrão estabelecido pela OCDE e à política tributária dos Estados Unidos recentemente alterada em razão de “desvios” identificados no sistema brasileiro (AGÊNCIA CÂMARA, 2022).

A Lei nº 14.596/2023 dispõe sobre as regras de preços de transferência aplicadas na determinação da base de cálculo do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) das pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil que realizem transações controladas com partes relacionadas no exterior. Conforme o artigo 2º dessa lei, para aplicação do princípio *arm's length*, “os termos e as condições de uma transação controlada serão estabelecidos de acordo com aqueles que seriam estabelecidos entre partes não relacionadas em transações comparáveis” (BRASIL, 2023b).

Nas transações controladas de transferência de intangíveis (inclusive os de propriedade intelectual) entre empresas relacionadas, as novas regras se conformam às definições da OCDE adotadas na Ação 8 do Projeto BEPS, incluindo até mesmo os intangíveis de difícil valoração. Na aplicação do princípio *arm's length*, o novo marco legal prevê as mesmas condições e requisitos para delineamento das circunstâncias economicamente relevantes e da natureza real de transações controladas, mediante as análises de comparabilidade e funcional.

O novo marco legal dedica disposições específicas aplicáveis às transações com intangíveis de PI, para fins do princípio da plena

concorrência. Nesse sentido, em consonância com a Ação 8 do BEPS, no delineamento das transações que envolvam intangíveis, suas disposições se voltam para (i) identificação dos intangíveis envolvidos; (ii) determinação da titularidade do intangível; e (iii) determinação das partes que desempenham funções relevantes e/ou responsáveis pela concessão de financiamento ou outras contribuições em relação ao intangível. O art. 21 da lei dispõe que a alocação dos resultados de transações controladas que envolvam intangível será baseada nas “contribuições fornecidas pelas partes e, em especial, nas funções relevantes desempenhadas em relação ao intangível e nos riscos economicamente significativos associados a essas funções” (BRASIL, 2023b), de modo a atrelar os rendimentos decorrentes da exploração dos intangíveis ao princípio da substância (criação de valor). Prevê, ainda, que a mera titularidade legal do intangível de PI não ensejará a atribuição de qualquer remuneração decorrente de sua exploração. De igual modo, as disposições relativas aos intangíveis de difícil valoração consideram as incertezas na precificação ou na avaliação do intangível no momento da realização da transação e possibilitam que a autoridade fiscal (i) se utilize de evidências, a partir de informações disponíveis em períodos posteriores ao da transação, sujeitas à prova em contrário; e (ii) proceda a ajustes na base de cálculo dos tributos.

A propósito dos dispositivos da Lei nº 4.506/1964 que vedavam a dedutibilidade do pagamento de royalties a empresas vinculadas no exterior, verifica-se que eles foram revogados, com cláusula de vigência a partir de janeiro de 2024. Também a partir de 2024, não mais subsistirá a limitação máxima de 5% da receita bruta do produto fabricado ou vendido prevista na Lei nº 3.470/1958, para fins de dedução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Da mesma forma, admite-se a opção irretratável do contribuinte já a partir de janeiro/2023.

Note-se que, durante o processo legislativo, foi editada a Instrução Normativa RFB nº 2.132/2023, disciplinando a opção irretratável do contribuinte pela aplicação das regras de preços de transferência e de dedução de royalties às transações controladas realizadas no ano-calendário de 2023, opção essa a ser formalizada no período de 1º a 30 de setembro de 2023. Como resultado, houve também a antecipação dos efeitos das revogações já a partir de janeiro de 2023. Dessa forma, além dos ajustes nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL por meio dos métodos de preços de transferência, a instrução normativa antecipou a possibilidade de dedução integral de dispêndios a título de royalties e assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante, exceto nas seguintes situações: (i) entidades residentes ou domiciliadas em país ou dependência com tributação favorecida ou que sejam beneficiárias de regime fiscal privilegiado; ou (ii) partes relacionadas, quando a dedução dos valores resultar em dupla não tributação (BRASIL, 2023a).

Na redação da Lei nº 14.596/2023, no entanto, retirou-se a vedação às deduções de royalties nos casos em que a parte relacionada seja residente ou domiciliada em país ou dependência com tributação favorecida ou que seja beneficiária de regime fiscal privilegiado, mantendo a vedação quando a dedução dos valores resultar em dupla não tributação, nas hipóteses em que menciona (BRASIL, 2023b).

Por fim, em consonância com as regras de cooperação e transparência da OCDE, destacam-se medidas destinadas a melhorar a segurança e a simplificação fiscal, incluindo os processos de consulta específica em matéria de preços de transferência – acordos prévios sobre preços de transferência (APAs) – e regramentos específicos para disciplinar a aplicação do princípio *arm's lengths*, com vistas a (i) simplificar a aplicação das etapas da análise de comparabilidade; (ii) fornecer orientação adicional em relação a transações específicas; (iii) prever o tratamento para situações em que as informações disponíveis a respeito da transação controlada, da parte relacionada ou de comparáveis sejam limitadas.

CONCLUSÃO

Como realçado ao longo deste artigo, as quinze ações do Projeto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) oferecem propostas de atuação e medidas a serem adotadas pelos Estados nacionais, individualmente ou de forma coordenada, com vistas ao fortalecimento dos sistemas fiscais. Dentre essas ações, destaca-se a Ação 8, que se concentra na revisão das regras de preços de transferência para alinhar seus resultados com a criação de valor em conformidade com o princípio *arm's length*. Embora as orientações da OCDE recentemente revisadas confirmem explicitamente que os arranjos contratuais continuam sendo o ponto de partida para a análise de preços de transferência, elas também enfatizam a importância da substância comercial das transações e da conduta real e contribuições das partes envolvidas no desenvolvimento e a criação do intangível de propriedade intelectual.

Também foi visto ao longo do ensaio que não há, a priori, um método de preços de transferência apropriado para definir se as transações controladas com intangíveis de PI realizadas entre empresas relacionadas estão em conformidade com o princípio *arm's length*. A natureza de cada transação controlada em específico é que norteará a aplicação do método adequado.

Embora se reconheçam as dificuldades de aplicação dos princípios gerais contidos nas diretrizes em relação às transações controladas de transferência de intangíveis de PI, agregados ou não a outras obrigações (v.g. prestação de serviços), em razão das características especiais que esses intangíveis podem ter – o que dificulta a busca por comparáveis confiáveis e a determinação do preço no momento da transação –, os avanços na

legislação brasileira em consonância com a Ação 8 do Projeto BEPS devem ser comemorados. Como destacado, a doutrina, de há muito, identifica as incompatibilidades entre as regras de preços de transferência brasileiras e as tratativas internacionais acerca da substância econômica, cerne de um dos pilares do Projeto BEPS, consistente na “substância das operações empresariais para buscar a neutralidade e evitar planejamentos baseados apenas em redução fiscal” (OCDE, 2022).

Ao introduzir disposições específicas aplicáveis às operações com intangíveis (incluindo os de difícil valoração), com termos e condições de análise de comparabilidade entre intangíveis, funções desempenhadas e riscos economicamente relevantes assumidos pelas partes contratantes, as recentíssimas regras brasileiras de preços de transferência introduzidas pela Lei nº 14.596/2023 representam um importante avanço na superação de lacunas, fragilidades e divergências significativas no tratamento da matéria em relação ao modelo preconizado pela OCDE, que afastam a legislação brasileira do princípio *arm's length*.

A Secretaria da Receita Federal submeteu minuta de ato normativo regulamentando o novo sistema de preços de transferência, por meio da Consulta Pública RFB nº 01, de 3 de julho de 2023, visando coletar subsídios a respeito da regulamentação. Na exposição de motivos, no entanto, destaca-se a pretensão de regulamentação posterior mais detalhada e específica para transações com intangíveis, especialmente os de difícil valoração.

Interessante observar que, ao descrever o objeto e âmbito de aplicação das regras de controle a serem aplicadas nas transações controladas com partes relacionadas no exterior, o normativo esclarece que as diretrizes da OCDE, consubstanciadas no relatório intitulado *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration 2022* e suas futuras alterações, são fontes subsidiárias para a interpretação das normas internas brasileiras.

Dessa forma, na interpretação das normas brasileiras recentemente editadas, especialmente numa operação de transferência ou licenciamento de uso envolvendo intangíveis de propriedade intelectual, cumpre anotar que a OCDE considera essencial identificar (i) restrições impostas em licenças e acordos semelhantes sobre o uso de um intangível no desenvolvimento de novos intangíveis ou de novos produtos; (ii) extensão e duração da proteção legal; (iii) escopo geográfico; (iv) vida útil do intangível; (v) fase de desenvolvimento; (vi) direitos a melhorias, revisões e atualizações; (vii) benefício futuro esperado; e (viii) comparação de riscos em obter benefícios futuros.

Por fim, acredita-se que o tema das deduções dos royalties merece reflexão mais aprofundada no contexto das transações de transferência de propriedade intelectual, cumulada ou não com serviços. Tal decorre

do fato de os benefícios fiscais destinados aos rendimentos da exploração da propriedade intelectual não mais poderem estar atrelados somente ao lucro, devendo levar em consideração as receitas e despesas vinculadas às atividades de P&D necessárias à criação do intangível, sob pena de serem tidos como regimes preferenciais de PI prejudiciais, conforme a Ação 5 do Projeto BEPS, cuja análise foge do escopo deste ensaio.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA EY. Mudanças em regras tributárias nos EUA afetam Brasil. 28 março 2022. Disponível em: https://www.ey.com/pt_br/agencia-ey/noticias/mudancas-em-regras-tributarias-nos-eua-afetam-brasil. Acesso em: 26 ago. 2022.

AMARAL, Antonio C. R. do. Prefácio. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes; MOREIRA, Francisco Lisboa (coord). Manual de Preço de Transferência BEPS, Brasil & OCDE. Volume I. São Paulo: Quartier Latin do Brasil. 2019.

BIFANO, Elidie Palma. Desafios do novo ano: é urgente rever o tratamento tributário dos royalties, 5 de janeiro de 2022. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-05/consultor-tributario-urgente-rever-tratamento-tributario-royalties>.

BRASIL. Portaria MF nº 436, de 30 de dezembro de 1958. Estabelece coeficientes percentuais máximos para a dedução de Royalties, pela exploração de marcas e patentes, de assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante, amortização, considerados os tipos de produção, segundo o grau de essencialidade. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/contratos-de-tecnologia-e-de-franquia/arquivos/legislacao-contratos/portaria436.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Arts. 18 a 24 e 28. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9430.htm#art61. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Medida Provisória nº 1.152, de 28 de dezembro de 2022. Altera a legislação do Imposto sobre a Renda das Pessoa Jurídicas – IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL para dispor sobre as regras de preços de transferência. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Mpv/mpv1152.htm#art47. Acesso em: 25 jun. 2023.

BRASIL. Instrução Normativa RFB nº 2132, de 17 de fevereiro de 2023a. Disciplina a opção do contribuinte pela aplicação das regras de preços de

transferência previstas na Medida Provisória nº 1.152, de 28 de dezembro de 2022. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?pidAto=129187>. Acesso em: 1º abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 14.596, de 14 de junho de 2023b. Dispõe sobre regras de preços de transferência relativas ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Lei/L14596.htm. Acesso em: 26 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603.136/RJ. Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJe de 16/06/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3756682>. Acesso em: 17 jan. 2023.

CANEN, Doris; OLIVEIRA, Márcio. Intangíveis na esfera do transfer pricing do BEPS e Direito brasileira: uma nova era. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, LUÍS Eduardo (Coord). A tributação internacional na Era pós BEPS. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2019.

CHURTON, Sarah; DENNIS, Ian; LAMBERT, Ellis. The impact of BEPS on intangible assets. *International Tax Review (ITR)*. March 08, 2016. Disponível em: <https://www.internationaltaxreview.com/article/2a691mbzhajoft87ssb9c/the-impact-of-beps-on-intangible-assets>. Acesso em: 02 out. 2022.

CUNHA, Cyro; OTTONI, Paula. Preços de transferência e a avaliação dos intangíveis – os casos DHL e 3M nos Estados Unidos e a legislação brasileira. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes; MOREIRA, Francisco Lisboa (Coord). Manual de Preço de Transferência BEPS, Brasil & OCDE. Volume I. São Paulo: Quartier Latin do Brasil. 2019.

CUNHA, Maria F.F. Fernandes; FERRAZ, Luiz Felipe Centeno. Planejamento Tributário com preços de transferência: Análise conjunta dos casos Marcopolo 1 e 2. Volume II. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; MOREIRA, Francisco Lisboa. (Coord). Ed. Quartier Latin do Brasil. São Paulo, 2018, p. 80.

DEL BEL, Thiago. MIRAS; MACHADO, Clarissa Giannetti. Preços de Transferência e BEPS: Ações 8-10-13 e 14 e os potenciais impactos no Brasil. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes; MOREIRA, Francisco Lisboa (Coord). Manual de Preço de Transferência BEPS, Brasil & OCDE. Volume I. São Paulo: Quartier Latin do Brasil. 2019.

GODINHO, Rodrigo de Oliveira. A OCDE em rota de adaptação ao cenário internacional: perspectivas para o relacionamento do Brasil com a Organização. Brasília: FUNAG, 2018.

GREGORIO, Ricardo Marozzi. Arm's length e praticabilidade nos preços de transferência. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da USP. São Paulo. 2010. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-26092011-133745/publico/Tese_RICARDO_MAROZZI_GREGORIO_Versao_Completa.pdf. Acesso em: 25 jun. 2023.

MACHADO, Rodrigo B; BRANDÃO, Nathalia. O futuro dos regimes fiscais privilegiados e regimes de tributação favorecida na aplicação das regras de preços de transferência. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes; MOREIRA, Francisco Lisboa (Coord). Manual de Preço de Transferência BEPS, Brasil & OCDE. Volume I. São Paulo: Quartier Latin do Brasil. 2019.

OCDE. Action 8-10 Transfer Pricing. Key áreas of guidance. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/actions8-10/>. Acesso em: 15 jan. 2013.

OCDE; RFB. Preços de transferência no Brasil: convergência para o Padrão OCDE. 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/precos-de-transferencia-no-brasil-convergencia-para-o-padrao-ocde-folheto.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2023.

OCDE. Harmful Tax Competition: an emerging global issue. OECD Publishing, Paris, 1998. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264162945-en>. Acesso em: 21 set. 2022.

OCDE. Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros. OECD Publishing, 2014. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264207790-pt>. Acesso em: 17 set. 2022.

OCDE. Explanatory Statement, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OECD, 2015. Disponível em: www.oecd.org/tax/beps-explanatory-statement-2015.pdf. Acesso em: 17 set. 2022.

OCDE. OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022. OECD Publishing, Paris, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/0e655865>. Acesso em: 17 set. 2022.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Dialética. 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. O princípio arm's length, os preços de transferência e a teoria da interpretação do direito tributário. *Dialética* n° 48. São Paulo. 1999. p. 128-131.

TRIPODI, Leandro. Preços de transferência em operações de alto risco. A Ação 10 do Projeto BEPS. *RIL*. Brasília a. 56 n° 224, out/dez. 2019, p. 59-78. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p59.pdf. Acesso em: 15 jan. 2023.

Recebido em: 28/06/2022

Aprovado em: 16/12/2022

A NÃO INCIDÊNCIA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DE INICIATIVA DA FAZENDA PÚBLICA ENSEJADOR DE REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR (RPV)

*THE NON-INCIDENCE OF ATTORNEY'S FEES
WITHIN ENFORCEMENT PROCEDURES STARTED
BY PUBLIC ENTITIES FOR THE ISSUANCE OF
SMALL AMOUNT REQUISITIONS*

Luiz Henrique Diniz Araujo¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. Espécies de honorários advocatícios. Os honorários advocatícios em sede de cumprimento de sentença. 2. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. O não cabimento de honorários em cumprimento de

¹ Graduação em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, com Doutorado Sanduíche pela Universidade da Califórnia, Berkeley (bolsista CAPES), e pós-doutorados na Universidade Paris I Panthéon-Sorbonne e na University of British Columbia (Canadá). Atualmente, é procurador federal - Procuradoria-Geral Federal, professor da DeVry/Faculdade Boa Viagem.

sentença ensejador de RPV de iniciativa da Fazenda Pública. Conclusão. Referências

RESUMO: O presente trabalho, abordando o tema da incidência de honorários advocatícios em sede de cumprimento de sentença em face da Fazenda Pública, traz julgados sobre o tema no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. A interpretação desses julgados demonstra que caso o Ente Público tenha a iniciativa para pagamento, quando cabível requisição de pequeno valor (RPV), fica isento da verba honorária. Fica também patente o entendimento de que a renúncia pelo credor ao pagamento por precatório exonera a Fazenda Pública da verba honorária se manifestada posteriormente ao início da fase de cumprimento. Caso manifestada antes do início da fase de cumprimento, a renúncia ao valor excedente, de forma a atrair o cabimento da expedição de RPV, implica a incidência de honorários em fase de cumprimento.

PALAVRAS-CHAVE: Cumprimento de sentença. Pagamento de Quantia. Fazenda Pública. Execução Invertida. Requisição de Pequeno Valor. Precatório.

ABSTRACT: This paper approaching the incidence of attorney's fees within enforcement procedures started by public entities for the issuance of small amount requisitions (RPV's) approaches decisions of the Brazilian Supreme Court (Supremo Tribunal Federal) and Superior Court of Justice (Superior Tribunal de Justiça). The interpretation of these decisions demonstrates that when the public entity ignites the procedure attorney's fees are not due. It can be also read in those decisions that the waiver of amounts that exceed the limits of the small amount requisitions only cause the incidence of attorney's fees if expressed before the beginning of the enforcement phase.

KEYWORDS: Judicial enforcement. Payment of Amount. Public Entity. Reverse Enforcement. Small Amount Requisition. High Amount Requisition.

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário e o exercício da jurisdição constitucional, incluindo as demandas envolvendo o controle da Administração Pública em juízo, assim também denominada de Fazenda Pública (PEREIRA JÚNIOR, 2016), vêm assumindo, especialmente nas últimas duas décadas, uma crescente importância na organização dos poderes no Brasil. Algumas causas podem ser apontadas como concorrentes para esse fenômeno. Entre elas, três se mostram especialmente importantes (ARAUJO, 2017):

(i) a passagem do Estado de Direito ao Estado Constitucional, transição histórica que fez surgir a ideia de constituição como norma jurídica e que conduziu ao reforço do papel do Poder Judiciário, que passou, em diversos ordenamentos, a ser o guardião dos direitos fundamentais (ZAGREBELSKY; MARCENÓ, 2012).

(ii) a superação do Positivismo Exegético e o advento do Pós-Positivismo, que representaram a passagem da concepção do juiz como mero aplicador do Direito posto à concepção do juiz como intérprete e criador do Direito (STRECK, 2012);

(iii) a propagação do conjunto de ideias (às vezes fugidias) que subjazem ao rótulo de Neoconstitucionalismo, envolvendo a revalorização da força normativa da constituição e o papel do Judiciário como instituição incumbida de interpretar e efetivar o seu conteúdo (PINTORE; DUARTE; STRECK; BARBERIS; ALDAY, 2011).

Inevitavelmente, esse complexo fenômeno, que já analisamos mais detidamente em outros trabalhos, vem gerando uma sobrecarga de expectativas sobre o Poder Judiciário em geral e, em especial, quanto a demandas envolvendo a Fazenda Pública como parte. Assim, a judicialização envolvendo a Administração Pública atinge, no país, números alarmantes. Apenas na Justiça Federal, registraram-se *5.201.412 casos novos em 2019, grande parte dos quais processos não criminais envolvendo entes da Administração Pública Federal* (BRASIL, 2021).

Quanto a pagamentos judiciais (tema que interessa mais diretamente a este trabalho), segundo o Mapa Geral de Precatórios, o montante pago de precatórios em 2019 (inscritos até 1/7/2018) foi de R\$ 43.363.175.860,69, dos quais R\$ 25.026.439.355,44 foram pagos pela União Federal e os demais, pelos Estados e Distrito Federal (BRASIL, 2021).

Em relação a requisições de pequeno valor (RPV's), o Conselho da Justiça Federal (CJF) liberou aos Tribunais Regionais Federais (TRFs) os limites financeiros no valor de R\$ 1.793.619.552,73 relativos ao pagamento de RPV's autuadas em junho de 2020, para um total de 167.472 processos, com 198.779 beneficiários (BRASIL, 2021). Por sua vez, no mês de maio, o Conselho da Justiça Federal (CJF) liberou aos Tribunais Regionais Federais

(TRFs) os limites financeiros no valor de R\$ 1.132.380.295,54 relativos ao pagamento das requisições de pequeno valor (RPV's), autuadas em maio de 2020, para um total de 110.776 processos, com 131.391 beneficiários (BRASIL, 2021).

Verifica-se, assim, o gigantismo dos pagamentos judicialmente realizados pela Fazenda Pública no país, que torna qualquer discussão sobre o tema com potencial de assumir também dimensão superlativa. Sem dúvida, isso também ocorre com o tema ora proposto acerca da incidência de honorários advocatícios incidentes sobre pagamentos judiciais efetuados pela Fazenda Pública, seja em sede de precatórios, seja em sede de requisições de pequeno valor (RPV's).

Sobre o tema, o texto do artigo 85, § 7.º, do Código de Processo Civil, dispendo que não haverá incidência de “honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada”, leva à interpretação de que: (i) pagamento por requisição de pequeno valor: cabem sempre honorários, independentemente de oferecimento de impugnação; (ii) pagamento por precatório: apenas cabem honorários se a Fazenda Pública oferecer impugnação.

Todavia, entendimentos sedimentados no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça adicionam complexidade ao tema, modificando de forma importante, inclusive, o que pretende a mera redação do § 7.º em tela. Esse é o ponto específico a ser debatido no presente trabalho, em especial em seu tópico 2.

O **problema** a ser analisado, portanto, é se assim como os cumprimentos não impugnados ensejadores de precatórios, também os que ensejam pagamento por RPV não deveriam gerar incidência de honorários advocatícios. Ou se, na verdade, existem razões jurídicas para se chegar a conclusão diversa.

Dessa forma, o **objetivo** do trabalho é verificar se há razão jurídica relevante para sustentar corrente jurisprudencial que entende que os cumprimentos não impugnados geradores de **RPV** são causa de imposição da verba honorária.

A **hipótese** de trabalho é de que existem razões jurídicas suficientes para sustentar que as impugnações de sentença não impugnadas, caso estejam sob o teto das requisições de pequeno valor, geram incidência da verba honorária. Essas razões assentam na possibilidade de a Fazenda Pública, em tais casos, poder tomar a iniciativa do cumprimento (“execução invertida”), para que não incidam os honorários, o que não ocorre nos casos de pagamentos por precatórios, em que tal iniciativa não é autorizada.

A **metodologia** adotada foi a revisão bibliográfica sobre os temas tratados, bem como estudo de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça paradigmáticos acerca do assunto.

1. ESPÉCIES DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM SEDE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

Nos termos do artigo 22 da Lei n.º 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), os honorários advocatícios podem ser contratuais, sucumbenciais ou fixados por arbitramento judicial. A rigor, infere-se que existem dois gêneros de honorários advocatícios: os contratuais, decorrentes de negócio jurídico realizado entre o advogado e seu cliente; e aqueles fixados por decisão judicial, dos quais os honorários de sucumbência e os honorários fixados por arbitramento judicial são espécies.

Os honorários contratuais são fixados por ajuste entre a parte e o seu advogado, ou seja, decorrem, a princípio, de livre fixação no âmbito da relação patrono-cliente. Dessa forma, a parte que se obriga como devedora é o cliente e a parte credora, o seu patrono na causa.

Os honorários de sucumbência, por sua vez, são aqueles que decorrem da atividade desenvolvida pelo advogado no processo (MONNERAT, 2015). São fixados pelo juiz, na sentença, que, nos termos do artigo 85 do Código de Processo Civil, condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

Dessa forma, o devedor dos honorários de sucumbência é a parte vencida (sucumbente) e o credor, o advogado da parte vencedora. Assim, os honorários de sucumbência são regidos pelo princípio de mesmo nome, justamente porque a imposição da obrigação de pagamento dessa verba é realizada em desfavor do vencido justamente pelo fato de ter sido perdedor (sucumbente) no processo (BUENO, 2018).

Já os honorários advocatícios por arbitramento judicial são fixados pelo magistrado para remunerar o trabalho do profissional advogado quando a lei autorizar. Para o objeto deste artigo, releva pôr em destaque os honorários advocatícios fixados pelo juiz em sede de cumprimento forçado, em especial no cumprimento de decisão judicial em desfavor da Fazenda Pública.

Quando se trata de cumprimento de sentença para pagamento de quantia em desfavor das pessoas físicas ou jurídicas em geral, o artigo 523, *caput*, do Código de Processo Civil, dispõe que o devedor será intimado para pagar no prazo de quinze dias. O § 1.º do mesmo dispositivo, por sua vez, prevê que, esgotado o prazo para pagamento voluntário, o valor deve ser acrescido de multa de dez por cento, bem como de honorários de advogado no mesmo percentual. Esses honorários seguem o princípio da causalidade, ou seja, são fixados pelo juiz, com base no autorizativo legal, em desfavor de quem causou a demanda de cumprimento, ou seja, o devedor-executado.

Por sua vez, quando se trata de cumprimento de sentença que fixa quantia em desfavor da Fazenda Pública, há um regime especial, não se

aplicando *tout court* os mencionados dispositivos, mas, sim, os artigos 534 e 535. Assim, de acordo com o artigo 534, § 2.º, a multa de 10% aplicável aos devedores em geral não se aplica à Fazenda Pública. A razão decorre da natureza mesma da multa, que é de gerar um “incentivo” para que o devedor efetue o adimplemento voluntário da obrigação no prazo de quinze dias, finalidade que não pode ser buscada quando o devedor é Fazenda Pública, já que submetida aos necessários ritos constitucional e legalmente estabelecidos para pagamento de dívidas judiciais (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016).

Além disso, o artigo 535, *caput*, fixa que a Fazenda Pública condenada será intimada para, querendo, oferecer impugnação no prazo de trinta dias, e não para pagar, como acontece com as demais pessoas. A razão é a mesma, ou seja, a de que a Fazenda Pública, para pagar dívidas judiciais, deve necessariamente seguir os ritos constitucional e legal para pagamento por precatório ou por requisição de pequeno valor (RPV).

No que concerne ao pagamento de honorários em sede executiva, de todo cabível nos cumprimentos em geral, por força do artigo 523, § 1.º, nos casos em que o devedor tiver o caráter de Fazenda Pública, por outro lado, sofrerá regramento especial, inscrito no artigo 85, § 7.º, do Código de Processo Civil, que dispõe que não haverá incidência de “honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada”.

Dessa forma, verifica-se que, a partir da pura e simples dicção do referido § 7.º, a imposição de honorários em desfavor da Fazenda Pública ocorrerá nas seguintes hipóteses: (i) pagamento por requisição de pequeno valor: cabem honorários, independentemente de oferecimento de impugnação; (ii) pagamento por precatório: apenas cabem honorários se a Fazenda Pública oferecer impugnação.

Ocorre que, na casuística, o tema apresenta maior complexidade, com elementos importantes que serão analisados no próximo tópico.

2. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. O NÃO CABIMENTO DE HONORÁRIOS EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA ENSEJADOR DE REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR (RPV) DE INICIATIVA DA FAZENDA PÚBLICA.

Conforme antecipado no tópico precedente, o puro e simples texto do artigo 85, § 7.º, do Código de Processo Civil, no sentido de que não haverá incidência de “honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha

sido impugnada”, leva à interpretação de que: (i) pagamento por requisição de pequeno valor: cabem honorários, independentemente de oferecimento de impugnação; (ii) pagamento por precatório: apenas cabem honorários se a Fazenda Pública oferecer impugnação. Todavia, entendimentos sedimentados no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça adicionam complexidade ao tema, modificando de forma importante, inclusive, o que sugere a mera redação do § 7.º em tela.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça, tomando como parâmetro legislativo o artigo 85, § 7.º, do Código de Processo Civil, decidiu em sede de recursos repetitivos que honorários advocatícios não são devidos em cumprimentos de sentença contra a Fazenda Pública não impugnados ensejadores de precatórios, desde que não se trate de execução individual em sede de tutela coletiva (BRASIL, 2018):

PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DECORRENTE DE AÇÃO COLETIVA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. IMPUGNAÇÃO. AUSÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL. MUDANÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 345 DO STJ. INCIDÊNCIA. 1. O Supremo Tribunal Federal entendeu que a controvérsia relativa à condenação em honorários advocatícios na execução não embargada é de natureza infraconstitucional. 2. Sob a égide do CPC/1973, esta Corte de Justiça pacificou a orientação de que são devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas (Súmula 345), afastando, portanto, a aplicação do art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997. 3. A exegese do art. 85, § 7º, do CPC/2015, se feita sem se ponderar o contexto que ensejou a instauração do procedimento de cumprimento de sentença, gerará as mesmas distorções então ocasionadas pela interpretação literal do art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997 e que somente vieram a ser corrigidas com a edição da Súmula 345 do STJ. 4. *A interpretação que deve ser dada ao referido dispositivo é a de que, nos casos de cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública em que a relação jurídica existente entre as partes esteja concluída desde a ação ordinária, não caberá a condenação em honorários advocatícios se não houver a apresentação de impugnação, uma vez que o cumprimento de sentença é decorrência lógica do mesmo processo cognitivo.* 5. O procedimento de cumprimento individual de sentença coletiva, ainda que ajuizado em litisconsórcio, quando almeja a satisfação de direito reconhecido em sentença condenatória genérica proferida em ação coletiva, não pode receber o mesmo tratamento pertinente a um procedimento de cumprimento comum, uma vez que traz consigo a discussão de nova relação jurídica, e a existência e a liquidez do direito

dela decorrente serão objeto de juízo de valor a ser proferido como pressuposto para a satisfação do direito vindicado. 6. Hipótese em que o procedimento de cumprimento de sentença pressupõe cognição exauriente - a despeito do nome a ele dado, que induz à indevida compreensão de se estar diante de mera fase de execução -, sendo indispensável a contratação de advogado, uma vez que é necessária a identificação da titularidade do exequente em relação ao direito pleiteado, promovendo-se a liquidação do valor a ser pago e a individualização do crédito, o que torna indubitoso o conteúdo cognitivo dessa execução específica. 7. Não houve mudança no ordenamento jurídico, uma vez que o art. 85, § 7º, do CPC/2015 reproduz basicamente o teor normativo contido no art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997, em relação ao qual o entendimento desta Corte, já consagrado, é no sentido de afastar a aplicação do aludido comando nas execuções individuais, ainda que promovidas em litisconsórcio, do julgado proferido em sede de ação coletiva lato sensu, ação civil pública ou ação de classe. 8. Para o fim preconizado no art. 1.039 do CPC/2015, firma-se a seguinte tese: “O art. 85, § 7º, do CPC/2015 não afasta a aplicação do entendimento consolidado na Súmula 345 do STJ, de modo que são devidos honorários advocatícios nos procedimentos individuais de cumprimento de sentença decorrente de ação coletiva, ainda que não impugnados e promovidos em litisconsórcio.” 9. Recurso especial desprovido, com majoração da verba honorária. (REsp 1648238. Relator Min. Gurgel de Faria. Corte Especial. J. 20/06/2018. DJe 27/06/2018).

Tese firmada em Recurso Repetitivo.

“O art. 85, § 7º, do CPC/2015 não afasta a aplicação do entendimento consolidado na Súmula 345 do STJ, de modo que são devidos honorários advocatícios nos procedimentos individuais de cumprimento de sentença decorrente de ação coletiva, ainda que não impugnados e promovidos em litisconsórcio”. (g.n.)

Fica claro, portanto, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, adotado pela Corte Especial em sede de recurso especial repetitivo, de que os cumprimentos de sentença não impugnados pela Fazenda Pública, desde que em sede de fase de conhecimento individual e ensejadores de precatório, não geram incidência de honorários advocatícios.

O motivo para o não cabimento dos honorários em tais casos é o de que a Fazenda Pública não pode, quando cabível a expedição de precatório, cumprir a obrigação de forma espontânea, sendo, portanto, necessária a fase de cumprimento. Por conseguinte, seria injusto onerá-la adicionalmente com a imposição de pagamento da verba honorária, já que, na situação, o cumprimento é decorrência lógica da fase de conhecimento.

No que diz respeito aos cumprimentos de sentença não impugnados ensejadores de RPV's, por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça construiu antiga jurisprudência no sentido de que há a incidência de honorários advocatícios. Essa corrente jurisprudencial se formou sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 e do artigo 1.º-D, da Lei 9.494/1997, com interpretação conforme conferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede do Recurso Extraordinário n.º 420.816/PR (BRASIL, 2007), que entendeu que o dispositivo apenas se aplica aos cumprimentos de sentença ensejadores de precatório.

Eis a redação do dispositivo da Lei 9.494/1997:

Art. 1o-D. Não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

Como afirmado, o Supremo Tribunal Federal restringiu o alcance do dispositivo apenas aos cumprimentos de sentença ensejadores de precatório, nos seguintes termos:

....

III. Medida provisória: requisitos de relevância e urgência: questão relativa à execução mediante precatório, disciplinada pelo artigo 100 e parágrafos da Constituição: caracterização de situação relevante de urgência legislativa. IV. *Fazenda Pública: execução não embargada: honorários de advogado: constitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal, com interpretação conforme ao art. 1º-D da L. 9.494/97, na redação que lhe foi dada pela MPr 2.180-35/2001, de modo a reduzir-lhe a aplicação à hipótese de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública (C. Pr. Civil, art. 730), excluídos os casos de pagamento de obrigações definidos em lei como de pequeno valor (CF/88, art. 100, § 3º).*

Decisão

O Tribunal conheceu do recurso e declarou, incidentalmente, a constitucionalidade da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, com interpretação conforme de modo a reduzir-lhe a aplicação à hipótese de execução, por quantia certa, contra a Fazenda Pública (Código de Processo Civil, art. 730), excluídos os casos de pagamentos de obrigações definidos em lei como de pequeno valor, objeto do § 3º do artigo 100 da Constituição. Em consequência, negou-se provimento ao recurso. Vencidos, na questão prejudicial de constitucionalidade, os Senhores Ministros Carlos Velloso, Relator, Carlos Britto e Marco Aurélio, que declaravam a inconstitucionalidade formal e integral do

artigo 1º-D da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, introduzido pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001. Votou o Presidente. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Falou pelo recorrente a Dra. Luciana Hoff, Procuradora do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS. Ausentes, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie e, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim, Presidente. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Plenário, 29.09.2004. (RE 420816/PR. Rel. Min. Carlos Veloso. Redator do acórdão Min. Sepúlveda Pertence. J. 29/09/2004. DJ 10/12/2006. Tribunal Pleno. Órgão julgador: Tribunal Pleno. (g.n.)

O entendimento do Supremo Tribunal Federal deixou claro que os cumprimentos de sentença não impugnados ensejadores de precatório não gerariam incidência de verba honorária, ao passo que se ensejassem expedição de requisição de pequeno valor, a verba honorária seria devida. O fundamento dessa interpretação é o de que, diversamente do que ocorre no regime de precatório, em que a fase de cumprimento é necessária por imposição Constitucional (artigo 100), no regime de RPV's a Fazenda Pública tem a faculdade de cumprir a obrigação de forma espontânea, situação em que não haveria incidência da verba honorária.

Com efeito, o cumprimento espontâneo de obrigações sob o regime das RPV's é possível e é adotado em alguns órgãos de Advocacia Pública. É a denominada “execução invertida”, em que o próprio Ente Público dá início ao cumprimento. O Superior Tribunal de Justiça entende que a “execução invertida” é legítima e exonera o Ente Público do pagamento dos honorários em fase de cumprimento:

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. EXECUÇÃO INVERTIDA. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Não se conhece do Recurso Especial em relação à ofensa ao art. 535 do CPC quando a parte não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF. 2. Hipótese de “execução invertida” em que a Fazenda Pública condenada em obrigação de pagar quantia certa, mediante RPV, antecipa-se ao credor cumprindo espontaneamente a obrigação e apresentando os cálculos da quantia devida, sem oposição da parte contrária. 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que não cabe a fixação de verba honorária quando o executado apresenta os cálculos do benefício para, no caso de concordância do credor, expedir-se a correspondente requisição de pequeno valor. 4. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp 1593408. Rel. Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. J. 2.6.2016. Dje 2.9.2016) (BRASIL, 2016) (g.n.)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO “INVERTIDA”. OBRIGAÇÃO DE PEQUENO VALOR. CUMPRIMENTO ESPONTÂNEO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO. 1. Na hipótese de cumprimento espontâneo da obrigação de pequeno valor pelo ente público, descabe a condenação ao pagamento de honorários advocatícios. Precedentes. 2. No caso, conforme o registro do acórdão recorrido, “a parte executada apresentou os cálculos, contribuindo de forma efetiva para a execução do julgado, sendo impossível, apenas, o pagamento sem requisição, por imposição legal”. 3. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1661387. Min. Og Fernandes. Segunda Turma. J. 6.3.2018. Dje 13.3.2018) (BRASIL, 2018). (g.n.)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE PEQUENO VALOR. EXECUÇÃO INVERTIDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO. PAGAMENTO VOLUNTÁRIO. INÍCIO DO PRAZO. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO REPRESENTANTE DO DEVEDOR. 1. Na hipótese de cumprimento espontâneo da obrigação de pequeno valor pelo ente público, descabe a condenação ao pagamento de honorários advocatícios. Precedentes. 2. Conforme a orientação firmada por esta Corte Superior, o cumprimento de sentença não ocorre de forma automática, sendo necessária a intimação do devedor, na pessoa do seu representante, para o pagamento da dívida. 3. “No caso em exame, após o trânsito em julgado e o retorno dos autos à instância de origem, foi determinada a intimação do INSS para implantação no prazo de 45 dias. Intimado o INSS em 10/02/2012, uma sexta-feira (fl. 384), protocolou em 27/03/2012 (fl. 385) petição informando que o benefício já havia sido implantado e que em anexo juntava os cálculos das parcelas em atraso, portanto dentro do prazo estabelecido pelo Juízo.” 4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1473684. Min. Og Fernandes. Segunda Turma. J. 16.2.2017. Dje 23.2.2017) (BRASIL, 2017). (g.n.)

Dessa forma, o Superior Tribunal de Justiça entende que não cabe a incidência de honorários advocatícios em sede de cumprimento de sentença quando o Ente Público espontaneamente apresenta os cálculos, dando início, assim, ao procedimento de expedição de requisição de pequeno valor por sua própria iniciativa, dispensando qualquer movimentação por parte do credor.

Por outro lado, o que aconteceria se o credor renunciasse ao valor excedente ao teto para pagamento por RPV com a finalidade de, assim, evitar o regime de precatório e, por conseguinte, atrair a incidência da verba honorária? O Superior Tribunal de Justiça resolveu esse ponto, entendendo,

em sede de recurso especial repetitivo, que a renúncia ao valor que excede o teto para pagamento de RPV's, caso manifestada posteriormente ao início da fase executiva/de cumprimento, não tem o condão de impor o pagamento de honorários pela Fazenda Pública. Por outro lado, se a renúncia ao valor excedente for manifestada antes do início da fase de cumprimento, os honorários são cabíveis:

RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO NÃO EMBARGADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PROCESSAMENTO INICIAL SOB O RITO DO PRECATÓRIO. RENÚNCIA SUPERVENIENTE DO EXCEDENTE AO LIMITE. RPV. HONORÁRIOS. NÃO CABIMENTO. 1. A controvérsia consiste em verificar o cabimento da fixação de honorários advocatícios em Execução promovida sob o rito do art. 730 do CPC, não embargada contra a Fazenda Pública, na hipótese em que a parte renuncia posteriormente ao excedente previsto no art. 87 do ADCT, para fins de expedição de Requisição de Pequeno Valor (RPV). 2. Nos moldes da interpretação conforme a Constituição estabelecida pelo STF no RE 420.816/PR (Relator Min. Carlos Velloso, Relator p/ Acórdão: Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 10.12.2006), a Execução contra a Fazenda Pública, processada inicialmente sob o rito do precatório (art. 730 do CPC), sofre a incidência do art. 1º-D da Lei 9.494/1997 (“Não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas”). No mesmo sentido as seguintes decisões da Corte Suprema: RE 679.164 AgR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe-042 de 4.3.2013; RE 649.274, AgR-segundo, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe-022 de 31.1.2013; RE 599.260 ED, Relator Ministro Celso de Mello (decisão monocrática), DJe-105 de 4.6.2013; RE 724.774, Relator: Min. Ricardo Lewandowski (decisão monocrática), DJe-123 de 26.6.2013; RE 668.983, Relatora Ministra Cármen Lúcia (decisão monocrática), DJe-102 de 29.5.2013; RE 729.674, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe-193 de 1º.10.2013. 3. O STJ realinhou sua jurisprudência à posição do STF no julgamento do REsp 1.298.986/RS (Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 5.12.2013). 4. *A renúncia ao valor excedente ao previsto no art. 87 do ADCT, manifestada após a propositura da demanda executiva, não autoriza o arbitramento dos honorários, porquanto, à luz do princípio da causalidade, a Fazenda Pública não provocou a instauração da Execução, uma vez que se revelava inicialmente impositiva a observância do art. 730 CPC, segundo a sistemática do pagamento de precatórios. Como não foram opostos Embargos à Execução, tem, portanto,*

plena aplicação o art. 1º-D da Lei 9.494/1997. No mesmo sentido: REsp 1.386.888/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 18.9.2013; REsp 1.406.732/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 7.2.2014; AgRg no REsp 1.411.180/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 11.12.2013. 5. Recurso Especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

Tese Jurídica:

“A renúncia ao valor excedente ao previsto no art. 87 do ADCT, manifestada após a propositura da demanda executiva, não autoriza o arbitramento dos honorários, portanto, à luz do princípio da causalidade, a Fazenda Pública não provocou a instauração da Execução, uma vez que se revelava inicialmente impositiva a observância do art. 730 CPC, segundo a sistemática do pagamento de precatórios. Como não foram opostos Embargos à Execução, tem, portanto, plena aplicação o art. 1º-D da Lei 9.494/1997”. (REsp 1406296. Primeira Seção. Rel. Min. Herman Benjamin. J. 26.2.2014. DJe 19.3.2014) (BRASIL, 2014) (g.n.)

Assim, estaria inviabilizada eventual conduta da parte exequente no sentido de renunciar a parte do valor para evitar o regime do precatório e, assim, atrair o regime da RPV, com a finalidade exclusiva de provocar a incidência de honorários advocatícios.

CONCLUSÃO

O texto demonstrou como o Poder Judiciário e o exercício da jurisdição constitucional, incluindo as demandas envolvendo o controle da Administração Pública em juízo, vêm assumindo, especialmente nas últimas duas décadas, uma crescente importância na organização dos poderes no Brasil.

Algumas causas podem ser apontadas como concorrentes para esse fenômeno. Entre elas, três se mostram especialmente importantes: (i) a passagem do Estado de Direito ao Estado Constitucional; (ii) a superação do Positivismo Exegético e o advento do Pós-Positivismo; (iii) a propagação do conjunto de ideias (às vezes fugidias) que subjazem ao rótulo de Neoconstitucionalismo.

Inevitavelmente, esse complexo fenômeno, que já analisamos mais detidamente em outros trabalhos, vem gerando uma sobrecarga de expectativas sobre o Poder Judiciário em geral e, em especial, quanto a demandas envolvendo a Fazenda Pública como parte. Assim, a judicialização envolvendo a Administração Pública atinge, no país, números alarmantes.

Apenas na Justiça Federal, registraram-se 5.201.412 casos novos em 2019, grande parte dos quais processos não criminais envolvendo entes da Administração Pública Federal.²

Quanto a pagamentos judiciais (tema que interessa mais diretamente a este trabalho), segundo o Mapa Geral de Precatórios, o montante pago de precatórios em 2019 (inscritos até 1/7/2018) foi de R\$ 43.363.175.860,69, dos quais R\$ 25.026.439.355,44 foram pagos pela União Federal e os demais, pelos Estados e Distrito Federal.³

Em relação a requisições de pequeno valor (RPV's), O Conselho da Justiça Federal (CJF) liberou aos Tribunais Regionais Federais (TRFs) os limites financeiros no valor de R\$ 1.793.619.552,73 relativos ao pagamento de RPV's autuadas em junho de 2020, para um total de 167.472 processos, com 198.779 beneficiários⁴. Por sua vez, no mês de maio, o Conselho da Justiça Federal (CJF) liberou aos Tribunais Regionais Federais (TRFs) os limites financeiros no valor de R\$ 1.132.380.295,54 relativos ao pagamento das requisições de pequeno valor (RPV's), autuadas em maio de 2020, para um total de 110.776 processos, com 131.391 beneficiários.⁵

Verifica-se, assim, o gigantismo dos pagamentos judicialmente realizados pela Fazenda Pública no país, que torna qualquer discussão sobre o tema com potencial de assumir também dimensão superlativa. Sem dúvida, isso também ocorre com o tema analisado neste trabalho, acerca da incidência de honorários advocatícios incidentes sobre pagamentos judiciais efetuados pela Fazenda Pública, seja em sede de precatórios, seja em sede de requisições de pequeno valor (RPV's).

Sobre o tema, o texto do artigo 85, § 7.º, do Código de Processo Civil, no sentido de que não haverá incidência de “honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada”, leva à interpretação de que: (i) pagamento por requisição de pequeno valor: cabem sempre honorários, independentemente de oferecimento de impugnação; (ii) pagamento por precatório: apenas cabem honorários se a Fazenda Pública oferecer impugnação.

Todavia, entendimentos sedimentados no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça adicionam complexidade ao tema, modificando

2 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2020. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justiça-em-Números-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em 12 de janeiro de 2021.

3 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=24bb0aac-4341-48e7-b3b5-3606607894c4&sheet=60a7540d-d58d-43af-a15e-fa179c7a5233&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso 22 de junho de 2021.

4 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. <https://www.cnj.jus.br/conselho-da-justica-federal-libera-r-17-bilhao-em-requisicoes-de-pequeno-valor/>. Acesso 22 de junho de 2021.

5 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. <https://www.cnj.jus.br/conselho-da-justica-federal-libera-r-11-bi-em-requisicoes-de-pequeno-valor/>. Acesso 22 de junho de 2021.

de forma importante, inclusive, o que pretende a mera redação do § 7.º em tela, conforme demonstrado no texto, em especial em seu tópico 2.

Verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, realizando cotejo do artigo 1.º-D, da Lei n.º 9.494/1997, com a Constituição Federal, entendeu que os cumprimentos de sentença não impugnados sob o regime de RPV's ensejam o pagamento de honorários advocatícios pela Fazenda Pública, porque nos casos que podem ser pagos por RPV, a Fazenda Pública tem a faculdade de realizar o adimplemento por iniciativa própria, diferentemente do que ocorre no regime de precatórios, em razão do que dispõe o artigo 100 da Constituição Federal. Por outro lado, o Ente Público, caso tenha a iniciativa para pagamento, quando cabível RPV, fica isento do pagamento da verba honorária.

Partindo dessa premissa, o Superior Tribunal de Justiça admite a “execução invertida”, confirmando que essa modalidade de pagamento espontâneo pela Fazenda Pública a exonera da incidência dos honorários advocatícios em cumprimento de sentença. Nessas situações, o Ente Público teria a iniciativa de apresentar os cálculos, dando, assim, início ao cumprimento, até final pagamento por RPV.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça entende que a renúncia pelo credor ao pagamento por precatório exonera a Fazenda Pública da verba honorária se manifestada posteriormente ao início da fase de cumprimento. Caso manifestada antes do início da fase de cumprimento, a renúncia ao valor excedente, de forma a atrair o cabimento da expedição de RPV, implica a incidência de honorários em fase de cumprimento.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Henrique Diniz. *O Ativismo Judicial e seus Limites*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2020*. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justiça-em-Números-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em 12 de janeiro de 2021.

BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=24bb0aae-4341-48e7-b3b5-3606607894c4&sheet=60a7540d-d58d-43af-a15e-fa179c7a5233&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currssel>. Acesso 22 de junho de 2021.

BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. <https://www.cnj.jus.br/conselho-da-justica-federal-libera-r-17-bilhao-em-requisicoes-de-pequeno-valor/>. Acesso 22 de junho de 2021.

BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. <https://www.cnj.jus.br/conselho-da-justica-federal-libera-r-11-bi-em-requisicoes-de-pequeno-valor/>. Acesso 22 de junho de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. REsp 1648238. Relator Min. Gurgel de Faria. J. 20/06/2018. DJe 27/06/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tribunal Pleno*. RE n.º 420.816/PR. Rel. Min. Carlos Velloso. Rel. do acórdão Min. Sepúlveda Pertence. J. 21.3.2007. DJe 20.4.2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Segunda Turma*. REsp 1593408. Rel. Min. Herman Benjamin. J. 2.6.2016. DJe 2.9.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Segunda Turma*. REsp 1661387. Rel. Min. Og Fernandes. J. 6.3.2018. DJe 13.3.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Segunda Turma*. *AgInt no REsp 1473684*. Min. Og Fernandes. Segunda Turma. J. 16.2.2017. DJe 23.2.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. REsp 1406296. Rel. Min. Herman Benjamin. J. 26.2.2014. DJe 19.3.2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*, v. 2, 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *Introdução ao Estudo do Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

PEREIRA JÚNIOR, Edílson Nobre. A Fazenda Pública e o Novo Código de Processo Civil. *Revista Brasileira de Direito Processual Civil*, Belo Horizonte, ano 24, n. 96, p. 79-104, out./dez. 2016.

PINTORE, Anna; DUARTE, Écio Otto Ramos; STRECK, Lênio Luiz; BARBERIS, Mauro; ALDAY, Rafael Escudero. *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*. Lima: Palestra, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Consenso e verdade*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Saraiva, São Paulo. 2012.

Luiz Henrique Diniz Araujo

ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÓ, Valeria. *Giustizia costituzionale*. Il Mulino Strumenti. Bologna. 2012

Recebido em: 31/08/2023
Aprovado em: 02/10/2023

INCONSTITUCIONALIDADES INTENCIONAIS: RACIONALIDADE E DINÂMICA POLÍTICA DA CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL

*INTENTIONAL UNCONSTITUTIONALITIES:
RATIONALITY AND POLITICAL DYNAMICS OF
THE LEGISLATIVE CHAMBER OF THE FEDERAL
DISTRICT*

*Rafael Silveira e Vieira¹
Gilson Aires de Menezes Júnior²*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Inconstitucionalidade Intencional: Motivação Parlamentar, Conexão Eleitoral e Tolerância Institucional. 2. Apropriação da Agenda.

¹ Doutorado e Mestrado em Ciência Política pela Universidade de Brasília. Professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), do Instituto Legislativo Brasileiro (ILB) e do Instituto Serzedello Corrêa (ISC/TCU). Consultor legislativo do Senado Federal.

² Graduação em Direito pela Universidade UNIEURO. Especialista em Direito Administrativo FACIBRA e em Direito de Família DAMÁSIO. Mestrando do Instituto de Direito Público. Assessor Parlamentar da Câmara Legislativa do Distrito Federal.

3. Apropriação da Agenda como instrumento de Saneamento Constitucional. Conclusão. Referências

RESUMO: No exercício da função típica do Poder Legislativo, na ânsia de defender ideias e pautas, em muitas ocasiões os parlamentares partem, de forma proposital, para a iniciativa de proposições que facilmente seriam consideradas inconstitucionais, por flagrante vício de iniciativa. Essas “inconstitucionalidades intencionais”, ou seja, iniciativas parlamentares eivadas de vício de iniciativa, mas com plena consciência quanto sua inconsistência, e que são respaldadas tanto pelo estabelecimento de uma conexão com os eleitores, quanto, indiretamente, como pelo movimento estratégico para atrair a atenção do Poder Executivo para se associar à pauta de interesses, incentivando-o a sanear a inconstitucionalidade e atingir seus propósitos. O artigo procura explicar a estratégia política que caracteriza as “inconstitucionalidades intencionais”, introduzindo uma forma pouco percebida de saneamento constitucional: a realização da Apropriação da agenda do Legislativo por meio do veto no panorama legislativo do Distrito Federal. Tais inconstitucionalidades por vício formal refletem um fenômeno específico, contrariando o senso comum de que leis que assumem tais características seriam meramente traço de irresponsabilidade por falta de rigor técnico ou *expertise* das casas legislativas.

PALAVRAS-CHAVE: Apropriação da agenda. Conexão Eleitoral. Inconstitucionalidades intencionais. Câmara Legislativa do Distrito Federal. Remédios Constitucionais.

ABSTRACT: In the exercise of the typical function of the Legislative Branch, in the eagerness to defend ideas and agendas, on many occasions, parliamentarians deliberately take the initiative of propositions that would easily be considered unconstitutional, due to a flagrant lack of initiative. These “intentional unconstitutionality”, that is, parliamentary initiatives riddled with vice of initiative, but with full awareness of their inconsistency, and which are supported both by establishing a connection with voters, and indirectly, such as by the strategic movement to attract the vote. attention of the Executive Branch to join the agenda of interests, encouraging it to remedy the unconstitutionality and achieve its purposes. The article seeks to explain the political strategy that characterizes the “intentional unconstitutionality”, introducing a little perceived form of constitutional sanitation: the realization of the Appropriation of the Legislative agenda through the veto in the legislative panorama of the Federal District. Such unconstitutionality due to formal defect reflect a specific phenomenon,

contrary to the common sense that laws that assume such characteristics would merely be a trait of irresponsibility due to lack of technical rigor or expertise of the legislative houses.

KEYWORDS: Appropriation of the Agenda. Electoral Connection. Intentional Unconstitutionality. Legislative Chamber of the Federal District. Constitutional Remedies.

INTRODUÇÃO

Como um dos defensores mais tenazes da supremacia constitucional, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso destaca que o Estado fundado nas bases constitucionais apresenta três ordens de limitação do poder, mantendo a tradição originada na filosofia política de que é necessário coibir as arbitrariedades. Além da preservação dos direitos fundamentais, outras duas ordens são destacadas pelo Ministro: (i) “as funções de legislar, administrar e julgar devem ser atribuídas a órgãos distintos e independentes, mas que ao mesmo tempo, se controlem reciprocamente”; e (ii) “os órgãos do poder devem agir não apenas com fundamento na lei, mas também observando o devido processo legal” (BARROSO, 2015, p. 29-30).

Nesse sentido, o Processo Legislativo desenvolveu-se em torno de concepções e regras específicas que ressaltam as funções de cada Poder da República e, por conseguinte, os limites de criatividade no tocante à matéria a ser analisada pela respectiva Casa Legislativa. Vislumbra-se a concepção de funções típicas e atípicas de cada poder, sendo a função de legislar própria do Poder Legislativo, não obstante o constitucionalismo brasileiro consignar, para alguns temas, iniciativas privativas de lei para os chefes do Poder Executivo.

Ocorre que, no exercício da função típica do Poder Legislativo, na ânsia de defender ideias e pautas, os parlamentares partem, de forma proposital, para a iniciativa de proposições que facilmente seriam consideradas inconstitucionais, por flagrante vício de iniciativa. A conjuntura política brasileira tem sido marcada por iniciativas legislativas com vício dessa natureza, invadindo a competência dos poderes constituídos. Tomio et al (2015) exploraram esse cenário, em que a Constituição Federal previu a possibilidade de que atos normativos estaduais e municipais, conforme cada Constituição Estadual, pudessem ser controlados pelos Tribunais de Justiça. No levantamento que realizaram, os citados autores apontaram que a jurisprudência das ADIs estaduais (20 mil ADIs em 26 Tribunais de Justiça) apontou que esse controle é efetivo e recai principalmente sobre

vícios formais (70%). Percebe-se que a supremacia judicial no exercício do controle dos atos se aplica de forma também bastante significativa na esfera estadual e municipal, pois todo o regramento infraconstitucional retira seu fundamento de validade do texto da constituição, exatamente para harmonizar o sistema e trazer unidade (Barroso, 2012).

Nesse contexto, a Câmara Legislativa do Distrito Federal (CLDF) não tem sido uma exceção. A CLDF é uma casa legislativa com alta incidência de projetos declarados inconstitucionais. Do ano de 2010 a 2017, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) e o STF confirmaram a inconstitucionalidade de 77% das leis aprovadas pela CLDF questionadas pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT). A inconstitucionalidade por vício de iniciativa abarca em cerca de 90% delas (Almeida e Rodrigues, 2017). No ano de 2021, segundo levantamento do TJDFT, foram julgadas inconstitucionais 23 leis elaboradas e aprovadas no Distrito Federal, também a maioria incidindo em vício de iniciativa (TJDFT, 2021).

Inconstitucionalidades dessa natureza produzem consequências na credibilidade da atuação do Poder Legislativo, especialmente quanto ao fundamento de validade da norma. As lições Kelsen (1979) sobre o escalonamento de normas por meio de uma estrutura formal, colocam-se como fundamento de validade no topo da ordem jurídica:

A Ordem Jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato da validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o **fundamento de validade** último que constitui a unidade desta interconexão criadora. (KELSEN, 1979, p. 310.)

Complementando esse entendimento, outro requisito fundamental para a validade de norma que consiste no procedimento ou processo legislativo. O sentido formal da validação de qualquer outra norma é dado na Constituição, especialmente quando se refere ao conjunto de regras do processo legislativo. Num primeiro momento, diferentemente da aceção material, a formalização dos ritos de validação não se atém na compreensão da realidade comportamental da sociedade; visa tão só à decisão sobre um texto conforme regras e a soberania estatal (BASTOS, 1999, p. 46). Por fim, a questão da iniciativa de lei cumpre o último

elemento da validação que é a autoridade investida pela Constituição para essa função.

Importante ressaltar que no âmbito do Poder Legislativo do Distrito Federal, nos termos do art. 63, inciso I e § 1º, do Regimento interno da CLDF, incumbe à Comissão de Constituição e Justiça examinar a admissibilidade das proposições em geral quanto à constitucionalidade, juridicidade, legalidade, regimentalidade, técnica legislativa e redação, permitindo a análise das proposições segundo as normas jurídicas em vigor e em consonância com as interpretações dos tribunais pátrios. Significa dizer que no Poder Legislativo Distrital, institucionalmente falando, vigoraria a tese da supremacia constitucional. Mas a dinâmica política do Distrito Federal, em alguns casos, tem desafiado duas das ordens de limitação de poder de que tradou Barroso (2015).

Desse modo, remanescem escolhas com vícios propositais que não se desguarnecem, a posteriori, da eficácia do veto pelo Poder Executivo ou da possibilidade de reexame por parte do Poder Judiciário, dado que este não pode agir de ofício, justamente para garantir sua imparcialidade e independência. São iniciativas que passam pelos filtros dos freios e contrapesos, seja por tolerância do Executivo, ou por desinteresse dos legitimados a provocar o Judiciário para realizar o controle de constitucionalidade.

Categorizaremos essas situações como “inconstitucionalidades intencionais”, ou seja, as iniciativas dos parlamentares eivadas de vício de iniciativa, ao ponto de poder presumir a clara estratégia do agente político ao perceber a menor probabilidade de que sua iniciativa sofra controle de constitucionalidade para que possa atingir um propósito político específico.

Tais estratégias acabam sendo especificamente avaliadas por parlamentares na medida em que apresentam uma importância relativa ou menor saliência. Importante destacar a visão de Batista (2020, p. 1) sobre a relevância de temas na política:

Corriqueiramente classificamos os temas de acordo com sua importância, visibilidade ou grau de prioridade. Dizemos que algumas decisões são mais importantes do que outras, ou que determinadas políticas são mais visíveis ou são prioridade. Além das diferenças entre os temas, também podemos observar diferenças de percepção entre os atores. Por exemplo, esperamos que políticas que se referem ao meio ambiente sejam mais importantes para membros de um partido verde, que partidos de direita defendam uma agenda conservadora ou, ainda, que parlamentares ligados a um grupo de interesse específico se preocupem especialmente com o tema desse grupo.

Fica evidente que “alguns temas são mais salientes do que outros, e alguns, mais salientes para um determinado ator político do que para outro”

(Batista, p.1) e tal perspectiva abre justamente uma janela de oportunidade para fugir dos controles de constitucionalidade.

Tais “inconstitucionalidades intencionais”, ao contrário do senso comum, passam longe da falta de rigor técnico ou da *expertise* das casas legislativas. São casos em que o agente político conhece a inconstitucionalidade e, a despeito disso, apresenta o projeto. Tal quadro é menos isolado do que parece, pois, em tais circunstâncias, a casa legislativa não apenas discute, mas aprova a proposição, deixando para os demais poderes exercerem o controle de constitucionalidade, seja pelo veto do chefe do Executivo, seja por meio de judicialização.

Propomos neste artigo apresentar e desenvolver duas explicações desse fenômeno.

A primeira relaciona-se ao permanente desafio do trabalho do parlamentar para vincular seu exercício de representação ao eleitorado, exigindo-lhe a realização de múltiplas estratégias. Nesse sentido, tem-se observado algumas práticas que, inclusive, se contrapõem aos ditames constitucionais. Nesse sentido, os parlamentares apresentam propostas inconstitucionais por vício de forma como tentativa de obter ganho político junto ao seu eleitorado, procurando construir seu exercício representativo como proativo e condizente com a confiança recebida das urnas. Ademais, podem ocorrer situações em que mesmo quando o chefe do Executivo exerce seu poder de controle sem sucesso, ou seja, veta a proposição e o veto é rejeitado pela casa legislativa, ainda assim não há esforço adicional em levar adiante sua contrariedade, por exemplo, buscando recorrer ao Judiciário. Chega-se inclusive ao ponto de regulamentar a lei resultante desse processo legislativo, indicando uma tolerância que possivelmente não chega a ferir seus interesses governamentais.

A outra explicação, um pouco mais complexa do ponto de vista do processo, diz respeito ao poder de agenda dos chefes do Poder Executivo relativamente ao parlamento (ainda que na esfera estadual seja menor do que na federal). Dividir o espaço de iniciativas não é trivial do ponto de vista dos interesses políticos, tendo em vista a ideia de que as relações entre o Estado e a sociedade necessitam se configurar de acordo com algumas pautas de prioridades, particularmente em decorrência das funções precípuas de cada Poder, bem como do Estado Democrático. Assim, na ânsia de buscar valorização política, parlamentares ultrapassam aspectos formais e praticam essas “inconstitucionalidades intencionais”, buscando estrategicamente provocar a interferência do Poder Executivo para sanar o vício formal da norma. Surge, desse modo, a estratégia de barganha e apropriação da matéria pelo Poder Executivo.

Portanto, a manobra ousada de deliberar algo em desacordo com o texto constitucional, no que tange à competência, também pode ser uma estratégia para, em momento posterior, colocar-se em negociação com o Poder

Executivo para sanar o vício da iniciativa. De que modo isso acontece? Nosso argumento é que esse mecanismo ocorre por meio da Apropriação da agenda do Legislativo realizada a partir do veto do chefe do Executivo (Silva, 2018).

Nesse contexto, o artigo tem o intuito de descrever e avaliar casos de inconstitucionalidade intencional, buscando também mapear a existência da estratégia da Apropriação da agenda Legislativa no âmbito do Distrito Federal, como fator de barganha entre os poderes Executivo e Legislativo para sanear iniciativas com flagrantes vícios formais. A escolha local busca reservar espaço relevante não apenas para o fenômeno das citadas inconstitucionalidades, mas, também, de observar o alcance da Apropriação em âmbito local.

A Apropriação da agenda permeará uma visão crítica, com vistas a demonstrar que inconstitucionalidades intencionais podem existir como busca do saneamento do vício pelo poder competente, respeitada a discricionariedade e a competência típica e, simultaneamente, trazendo benefícios de ordem política tanto a parlamentares, quanto ao Chefe do Poder Executivo.

Em que pese a existência da Apropriação e das inconstitucionalidades intencionais, o resultado, a Lei, não é um unívoco. Na visão de Clève (2000, p. 61-62),

[...] pode ser utilizada com vários significados distintos. Ora se usa o termo para designar uma norma jurídica qualquer, não importa por meio de qual instrumento veiculada; ora se usa para designar apenas as normas jurídicas revestidas de alguns atributos, como a justiça ou a generalidade; ora se usa para designar somente as normas jurídicas votadas pelo parlamento; ora se usa com o sentido de ordem jurídica.

Dessa maneira, o filtro de seleção dos casos que serão analisados são os projetos de iniciativa de parlamentar com vício de competência e com veto do Poder Executivo. Elegemos como ferramenta de análise a Constituição, a Lei Orgânica do Distrito Federal (LODF) e o Regimento Interno da Câmara Legislativa (RICL).

1. INCONSTITUCIONALIDADE INTENCIONAL: MOTIVAÇÃO POLÍTICA, CONEXÃO ELEITORAL E TOLERÂNCIA INSTITUCIONAL

Desde Mayhew (1974) temos como um dos principais pressupostos o de que a atuação de parlamentares tem como objetivo primordial a busca de sua reeleição, com ênfase maior no alto grau de personalismo em detrimento do papel exercido pelo partido. Desse modo, a conexão eleitoral seria firmada muito mais por vínculos entre eleitores e políticos (voto pessoal), ao invés de eleitores com partidos.

No que concerne às atividades legislativas, Mayhew (1974, p. 54) identifica três tipos. A primeira delas o autor chama de *advertising*, que seria a atitude do político voltada para construir sua imagem para os eleitores, firmando uma identidade específica ligada à experiência, ao conhecimento, a virtudes pessoais como honestidade, ética e responsabilidade. A segunda atividade, designada *position taking* do candidato, remete à divulgação pública de suas ações durante o mandato, como o apoio ao presidente ou o voto sob uma matéria de certo interesse. A terceira atividade, denominada *credit claiming*, caracteriza-se por estabelecer relação entre a atuação do parlamentar e benefícios distribuídos a indivíduos, grupos de interesse e eleitores em geral de determinado distrito. No *credit claiming*, destacam-se os benefícios distribuídos por meio das atividades de *pork barrel*³ inclusas nas medidas legislativas.

Cain, Ferejohn e Fiorina (1987), propõem que o ajuste das decisões para satisfazerem o eleitor passa por aspectos diversos, dos quais ressaltamos a *policy responsiveness*, ou seja, a dimensão relativa ao resultado das políticas públicas propostas. Para os autores a relação individualizada com o eleitorado exige que a proposição de leis não seja um processo autoreferenciado, mas que haja a percepção nítida do seu impacto e, além disso, a expectativa de que ela será não apenas aprovada, mas implementada.

Centrando atenção nos parlamentares brasileiros, ainda que suas atividades no campo legiferante enfrentem constrangimentos institucionais, um olhar atento sobre o Legislativo permite identificar uma realidade heterogênea. Enquanto muitos parlamentares apresentam projetos de leis, mas nem todos se esforçam para vê-los aprovados, outros assumem papéis relevantes em várias matérias que tramitam no Congresso Nacional, destacando-se na articulação da agenda em debate e na tradução dessa articulação em textos legais que garantem consistência política e, também, técnica (Silva e Araújo, 2013).

A existência de parlamentares com esse perfil permite verificar que, por mais generalistas que sejam os projetos de leis, o político tenta capitalizar seus esforços para transformá-los em ganhos políticos, convertendo-se em opção favorável para a renovação do seu papel representativo. Nesse caso, aplica-se perfeitamente a perspectiva de *advertising* e *position taking* dos parlamentares, na ótica de Mayhew (1974), especialmente quanto à visibilidade de suas ações, e do *policy responsiveness*, de Cain, Ferjohn e Fiorina (1987), quanto ao aspecto substantivo da proposta legislativa.

Sobre a relação dos congressistas com a sociedade, é interessante notar que a percepção da contribuição do parlamentar sobre determinadas políticas, sua “rastreadibilidade” (Arnold, 1991), seja por meio de autoria, relatoria de projetos ou votações, muitas vezes é indecifrável para o eleitor individual, algo que não acontece com a maioria dos grupos organizados. A vantagem

3 Repasse de recursos públicos para projetos que servem a interesse de um pequeno grupo de parlamentares, comumente vinculados a (pequenos) distritos que fazem parte do seu eleitorado, em detrimento de interesses sociais mais amplos.

dos grupos manifesta-se pela sua capacidade de monitoramento durante o mandato sobre a ação dos políticos maior do que a de um conjunto de indivíduos (Lohmann, 1998). As pressões e cobranças vindas dos grupos são mais eficazes e manifestam-se de maneira mais contínua se comparadas com as que provêm dos eleitores individuais.

Nesse sentido, muitos grupos não apenas sabem observar e avaliar o impacto, por exemplo, de uma lei em termos de custos/benefícios, mas podem intervir diretamente durante o processo decisório de modo a influenciar o conteúdo da norma. Dessa forma, *advertising*, *position taking* e *policy responsiveness* são aspectos permanentemente monitorados pelos grupos de interesse, geralmente usando-os como moeda de troca para o apoio às demandas levadas ao Congresso.

Voltando ao parlamentar, essas questões podem ser reunidas numa espécie de “manual” de sobrevivência e evolução política do parlamentar sob o prisma da visibilidade de seus atos no Legislativo, da capacidade de rastreamento de suas ações por parte dos interessados e dos resultados da política.

Todas essas diferentes naturezas da atividade legislativa explicam as várias estratégias empregadas pelos parlamentares em descobrir nichos atrativos de conexão eleitoral e que simultaneamente não apresentam saliência para quem é legitimado a provocar o Judiciário ou mesmo para o governador. Observa-se na CLDF iniciativas de parlamentares com o intuito de atrair o Executivo para o debate de propostas, a fim de demonstrar à população que o governador está se omitindo em legislar naquela demanda específica, fator diretamente ligado à grande quantidade de vetos na ordem do dia.

Um tema chama a atenção por consolidar essas características: criação de parques ecológicos e parques urbanos. Segundo a LODF, no art. 71, § 1º, incisos VI e VII:

Art. 71

§ 1º Compete privativamente ao Governador do Distrito Federal a iniciativa das leis que disponham sobre:

VI – plano diretor de ordenamento territorial, lei de uso e ocupação do solo, plano de preservação do conjunto urbanístico de Brasília e planos de desenvolvimento local;

VII – afetação, desafetação, alienação, aforamento, comodato e cessão de bens imóveis do Distrito Federal.

Justamente na criação dos referidos parques recai a competência privativa do governador. No entanto, historicamente, a criação desses espaços é sistematicamente objeto de iniciativa parlamentar.

Dentro dessa dinâmica do veto mais recente, no ano de 2020, dois projetos podem ser utilizados como exemplo:

- Projeto de Lei nº 1262, de 2020, do Deputado Reginaldo Sardinha, que dispõe “sobre a criação do Parque Urbano Octogonal na Região Administrativa do Sudoeste/Octogonal e dá outras providências”;
- Projeto de Lei nº 983 de 2020, do Deputado João Cardoso, que cria o Parque Ecológico Mangueiral na Região Administrava Jardim Botânico.

Na época dos referidos projetos de lei, o Governo do Distrito Federal comunicou à Presidência da CLDF os motivos do veto total oposto ao projeto. Em suas exposições de motivos, o governador asseverou que as proposições incorriam em vício formal de inconstitucionalidade, pois desrespeitaria o art. 71, § 1º, VI e VII, da LODF. O chefe do Executivo local ainda aduziu que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em reiteradas oportunidades, já decidiu pela inconstitucionalidade formal de leis de autoria de parlamentar que invadiam competência privativa do Governo do DF.

Quadro 1: Projetos de lei para criação de parques urbanos – inconstitucionalidades intencionais

Competência privativa do Governador	Correspondência de Legislação	Criação de parques iniciativa de parlamentar	
Iniciativa de leis que disponham sobre uso e ocupação do solo ou alteração de bens imóveis distritais	<ul style="list-style-type: none"> • Distrital arts. 71, § 1º, VI e VII da LODF arts. 3, XI, 52 e 100, VI e 321 da LODF 	<ul style="list-style-type: none"> • Projeto de Lei nº 983, de 2020. (Dep. João Cardoso) • Projeto de Lei nº 1262, de 2020. (Dep. Reginaldo Sardinha) • Vetos do Poder Executivo (Vício de iniciativa) 	<ul style="list-style-type: none"> • Rejeição de ambos os vetos pela CLDF • Lei 6.995, de 2021 (em vigor) • Lei 6.997, de 2021 (em vigor)

Fonte: elaboração própria.

A CLDF e o Governador não tiveram entendimento e acordo sobre a proposta vetada. A Câmara Legislativa não se sensibilizou com os argumentos e optou por cassar o veto do Governador, insistindo politicamente nas suas iniciativas, não obstante o vício de iniciativa, fato que resultou na entrada em vigor das Leis nº 6.995 e 6.997, de 2021.

Uma amostra levantada entre 1993 e 2002, indica que, dos 29 casos observados⁴, em cinco deles o governador vetou as proposições, mas todos os vetos foram cassados, sem que houvesse mais questionamentos direcionados ao Judiciário; os demais 24 casos resultaram em aprovação de lei sem qualquer questionamento judicial. Nem mesmo circunstâncias que opuseram Executivo contra o Legislativo conseguiram classificar essa agenda como saliente⁵.

No entanto, pode haver casos em que o governador pode entrar no jogo do processo de aprovação das leis para sanear a inconstitucionalidade, evitando aberturas para o Judiciário se pronunciar e demonstrando que a agenda foi cooperativa com o Legislativo. Nessas situações, a incidência de inconstitucionalidade intencional gera ação do Poder Executivo para saneamento do vício por meio do recomeço do jogo legislativo. Em vias de regra, o veto sinaliza a finalização de um processo legislativo. Mas com a existência da Apropriação do Legislativo (Silva e Araújo, 2010; Silva, 2014; Silva, 2018), o veto pode significar um recomeço, um ato preparatório para reiniciar a discussão de determinada matéria vetada. Nas próximas seções a Apropriação será explicada, com seus desdobramentos a partir do veto para se compreender este tipo de ação saneadora da inconstitucionalidade.

2. APROPRIAÇÃO DA AGENDA LEGISLATIVA

No Brasil, o Poder Executivo tem a peculiaridade de elaborar suas próprias proposições legislativas. Por outro lado, observa-se que iniciativas de parlamentares atraem a atenção do Governo, que intervém nessa agenda específica, apresentando uma proposta que atenda suas preferências, aliado à articulação do texto em tramitação na casa legislativa.

Segundo Silva e Araújo (2010, p. 1):

No Brasil, o Poder Executivo dispõe de um amplo conjunto de recursos de poder, de jure e de fato, tornando inequívoca predominância na iniciativa de propostas legislativas para a gestão estatal e condução de

⁴ Os casos mapeados encontram-se no Anexo ao artigo.

⁵ Em 21 desses casos, houve apresentação de novos projetos de lei sanando os vícios de iniciativa por meio de recategorizações dos parques. Mas em todos, isso aconteceu em legislaturas muito posteriores, ou seja, quando os governadores despertaram para a agenda de reorganização dos parques. No entanto, o Governo do DF, entre essas iniciativas, sistematicamente praticou problema posteriormente consolidado pelo STF de que sanção do projeto de lei não convalida o vício de inconstitucionalidade resultante da usurpação do poder de iniciativa. Mesmo que o chefe do Executivo sancione o projeto de lei, tal iniciativa não é suficiente para sanar o vício da inconstitucionalidade.

políticas públicas. Tal efeito parece estar ligado ao período de governo autoritário dos militares (1964-1985), bem como à aparente passividade do Legislativo, que necessita manter relações de cordialidade com um Executivo, detentor de vários recursos de poder.

Nessa relação entre os poderes, há que se destacar a participação direta ou indireta dos parlamentares para a aprovação de iniciativas legiferantes. Será interessante notar que, em sua função atípica, o Poder Executivo também elabora leis, tomando para si, por diversas vezes, propostas do Poder Legislativo. Eis que surge a Apropriação da agenda.

Essa estratégia identifica a possibilidade encontrada pelo Poder Executivo de articular e barganhar proposições de iniciativa de parlamentares para formar sua própria agenda. Silva (2014, p. 96) detalha:

[...] quando o Executivo se baseia em projetos de lei em andamento no Congresso, bem como no conteúdo dos debates e demais subprodutos do processo legislativo em andamento, para elaborar e apresentar proposições próprias, incorporando elementos adicionais à agenda legislativa, e em alguns casos impedindo o desenvolvimento da agenda em debate no Parlamento.

A apropriação pode ser realizada por propostas de iniciativa do Executivo que digam respeito ao mesmo núcleo temático e objetivo dos projetos já em tramitação dos parlamentares, podendo até mesmo ser idênticas. O eixo estruturante é o interesse demonstrado pelo Poder Executivo sobre uma agenda já apresentada pelo Legislativo.

Na hipótese em que se configura a Apropriação, o Executivo não apenas se interessa pela agenda do Legislativo, como também decide apresentar projeto de sua autoria, somando-se e concorrendo com as demais proposições dos parlamentares. Com isso, o Governador pode se converter em ator político protagonista de determinada agenda, especialmente se gozar de uma forte coalizão de apoio, por meio da qual articula e negocia.

No âmbito do Poder Legislativo do Distrito Federal, o Governador é o maior interessado na agenda e em suas consequências, quer sejam positivas ou negativas. O controle da agenda define as prioridades de cada governo. No âmbito federal, Silva (2014, p.107) destaca que:

As prioridades dependem do jogo interativo entre o Executivo e os Poderes Legislativos e o nível de influência do governo interno nas decisões, seja da Presidência, do cargo de gabinete que propôs a Ordem do Dia, ou mesmo de outros partidos da coligação. Diferentes

prioridades também determinam tratamentos diferenciados entre as agendas governamentais que transitam concomitantemente no Congresso.

Portanto, a Apropriação é uma estratégia com o intuito de articular com o Poder Legislativo e persuadi-lo. Ao se apropriar de projetos da base, o Executivo fortalece o governo na Casa Legislativa, pois soma interesses com a base. Por outro lado, ao se apropriar de projetos de oposição, o Executivo mitiga críticas e ataques, pois a proposta ganha grande impulso de aprovação, mesmo tendo perdido o protagonismo da ideia.

Na compreensão de Araújo e Silva (2012, p.59),

[...] o Executivo explora estrategicamente as ferramentas de que dispõe para controlar e aprovar sua agenda legislativa, e isso é derivado da forma como a relação Executivo-Legislativo é abordada, ou seja, pelas conexões, empiricamente verificáveis, entre a formação de governo de coalizão e o padrão de atuação dos *agenda setters* no Legislativo. Mesmo observando que a atuação do Legislativo ocorre sob fortes restrições, ela está longe de ser desprezível, apresentando também suas formas de restrição à atuação do Executivo.

Observar essa ação na esfera do Poder Legislativo do Distrito Federal poderá trazer mais robustez à segunda explicação para as “inconstitucionalidades intencionais”. Interessante evidenciar que ainda não se tem estudos estruturados sobre Apropriação e a realidade estadual ou local. Nesse sentido, será importante observar as medidas necessários para ganho político perante os parlamentares, que pleiteiam os projetos de lei “apropriados” para fazer política em prol de suas defesas, bandeiras e interesses.

Ainda assim, o estudo da apropriação esclarece a interposição de “inconstitucionalidades intencionais” seja na busca de agendas promissoras ou no intuito de chamar atenção de determinada demanda que deveria ser iniciada pelo Poder Executivo. Assim, elas se justificam, quer seja pela possibilidade de apropriação do Poder Executivo, quer seja para forçar uma ação legislativa de competência de Governo.

Não obstante, a Apropriação da proposta pode se dar no momento do veto, a partir do qual o Executivo pode ensejar o saneamento do vício de iniciativa.

O veto se inscreve como prerrogativa atribuída ao Poder Executivo como participante da elaboração Legislativa, mas do ponto de vista do controle da legislação. Silva (2017, p. 223-224) discorre sobre o exercício do veto:

[...] Há, aqui, possibilidade de harmonizar o exercício do poder de veto com o exercício de poder de iniciativa legislativa governamental. Este, como vimos, constitui um instrumento de atuação de um programa político, programa de governo. Acontece que, através da iniciativa do parlamentar e do poder de emendar, são adotados projetos de leis, no parlamento, inadequados ou incompatíveis com o programa governamental, os quais, convertidos em lei, importam em desvio ou elemento perturbador do plano de governo. O veto, nesse caso, atua como fator corretivo segundo a ideologia do governo, numa tentativa de impedir que tais leis venham desarticular sua programação.

Na concepção de Cunha Junior (2019), veto é a discordância formal, expressa e motivada do Executivo com o Projeto de Lei aprovado no Legislativo, por entendê-lo inconstitucional ou contrário ao interesse público. No sistema de *checks and balances*, ou freios e contrapesos, o veto decorre do Poder do Chefe do Executivo de impedir que propostas inconstitucionais ou contrárias ao interesse público, aprovadas pelo Legislativo, transformem-se em leis. “É uma providência Constitucional de conter e barrar eventuais abusos e excessos do Poder Legislativo” (Cunha Junior, 2019, p. 967). No entanto, observando a realidade das “inconstitucionalidades intencionais”, abusos e excessos podem ser também visualizados pelo Executivo como oportunidades.

No entanto, o veto pode ser associado ao poder de iniciativa de leis. Segundo Silva (2017), “o veto como veículo de realização da apropriação pode ser compreendido pela natureza e característica da agenda em questão, que leva a ação estratégica do Executivo e à reação do Legislativo”. Relativamente ao objeto de atenção deste artigo, o veto como mecanismo da Apropriação é realizado a partir do interesse do governador em sanar o vício de iniciativa ao encaminhar, logo após o veto, uma nova proposta ao parlamento. Essa forma de negociação entre os poderes pode demonstrar uma combinação com a Casa Legislativa, fator que enseja uma nova discussão sobre determinada agenda, com o seu conseqüente recomeço do jogo político.

No âmbito do Poder Legislativo, o veto do Executivo pode ser utilizado como forma de recomeço do jogo decisório, quando o próprio Governador impede a aprovação da proposta iniciada no Poder Legislativo e apresenta sua proposição sobre a matéria.

O ato de vetar determinada proposição é prerrogativa do Poder Executivo, que tem por função atípica legislar em determinados assuntos. Não obstante, a possibilidade de realizar a Apropriação por meio do veto possibilita aferir características próprias, quer seja de interesse por parte do Poder Executivo na autoria da proposta, quer seja diante as negociações com o Poder Legislativo.

Quadro 2: Visões sobre o instituto do veto

	<i>Veto bargaining</i> (Cameron)	Veto com apropriação
Instrumentos Formais	Veto	Veto + Apresentação de nova proposição (“fusão circunstancial”)
Negociação	Negociação prévia ao veto (o reinício do jogo legislativo ocorre por iniciativa dos parlamentares)	Negociação após o veto (reinício do jogo legislativo por iniciativa do Executivo)

Fonte: Silva (2018)

Cameron (2000), denominou de veto *bargaining* o exercício da prerrogativa do veto como meio do chefe do Executivo conseguir influenciar os resultados legislativos. O autor começa seu estudo com uma análise empírica de 434 vetos emitidos por presidentes dos EUA e, em sua análise, focaliza sua atenção em como as taxas de veto são afetados por governos que fazem maioria parlamentar no Legislativo. O autor descobre que os vetos são raros sob governos com maioria fortes e consolidadas. No entanto, quando o governo não está nesta condição e a legislação em discussão é considerada importante, o autor indica que os vetos não são eventos raros e que muitas vezes ocorrem sob a forma de um processo de barganha sequencial entre os poderes. Cameron também observou que os presidentes rotineiramente usam com sucesso o instrumento do veto para extrair concessões políticas.

Seguindo esse raciocínio, a Apropriação originada pelo veto também encontra motivações em mecanismos causais não formalmente estabelecidos em lei ou em regras, mas estabelecidos pela lógica do sistema político brasileiro, com base nos fundamentos da formação de coalizão partidárias de sustentação ao governo, bem como pelas características substantivas das propostas, as quais têm a capacidade de chamar a atenção do Executivo. Nesse sentido, a Apropriação se aproximaria da visão de Cameron (2000), na medida em que o veto brasileiro relacionado ao fenômeno aqui estudado estaria eivado de ações estratégicas e instituições informais, ambas operando sobre um arcabouço institucional formal.

Com base no procedimento de veto do Poder Legislativo do Distrito Federal, buscaremos observar momentos em que o Governador pode se

utilizar do veto para traçar estratégias a seu favor e que também podem beneficiar os parlamentares⁶.

3. APROPRIAÇÃO DA AGENDA COMO INSTRUMENTO DE SANEAMENTO CONSTITUCIONAL

Polinsky e Shavell (2008) ressaltam quatro as escolhas públicas normalmente tomadas quanto à repressão dos que transgridam Leis. A primeira escolha diz respeito ao tipo de pressuposto adotado pelo Estado para atribuir responsabilidade a determinado cidadão pelo descumprimento de regra de Direito, se o pressuposto da responsabilidade objetiva ou se o fundamento da responsabilidade subjetiva. O segundo ponto a ser considerado é se a sanção será monetária ou não monetária, ou se haverá a mescla dos dois tipos de sanção. A terceira escolha a ser feita, segundo os autores, diz respeito ao *quantum* da pena. E a quarta e não menos importante escolha pública diz respeito à probabilidade de detectar e de efetivamente punir os transgressores. Esta última variável está diretamente relacionada ao montante de recursos que o Estado está disposto a empregar para encontrar e efetivamente punir aqueles que descumprirem as leis. Todas as quatro escolhas públicas citadas pelos autores influenciam diretamente no retorno esperado do transgressor, ou seja, no proveito que o agente tira do descumprimento da lei.

Embora as quatro variáveis anteriormente referidas sejam igualmente importantes, na seara do Processo Legislativo, o proveito da iniciativa legiferante inconstitucional por vício de iniciativa se reveste em benefício do próprio parlamentar, que se sobressai como autor da ideia, desta feita, em tramitação conjunta com o poder competente, o Poder Executivo.

Assim, a capacidade de dado sistema estatal de garantir índice maior ou menor de vício de iniciativa dependerá, em princípio, da correlação entre o Poder Executivo e o Legislativo.

No ano de 2022, debatem-se no Parlamento a alteração da Lei Complementar nº 840, de 23 de dezembro de 2011, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis do Distrito Federal, das autarquias e das fundações públicas distritais. O Projeto de Lei Complementar 113, de 2022, de autoria do Poder Executivo, se consubstancia em 3 (três) artigos, são eles:

O art. 1º estabelece que:

Art. 1º Ficam acrescidos ao artigo 152 da Lei Complementar nº 840, de 23 de dezembro de 2011, os seguintes incisos:

6 Interessante observar, tal como vimos na seção anterior, que na realidade do Distrito Federal, ainda que tenha forte domínio sobre a Câmara Legislativa, o Governador é frequentemente desafiado e vencido nos seus vetos, não obstante se tratar de um assunto que não mobiliza o chefe do Executivo a buscar recuperar a rejeição do seu veto no âmbito judicial.

VI - cargo em comissão ou função de confiança de órgão do Poder Judiciário localizado no Distrito Federal;

VII - cargo diretivo dos órgãos de classe profissionais, quando eleito pelos pares para mandato da autarquia federal ou regional representativa da classe profissional.

O art. 2º institui que:

Art. 2º Fica acrescido ao artigo 157 da Lei Complementar nº 840, de 23 de dezembro de 2011, o seguinte inciso:

VI – requisição do Gabinete do Governador.

O ponto principal é que, na justificativa da proposição, o Poder Executivo argumenta que as citadas alterações foram declaradas inconstitucionais pelo Tribunal local, uma vez que se originam de Emendas de Parlamentares e não por iniciativa exclusiva do Poder Executivo. Segue Excertos da justificativa do projeto:

Assinale-se que as alterações propostas no art. 152, da Lei Complementar nº 840/2011 foram objeto da Lei Complementar nº 964/2020, a qual foi declarada inconstitucional pelo E. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 0744824- 36.2020.8.07.0000, por vício de iniciativa, uma vez que se originaram de emendas parlamentares a Projeto de Lei Complementar de iniciativa do Poder Executivo.

Ou seja, verificada a importância da ideia dos parlamentares e a consequente declaração de Inconstitucionalidade por vício de forma, o Governador encaminhou Projeto de Lei Complementar 113, de 2022, para a Casa Legislativa, a fim de que a legislação passe a vigorar no ordenamento com o saneamento do vício outrora detectado pelo Poder Judiciário.

No caso em análise, após uma inconstitucionalidade intencional por vício de iniciativa e o provimento da declaratória de inconstitucionalidade pelo TJDF, o governador se apropriou da norma para ver a legislação gerar efeitos no ordenamento jurídico do Distrito Federal.

No campo do orçamento, uma ferramenta bem debatida no Poder Legislativo do Distrito Federal são os programas de descentralização administrativas financeiras. Em vários anos, a CLDF se deparou com esse tipo de proposta iniciado por parlamentar em exercício. O caso Projeto de Lei nº 260, de 2015, de autoria do Deputado Cristiano Araújo, merece destaque por ser o primeiro de matéria orçamentária iniciado e apropriado pelo Poder Executivo – o chamado PDAF.

Essa proposição foi iniciada no ano de 2015 pelo parlamentar Cristiano Araújo, proposta que visa ao fortalecimento da gestão democrática por meio da autonomia financeira nas unidades escolares da rede pública de ensino do Distrito Federal e de suas regionais.

Adentrando no teor da proposição, o Parlamentar esclarece que a descentralização financeira objetiva apoiar e promover mais autonomia às unidades descentralizadas – os órgãos de execução – para conferir maior eficiência e eficácia em seus procedimentos internos, reduzindo a burocracia e fortalecendo a administração pública gerencial nas unidades escolares da rede pública de ensino do Distrito Federal. Nesse sentido, a proposição apresenta plausibilidade, pois institui não só a descentralização de recursos, mas também os mecanismos de controle do uso dos recursos, como a obrigatoriedade de prestação de contas.

Ocorre que, ao estabelecer que o PDAF contará com transferência de recursos para unidade executora (art. 2º), e definir regras relativas ao valor que deve ser transferido (art. 5º e 6º), o Projeto de Lei em epígrafe cerceia a liberdade do chefe do Poder Executivo para elaboração da Lei Orçamentária. Explica-se.

Nos termos do art. 165 da Constituição Federal, compete ao Poder Executivo a iniciativa das peças orçamentárias. A LODF, por sua vez, nos arts. 71, § 1º, V, 100, XVI, e 149, aplicando o princípio da simetria constitucional, confere as mesmas prerrogativas ao Governador. Assim, a proposição sob exame, de iniciativa parlamentar, ao deliberar de matéria orçamentária e de respectivas regras acerca do valor a ser destinado, violou a iniciativa privativa do governador estabelecida nos dispositivos supracitados, uma vez que, se aprovada, obrigaria o Poder Executivo a incluir dotações orçamentárias destinadas ao programa em referência.

Quadro 3: Programas de descentralização administrativas financeiras

Competência privativa do Governador	Correspondência de Legislação	Atribuições de iniciativa do Poder Executivo	
Plano plurianual, Orçamento Anual e Diretrizes Orçamentárias	Distrital arts. 71, § 1º, V, 100, XVI e 149 da LODF Nacional art. 165 da CF	Enviar à Câmara Legislativa projetos de lei relativos a plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, dívida pública e operações de crédito	Art. 100, XVI da LODF

Fonte: elaboração própria

Ressalte-se que a obrigatoriedade de alocação de recursos ao PDAF, na forma proposta pelo Projeto de Lei 260, de 2015, engessa o Orçamento Público. Destarte, ao garantir recursos orçamentários, o Projeto de Lei em análise estabelece novas regras de orçamento, invade competência exclusiva do chefe do Poder Executivo e restringe o planejamento orçamentário distrital, conflitando, assim, com as normas constitucionais referentes às peças orçamentárias.

Existe jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também é nesse sentido, como se pode verificar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.144 (ADI nº 1.144/RS), tratando exatamente de vício de iniciativa provocado pela apresentação de projeto de lei por parlamentar em situações de matéria típica de Administração, ao cercear a iniciativa para a elaboração da lei orçamentária. No julgamento da ADI supracitada, o relator, Ministro Eros Grau, aduz em seu voto que a instituição de Programa Estadual de Iluminação Pública constituído por dotações orçamentárias próprias, pela Lei de iniciativa parlamentar, de forma similar ao que versa o Projeto de Lei em análise, colide com o disposto no art. 165, inciso III, da Constituição Federal, que atribui ao Poder Executivo a iniciativa do Projeto de Lei Orçamentária Anual. Ou seja, se a proposta tramitasse apenas por iniciativa do parlamentar autor, ela seria inadmissível tanto pela COEF, art. 64, II e § 2º, do RICLDF, bem como na CCJ, nos termos do art. 63, I do RICLDF.

Para não incorrer no mesmo tipo de vício e, ao contrário, para saná-lo, em 2017, o Poder Executivo apresentou à CLDF o Projeto de Lei 1674, de 2017, que institui o Programa de Descentralização Administrativa e Financeira (PDAF) e dispõe sobre sua aplicação e execução nas unidades escolares e nas regionais de ensino da rede pública de ensino do Distrito Federal. Percebe-se que o novo Projeto trata da mesma matéria que foi iniciada pelo parlamentar Cristiano Araújo, na hipótese, o Projeto de lei nº 260 de 2015.

Iniciada nova proposta pelo Poder Executivo, a CLDF deferiu tramitação conjunta dos projetos, conferindo saneamento do vício de iniciativa, fato que resultou na Lei nº 6.023, de 18 de dezembro de 2017, que instituiu na rede pública de ensino do Distrito Federal o Programa de Descentralização Administrativa e Financeira – PDAF.

A Lei repercutiu nas escolas do Distrito Federal, pois os princípios de descentralização administrativa, financeira e pedagógica alinham as demandas dos atores da comunidade escolar, com o objetivo de identificar problemas locais e propor suas perspectivas de soluções.

A repercussão da Legislação do PDAF gerou efeitos positivos (Jornal de Brasília, 2021). Segundo a Secretaria de Educação (2021), no ano de 2020, foi reservado um valor de R\$ 210 milhões de reais para destinação de recurso de PDAF:

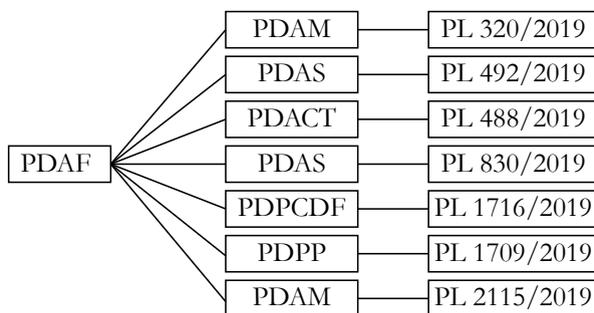
Mais de R\$ 210 milhões transformaram, para melhor, as estruturas de colégios públicos do Distrito Federal em 2020. O montante é a soma das verbas de emendas parlamentares e do caixa da Secretaria de Educação destinados ao Programa de Descentralização Administrativa e Financeira (Pdaf).

Pela primeira vez, as parcelas regulares foram pagas em dia e, para melhorar, todos os distritais ajudaram a bancar os reparos. O ano terminou com 100% de execução dos valores empenhados.

Esses eventos refletiram um típico caso de Apropriação de agenda, por meio da qual o Poder Executivo sana a “inconstitucionalidade intencional”, para dar viabilidade técnica, jurídica e política a norma, obtendo, conjuntamente com o parlamentar autor da matéria original, ganho de capital político pela característica de uma agenda positiva perante a população.

Importante registrar que a experiência bem-sucedida do PDAF gerou um precedente relevante, a ponto de provocar um efeito cascata observado por uma elevação de inconstitucionalidades intencionais com base no instrumento da descentralização orçamentária, justamente buscando provocar uma possível Apropriação de sua ideia pelo Poder Executivo. Na figura 1, a seguir, apresenta-se um esquema simplificado nas proposições subsequentes à lei do PDAF:

Figura 1: Proposições que foram apresentadas a partir do precedente do PDAF⁷



Fonte: elaboração própria

⁷ PL 320/2019 - Institui o Programa de Descentralização de Ações Militares PDAM-DF; PL 492/2019 – Institui o Programa Progressivo de Descentralização de Ações de Atendimento Sociais – PDAS; PL 488/2019 – Institui o Programa Progressivo de Descentralização de Ações de Atendimento aos Conselhos Tutelares - PDACT; PL 830/2019 – Institui o programa de descentralização administrativa e financeira do Sistema Socioeducativo – PDAS e dispõe sobre sua execução nas unidades socioeducativas do Distrito Federal; PL 1716/2021 - Projeto de lei que institui o programa de descentralização administrativa para Polícia Civil do DF; PL 1709/2021 – Projeto de lei que institui o programa de descentralização administrativa para o Sistema Penitenciário do DF; PL 2115/2021 – Projeto de lei que institui o programa de descentralização administrativa para ações militares no DF (PDAM).

Entre todas as proposições, apenas o PL 320/2019, que instituiu o Programa de Descentralização de Ações Militares PDAM-DF, tramitou completamente, embora não tenha obtido os mesmos resultados do PDAF, uma vez que foi vetado sem que ocorresse Apropriação pelo governador. Nesse caso, infere-se que o veto ocorreu não apenas pela violação de competência privativa do Governador (Art. 100 e 71, § 1º, IV e V da Lei Orgânica do Distrito Federal), mas também por invadir competência legislativa da União, tanto para organizar e manter a Polícia Militar do Distrito Federal (art. 21, XVI e art. 32, § 4 da Constituição Federal de 1988) quanto para editar normas gerais em matéria de licitação e contratos (Art. 22, XXVII, CF/88). Apenas para fechar esse caso, mesmo com a tentativa frustrada do PL 320, de 2019, o mesmo parlamentar autor da proposta continuou insistindo em trazer para o debate uma proposição de similar teor PL (PL 2115, de 2019).

Os demais projetos ainda estão tramitando na CLDF. Portanto, merecem ser observados para avaliar seus desdobramentos.

CONCLUSÃO

Como resultado do estudo, percebeu-se que iniciativas inconstitucionais intencionais usam prerrogativas de outros poderes para fortalecer sua conexão eleitoral. Para serem bem-sucedidos, os parlamentares avaliam a saliência de determinados temas, buscando aprovar na casa legislativa suas propostas sem ferir suscetibilidades do chefe do Executivo, escapando de um controle de constitucionalidade forte, pelo veto ou pela judicialização. Nesses casos, o cálculo decorre predominantemente de um efeito aprendizagem e, claro, de uma visão arguta do contexto político.

O artigo também tratou da possibilidade de sucesso de iniciativas inconstitucionais intencionais quando ocorre a Apropriação da agenda pelo Executivo por meio do veto, com a rápida apresentação de iniciativa governamental no Legislativo, reestabelecendo a ordem constitucional. Nesse caso, os parlamentares buscam barganhar com o governo a realização dessa estratégia, numa ação cooperativa de saneamento da inconstitucionalidade, com claros benefícios para ambos os lados.

O fato é que o sucesso das iniciativas que se encaixam na categoria de “inconstitucionalidade intencional” depende do (i) do grau de saliência da matéria, (ii) do quadro de negociações com o Governo, tanto em termos de tolerância e não ameaça de levar o questionamento constitucional aos tribunais, quando em termos de saneamento por Apropriação da agenda. Nesse ínterim, a CLDF continua oferecendo fortes incentivos para tais tipos de projetos.

O artigo também abordou tema ainda pouco explorado no campo da relação entre os poderes do Distrito Federal. Importante registrar que

no decorrer da pesquisa, o estudo da Apropriação oportunizou um olhar mais atento aos trabalhos desenvolvidos pelos Deputados Distritais, que por vezes protocolam projetos com vício de competência para trazer à tona o interesse do eleitor em projetos de iniciativa do governo. Tal estratégia, que corre paralelamente para fugir da supremacia judicial, mostra a complexidade das ações que envolvem a atividade de representação em nível subnacional, indicando fonte de inovação no trato da relação entre os poderes.

Ademais, além de expor e propor a categoria conceitual das “inconstitucionalidades intencionais”, o artigo avançou na aplicação da Apropriação da agenda em cenários locais. Nesses moldes, o estudo aborda tema inédito no Poder Legislativo do Distrito Federal e contribui na discussão de uma agenda de pesquisas indicativas de comportamentos estratégicos que driblar os controles constitucionais.

Longe de mitigar a importância, o tema desta pesquisa acaba por reforçar a supremacia constitucional e o papel preponderante do Judiciário, na medida do seu papel integrador do nosso sistema e no controle de arbítrios. As estratégias aqui explanadas servem de contraponto para novas reflexões e ponderações, de modo a tornar o sistema não apenas de elevado poder de representatividade democrática, mas sem abrir mão de sua tecitura constitucional.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Kelly; RODRIGUES, Larissa. *Justiça derruba 77% de leis aprovadas pela CLDF e questionadas pelo MP*: Para o procurador-geral do DF, isso representa um gasto desnecessário de recursos físicos e humanos, o que não é bom para a sociedade. Metrôpolis, Brasília, 14 mar. 2017. Disponível em: < <https://www.metropoles.com/distrito-federal/politica-df/justica-derruba-77-de-leis-aprovadas-pela-cldf-e-questionadas-pelo-mp>>. Acesso em: 13 jul. 2023.

ARNOLD, Douglas R. *The Logical of Congressional Action*. New Haven, Yale University Press, 1991.

ARAUJO, Suely Mara Vaz Guimarães de; SILVA, Rafael Silveira e. Reflexões e novas agendas de pesquisa para os estudos legislativos no Brasil. *Revista Iberoamericana de Estudos Legislativos*, v. 2, n. 1, p. 58-74, out. 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/riel/article/view/5847/4546>.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 0, n. 21, 6 jul. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

CAIN, Bruce E.; FERREJOHN, John; FIORINA, Morris. *The Personal Vote: Constituency Service and Electoral Service*. Cambridge, Harvard University Press, 1987.

CAMERON, Charles M. *Veto Bargaining: Presidents and the Politics of Negative Power*. Cambridge University Press, 2000.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Técnica Legislativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*: São Paulo, 2000.

DISTRITO FEDERAL. Câmara Legislativa do Distrito Federal. *Regimento Interno*, 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 3 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

JORNAL DE BRASÍLIA. *Recursos do Pdaf melhoram escolas de Taguatinga*: Secretário de Educação visitou obras de seis escolas da região. 10 jan. 2021. Disponível em: < <https://jornaldebrasil.com.br/brasilia/recursos-do-pdaf-melhoram-escolas-de-taguatinga/>>. Acesso em: 15 jul. 2023.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado Ed. 1979. p. 310.

LOHMANN, Susanne. *An Information Rational for the Power of Special Interests*. *American Political Science Review*, v. 92, n. 4, p. 809-827, 1998.

BATISTA, M.. Quais Políticas Importam? Usando ênfases na agenda legislativa para mensurar saliência. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 35, n. 104, 2020.

MAYHEW, David R. *Congress: The Electoral Connection*. New Haven: Yale University Press, 1974.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Handbook of law and economics*. North-Holland: Amsterdam, 2008. p. 406-407.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23 ed.. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 525 e 526.

SILVA, Rafael Silveira e; ARAÚJO, Suely Mara Vaz G. de. *Apropriação da agenda do legislativo: como aferir este fenômeno?* Centro de Estudos da Consultoria do Senado – Textos para discussão 76, Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/188904/TD76.pdf?sequence=7&isAllowed=y>

SILVA, Rafael Silveira e; ARAÚJO, Suely Mara Vaz G. de. Ainda vale a pena legislar: a atuação dos agenda holders no Congresso brasileiro. *Revista de Sociologia e Política*, v. 21, n. 48, p. 19–50, dez. 2013.

SILVA, Rafael Silveira e. Beyond Brazilian Coalition Presidentialism: the Appropriation of the Legislative Agenda. *Brazilian Political Science Review*, v. 8, n. 3, p. 98–135, set. 2014.

SILVA, Rafael Silveira e. A apropriação da agenda legislativa como terceira via para o poder de veto presidencial. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 217, p. 1333, jan./mar. 2018. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p13.

TOMIO, F. R. de L.; ROBL Filho, I. N.; KANAYAMA, R. L. Constitucionalismo Estadual e Controle Abstrato e Concentrado de Constitucionalidade nos Tribunais De Justiça: Efeitos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adi) Estaduais na Federação Brasileira. *Revista De Direito Brasileira*, v. 12, n. 5, p. 87, Dez. 2015.

TJDFT declara inconstitucionalidade de 23 normas distritais em 2021. *TJDFT*. 10 jan. 2021. Disponível em: < <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2022/janeiro>>. Acesso em: 13 jul. 2023.

TSEBELIS, George; ALEMAN, Eduardo. *Presidential Conditional Agenda Setting in Latin America*. *World Politics*, v. 57, n. 3, p. 396-420, 2005.

ANEXO

Leis ordinárias e complementares de Iniciativa parlamentar caracterizadas como “inconstitucionalidades intencionais” - criação de parques no DF

Lei	Autor	Objeto	Projeto	Observações
Lei nº 302, de 1992	Edimar Pirineus	Autoriza o Poder Executivo a criar e instalar o Parque Ecológico Veredinha, em Brazlândia.	420, de 1992	Parque criado. Lei regulamentada pelo Decreto nº 16.052/1994.
Lei nº 556, de 1993	Geraldo Magela	Dispõe sobre a autorização de criação do Parque Olhos d'Água, em área que menciona, e outras providências.	1021, de 1993	Parque Olhos d'Água, dentro da área que compreende a SQN 413, SQN 414 e SCLN 414 e SCLN 415.
Lei nº 576, de 1993	Tadeu Roriz	Cria o Parque Três Meninas na Região Administrativa de Samambaia – RA XII e dá outras providências.	641, de 1992	Parque criado. Foi recategorizado como Parque Ecológico Três Meninas pela Lei nº 6.414/2019.
Lei nº 871, de 1995	Marco Lima	Cria o Parque Recreativo do Setor “O”.	287, de 1995	Parque criado. Inaugurado em 23/10/2018. Foi recategorizado, passando de Parque Recreativo do Setor “O” para Parque Urbano do Setor “O”, conforme o Decreto nº 41.293/2020.

Lei	Autor	Objeto	Projeto	Observações
Lei nº 923, de 1995	Lúcia Carvalho	Cria a Área de Relevante Interesse Ecológico denominada Parque Juscelino Kubitschek.	1014, de 1995	Parque criado. Recategorizado para Parque Ecológico da Vila Varjão, conforme a Lei nº 6.414/2019.
Lei nº 1.053, de 1996	Wasny de Roure	Cria o Parque Ecológico e Vivencial da Vila Varjão, na RA XVIII – Região Administrativa do Lago Norte e dá outras providências.	1194, de 1993	Parque criado. Recategorizado para Parque Ecológico da Vila Varjão, conforme a Lei nº 6.414/2019.
Lei nº 1.188, de 1996	João de Deus	Cria o Parque Ecológico e Vivencial do Recanto das Emas	450, de 1995	Parque criado. Recategorizado como Parque Distrital Recanto das Emas, conforme a Lei nº 6.414/2019.
Lei nº 1.202, de 1996	Antônio José (Cafú)	Cria o Parque Ecológico e Vivencial da Ponte Alta do Gama em área que menciona e dá outras providências.	305, de 1995	Parque criado. O Parque passou a ser classificado como Parque de Uso Múltiplo, conforme a Lei Complementar nº 720/2006.
Lei nº 1.262, de 1996	Luiz Estêvão	Cria o Parque Ecológico e Vivencial Canjerana e dá outras providências.	814, de 1995	Parque criado. Esse parque foi criado pela Lei nº 1.262/1996, que posteriormente foi revogada pela Lei nº 4.506/2010, que manteve a sua criação e definiu a sua poligonal, e mais tarde foi recategorizado como Refúgio de Vida Silvestre Canjerana, conforme a Lei nº 6.414/2019.

Lei	Autor	Objeto	Projeto	Observações
Lei nº 1.299, de 1996	Daniel Marques	Cria o Parque Ecológico e Vivencial Cachoeira do Pipiripau e dá outras providências.	296, de 1995	Parque criado. Foi recategorizado como Área de Relevante Interesse Ecológico Cachoeira do Pipiripau, conforme a Lei nº 6.414/2019.
Lei nº 1.300, de 1996	Daniel Marques	Cria o Parque Ecológico e Vivencial de Candangolândia.	250, de 1995	Parque criado. Foi recategorizado como Parque Ecológico dos Pioneiros, conforme a Lei nº 6.414/2019.
Lei nº 1.318, de 1996	Daniel Marques	Cria o Parque Recreativo Sucupira na Região Administrativa de Planaltina – RA VI.	406, de 1995	Parque criado. Foi recategorizado como Parque Ecológico Sucupira, conforme a Lei nº 6.414/2019.
Lei nº 1.446, de 1997	Cláudio Monteiro	Dispõe sobre a criação do Parque Recreativo do Núcleo Bandeirante.	1193, de 1996	Parque criado. Foi recategorizado para parque urbano, conforme o Decreto nº 41.293/2020.
Lei nº 1.594, de 1997	Luiz Estêvão	Dispõe sobre a criação do Parque Ecológico Garça Branca, na Região Administrativa XVI – Lago Sul.	815, de 1995	Parque criado. O projeto foi vetado e o veto rejeitado pela CLDF. Posteriormente o parque foi recategorizado como Refúgio de Vida Silvestre Garça Branca, conforme a Lei nº 6.414/2019

Lei	Autor	Objeto	Projeto	Observações
Lei nº 1.600, de 1997	Luiz Estêvão	Dispõe sobre a criação do Parque das Copaíbas, na Região Administrativa XVI – Lago Sul e dá outras providências.	985, de 1995	Parque criado. O projeto foi vetado e o veto rejeitado pela CLDF. Posteriormente o parque foi recategorizado como Parque Distrital das Copaíbas, conforme a Lei nº 6.584/2020.
Lei nº 1.705, de 1997	João de Deus	Cria o Parque Ecológico e Vivencial do Riacho Fundo em área que menciona e dá outras providências.	1617, de 1996	Parque criado. Foi recategorizado como Parque Ecológico do Riacho Fundo, conforme a Lei nº 6.414/2019.
LC nº 57, de 1998	Antônio José (Cafú)	Cria o Parque Vivencial do Anfiteatro Natural do Lago Sul, na Região Administrativa XVI.	281, de 1997	Parque criado. Foi recategorizado como Parque Ecológico do Anfiteatro Natural do Lago Sul, conforme a Lei Complementar nº 955/2019.
Lei nº 1.826, de 1998	Antônio José (Cafú)	Cria o Parque Ecológico Ezechias Heringer, na Região Administrativa do Guará – RA X.	298, de 1995	Parque criado. O Parque Ecológico Ezechias Heringer constitui-se em unidade de conservação ambiental, com área equivalente a 344,9508 hectares.
Lei nº 2.014, de 1998	José Edmar	Transforma em Parque Ecológico e Vivencial o Bosque dos Eucaliptos da Região Administrativa do Guará – RA X.	2380, de 1996	Parque criado. O projeto foi vetado e o veto rejeitado pela CLDF. O parque foi recategorizado para parque urbano, conforme o Decreto nº 41.293/2020.

Lei	Autor	Objeto	Projeto	Observações
Lei nº 2.044, de 1998	César Lacerda	Dispõe sobre a criação do Parque Recreativo de Santa Maria, na Região Administrativa de Santa Maria – RA XIII.	251, de 1995	Parque criado. O projeto foi vetado e o veto rejeitado pela CLDF. Posteriormente o parque foi recategorizado como Parque Ecológico de Santa Maria, conforme a Lei nº 6.414/2019
LC nº 219, de 1999	Luiz Estêvão	Cria o Parque Ecológico Dom Bosco.	132, de 1997	Parque criado. Trata-se de uma unidade de conservação da natureza de uso sustentável, conforme dispõe a Lei Complementar nº 827/2010.
Lei nº 2.355, de 1999	Daniel Marques	Cria o Parque Ecológico e Vivencial do Retirinho.	1832, de 1996	Parque criado. Foi recategorizado como Parque Distrital do Retirinho, conforme a Lei nº 6.414/2019.
Lei nº 2.279, de 1999	Daniel Marques	Dispõe sobre a criação do Parque Ecológico dos Pequizeiros, na Região Administrativa de Planaltina – RA VI.	1743, de 1996	Parque criado. Foi recategorizado como Parque Distrital dos Pequizeiros, conforme a Lei nº 6.414/2019.
Lei nº 2.360, de 1999	José Edmar	Cria o Parque Urbano Bosque do Sudoeste.	2362, de 1996	Parque criado. Foi inaugurado e entregue a comunidade em 23/03/2013.
LC nº 287, de 2000	Chico Floresta	Cria o Parque Ecológico Águas Claras, na Região Administrativa de Taguatinga – RA III	432, de 1999	Parque Criado. O PLC foi vetado e o veto rejeitado pela CLDF.

Lei	Autor	Objeto	Projeto	Observações
LC n° 614, de 2002	Chico Floresta	Cria o Parque Ecológico da Cachoeirinha, na Região Administrativa do Paranoá – RA VII.	1517, de 2001	Parque criado. Passível de recategorização, tendo em vista que existe uma região considerável do Parque considerada Zona de Preservação da Vida Silvestre, com grande sensibilidade ambiental especial.
LC n° 623, de 2002	Daniel Marques	Cria o Parque Ecológico e Vivencial Estância, na Região Administrativa de Planaltina – RA VI, e dá outras providências.	1797, de 2002	Parque criado. Foi recategorizado como Refúgio de Vida Silvestre Mestre D’Armas, conforme a Lei Complementar n° 955/2019.
LC n° 630, de 2002	Daniel Marques e Eurides Brito	Transforma a área que integra o Centro de Educação Profissional, Colégio Agrícola de Brasília, em Parque Ambiental	1803, de 2002	Parque criado. A LC transformou em Parque Ambiental a área territorial ocupada pelo Centro de Educação Profissional - Colégio Agrícola de Brasília.
LC n° 641, de 2002	Chico Floresta	Cria o Parque de Uso Múltiplo do Morro do Careca, na Região Administrativa do Lago Norte – RA XVIII.	1518, de 2001	Parque criado. PLC vetado e o veto rejeitado pela CLDF. O parque foi recategorizado como Refúgio de Vida Silvestre Morro do Careca, conforme a Lei Complementar n° 955/2019.

Recebido em: 12/12/2023
Aprovado em: 22/01/2024

A PREVARICAÇÃO NA SISTEMÁTICA DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

*MALFEASANCE IN THE SYSTEM OF CRIMES
AGAINST PUBLIC ADMINISTRATION*

Renato Gomes de Araújo Rocha¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. A Administração Pública e Sua Conceituação. 1.1 O Conceito de Funcionário Público. 2. Administração Pública como Bem Jurídico. 3. Administração Pública, Ato Funcional e Prevaricação. 3.1 Ato de Ofício e Poder Discricionário. 4. Elementos da Prevaricação. Conclusão. Referências.

¹ Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

RESUMO: Este artigo buscou analisar os pressupostos e os elementos constitutivos do crime de prevaricação (art. 319 do Código Penal). A fim de melhor esclarecer os limites da intervenção Estatal na esfera penal, o texto combinou Direito Penal e Direito Administrativo em uma análise que se desdobra em quatro pontos. Primeiro, os caminhos e dificuldades para a delimitação de um conceito de Administração Pública e de funcionário público. Segundo, a capacidade de rendimento da Administração Pública como bem jurídico penal. Terceiro, alguns critérios para a compreensão do ato de ofício, bem como o papel que a discricionariedade interpreta na amplitude de criminalização da norma. Quarto, a análise das espécies de prevaricação e a interpretação dos elementos que compõem esse crime diante dos pontos debatidos anteriormente.

PALAVRAS-CHAVE: Prevaricação. Crimes Próprios. Crimes Contra a Administração Pública. Discricionariedade Administrativa. Violação do Interesse Público na Administração.

ABSTRACT: This paper sought to analyze the assumptions and constituent elements of the crime of malfeasance in Brazil (article 319 of the Brazilian Penal Code). In order to shed light on the limits of State intervention in the criminal sphere, it combined Criminal Law and Administrative Law theory in an analysis that unfolds into four points. First, the paths and difficulties of delineating the concepts of Public Administration and public servant. Second, how fruitful and beneficial is the concept of Public Administration as a juridical-penal good (*Rechtsgut*). Third, some criteria for understanding “acts of office”, as well as the role that discretion plays in the scope of normative criminalization. Fourth, the analysis of different types of malfeasance and the interpretation of the elements that constitute this crime in light of the previously discussed points.

KEYWORDS: Malfeasance. Special Offences. Crimes Against Public Administration. Administrative Discretion. Violation of the Public Interest in Public Administration.

INTRODUÇÃO

A compreensão do delito de prevaricação está diretamente ligada com a compreensão que se tem das funções da Administração Pública. Este artigo pretende fazer uma análise ampla da própria conceituação que se faz da Administração Pública no direito penal, justamente porque isso é uma base necessária para uma melhor delimitação do escopo de criminalização do tipo de prevaricação.

Pretende-se, especificar o conceito de Administração Pública em seus pontos pertinentes com o crime de prevaricação. O que se criminaliza tem relação com o leque de atos que podem surgir da Administração Pública com o potencial de serem subsumidos ao tipo penal em questão. Isso significa, para os limites deste texto, estabelecer quem e o que se criminaliza pela prevaricação. A concepção que se tem de objeto de tutela (bem jurídico) e de funcionário público (sujeito do delito), então, decorrem necessariamente dessa análise. Quem se criminaliza tem relação com o fato de, por exemplo, o Brasil não realizar a distinção entre prevaricação administrativa e judiciária, ao contrário de algumas legislações estrangeiras.

Adicionalmente, o curso da análise impõe que se determine com mais clareza o que se entende por ato de ofício, sua relação com o escopo do dever funcional e as consequências que isso têm para poder discricionário do agente público. Com isso, pretende-se estipular, também, as condições de adesão ao interesse público pelo funcionário e o que, complementarmente, se entende por interesse pessoal e sentimento pessoal (enquanto elementos que compõem o tipo de prevaricação).

A análise em termos sistemáticos proposta aqui deve poder capacitar uma compreensão crítica das decisões dos tribunais superiores imediatamente referidas à prevaricação (como nos casos de descumprimento de uma decisão judicial, de omissão do ato de ofício por contradição na legalidade, e de omissão por desídia), bem como a compreensão da possibilidade de colmatação de certas lacunas normativas.

1. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUA CONCEITUAÇÃO

Apesar de sua centralidade para o estudo dos crimes do Título XI do Código Penal, a “Administração Pública” é considerada um conceito equívoco há bastante tempo, já que abarca sentidos muitos diversos entre si. Especialmente com o ocaso de um modelo liberal mínimo de Estado e o crescimento em importância das funções de intervenção ou de prestação que caracterizaram o Estado de Bem-Estar, a distinção entre o que seriam atividades tipicamente estatais e todo o resto foi sendo gradativamente atenuada. Se a utilização da ideia de uma consecução de interesses públicos

poderia, antes, ser suficientemente clara para caracterizar a Administração Pública, a assunção de funções cada vez mais amplas resignificou e estendeu essa concepção mais restrita de interesse público e, conseqüentemente, de Administração Pública (PAGLIARO e COSTA Jr., 1997).

Justamente porque essa perspectiva ampliada de Estado se vê refletida na Constituição da República de 1988 é que se torna relevante também para o direito brasileiro. Especialmente quando se pensa no fenômeno de delegação dos serviços públicos à iniciativa privada (GRECO FILHO e RASSI, 2015). Assim, essa extensão tem um destacado impacto sobre as concepções objetivas de Administração Pública – i.e., para a concepção de Administração Pública enquanto atividade de persecução de fins (a atividade administrativa em si). Isso porque também desempenham atividades de administração pública – além das empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações – as empresas privadas concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de serviço público (PAGLIARO e COSTA Jr., 1997; FELICIANO, 2000).

Apesar de aparecer como um critério de preenchimento para outras normas penais (mesmo para as leis penais extravagantes), o art. 327 do CP apresenta uma definição operativa de funcionário público de baixo rendimento, principalmente porque considera funcionário público “quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce (...) função pública”, numa evidente tautologia conceitual.

Diante da clara dificuldade de definição, em lugar de uma exclusiva concepção material (ou funcional) de Administração Pública (com sua caracterização substancial por um suposto traço ontológico ínsito à atividade pública), torna-se necessária a assunção complementar de uma concepção formal ou orgânica (FELICIANO, 2000), que caracterize a Administração Pública pela simples determinação legal – com papel de destaque para o Decreto-Lei nº 200/67 (decorrente da necessidade de interpretação sistemática do próprio art. 327 do CP).

Enfim, este debate diz respeito aos limites da abrangência conceitual, uma vez que o termo “Administração Pública” não pretende restringir seu escopo significativo ao Poder Executivo (à exclusão dos Poderes Legislativo e Judiciário).² Com isso, deve-se ter em mente que a ideia de separação dos poderes diz respeito a um critério de diferenciação nas atribuições funcionais dentro de uma unidade estatal, e não efetivamente à segmentação do Estado em funções distintas e exclusivas. O poder do Estado é uno e o vetor da função pública atravessa todas as suas esferas, costurando a possibilidade da aplicação comum do direito penal. Tampouco se pode esquecer que, para o direito penal, a expressão “Administração Pública” detém conteúdo

2 “Em sentido lato (que é o jurídico-penal), administração pública é a atividade do Estado, de par com a de outras entidades de direito público, na consecução de seus fins, quer no setor do Poder Executivo (administração pública no sentido estrito), que no do legislativo ou do Judiciário” (HUNGRIA, 1958, p.311).

diverso dos outros ramos do direito (seja ele o direito administrativo ou constitucional) (PAGLIARO e COSTA Jr., 1997).

1.1. O Conceito de Funcionário Público

Embora o art.327 do CP, responsável pela especificação do conceito de funcionário público, apareça só ao fim do capítulo I, ele é válido para o Código como um todo e para as leis penais extravagantes. Isso significa que essa definição vincula o intérprete não apenas quando o funcionário público é o *sujeito ativo* do delito (as hipóteses do Capítulo I, do Título XI, do CP, onde está inserido topicamente o art.327), mas também quando ele é o *sujeito passivo*, de maneira mediata, nos crimes cometidos contra a Administração Pública em geral – como no crime de desacato (art.331 do CP).

Também no conceito de funcionário público, em razão da tautologia acima mencionada, poder-se-ia repetir os dilemas da noção de Administração Pública. Parte da doutrina italiana chegou a enfrentar esse problema quando buscou distinguir entre funcionário público e encarregado de um serviço público, levando, subsequentemente, ao esforço pela distinção entre função pública e serviço público. Tratou-se de um debate um tanto quanto inócuo em razão da impossibilidade, uma vez mais, de estabelecer critérios substanciais claros e definitivos para essa diferenciação. A legislação brasileira conseguiu escapar dessa polêmica ao optar por um conceito unitário (abrangente) de funcionário público.

Quanto ao conteúdo mesmo da expressão “funcionário público”, entre uma *concepção subjetiva* (com foco no tipo de vínculo que liga o sujeito à entidade administrativa), caracterizada quando se trata de relação empregatícia determinada com os entes públicos, e uma *concepção objetiva*, caracterizada pelo tipo de atividade desenvolvida (i.e., o exercício de uma função pública), o Código Penal opta pela concepção objetiva, de maneira a incluir na rubrica de funcionário não apenas os servidores nomeados e investidos nos cargos propriamente ditos, mas também aqueles que prestam serviços públicos sem remuneração (DE SANCTIS, 2016).

Portanto, ainda que o sujeito não exerça cargo ou não esteja contratualmente vinculado à Administração Pública, desde que exerça uma função pública (e.g., seja de jurado ou mesário nas eleições) ele será considerado funcionário público para efeitos penais. Isso também se dá nos casos em que esse sujeito exerce cargo/emprego/função em entidade paraestatal ou empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública – o caso dos funcionários públicos por equiparação (art.327, § 1º, CP). Isso se aplica tanto para o polo ativo (quando o funcionário público ou seus equiparados cometem um delito contra a administração) quanto para o polo passivo (quando o particular

comete um crime contra a administração pública na figura do funcionário ou seu equiparado). Razão pela qual também se configura o crime de desacato quando a ofensa se dirige a quem participa do quadro de funcionários de uma autarquia ou empresa pública (DE SANCTIS, 2016) – uma aplicação abrangente que tem respaldo em julgado do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, STF, 2001).

Dentre as controvérsias que decorrem do conceito de funcionário público, uma das que chama mais atenção diz respeito à aplicabilidade da majorante do § 2º, do art.327 do CP para quem detém mandato eletivo, uma vez que essa causa de aumento se aplica aos “ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público”. Dessa questão surgem duas respostas possíveis: ou se empreende uma interpretação limitativa (estrita), ou se interpreta de forma abrangente, equiparando o *agente político* a quem exerce função de direção ou assessoramento em órgão da administração direta, o que implicaria em uma aparente violação da vedação a interpretações analógicas.

Embora uma interpretação mais estrita habilite apenas a aplicação da majorante quando e unicamente esses agentes exercerem poder de direcionamento em algum órgão da Administração Pública, a posição adotada pelo Supremo Tribunal (BRASIL, STF, 2004) parece se aproximar mais de uma leitura extensiva, já que, em ocasião do recebimento da denúncia no Inquérito n. 1.769-8/DF, decidiu-se pela possibilidade de aplicação da majorante a agentes políticos pela responsabilidade que esses agentes têm, simplesmente em razão da função que exercem e da disponibilidade que têm sobre o bem público³ – uma interpretação mais abrangente do que constava da própria denúncia, diga-se de passagem. Contudo, a noção de que qualquer agente político ou cargo eletivo necessariamente exerceria, ainda que de maneira implícita, uma função de direção parece uma construção consequencialista moldada para impossibilitar impunidades específicas à custa da coerência geral do sistema.

Não obstante a qualidade de funcionário público ser central para a compreensão do capítulo I do título dos crimes contra a Administração Pública, para entender quem são os sujeitos ativos e quando se configura o delito, o elemento central é a violação dos deveres de ofício (que será abordada posteriormente).

3 “É dizer, tais autoridades estão na cabeça do art.327 do Código Penal. Indaga-se agora: qual a razão da regra do § 2º do art. 327 do Código Penal? A razão é esta: quem exerce cargo em comissão geralmente exerce cargo de direção. Esse servidor tem, pois, relativamente aos servidores que chefia, responsabilidade maior, e maior, evidentemente, poder de disposição de bens públicos. Se é assim relativamente ao servidor que ocupa cargo em comissão, o que dizer dos exercentes de cargos de chefia do executivo, do prefeito, do governador ou do presidente da república? Evidentemente que esses dirigentes superiores da administração pública tem responsabilidade muito maior do que o mero exercente de cargo em comissão, do detentor de DAS. E o poder de disposição dos bens públicos, que detém é, também, muito maior do que o do mero exercente de cargo em comissão, do mero detentor de DAS” (BRASIL, STF, 2004, p.90).

2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO BEM JURÍDICO

Como já se mencionou, a Administração Pública enquanto objeto suposto de proteção pela tutela penal é uma expressão de espectro semântico amplo, tendo sido caracterizada de diversas formas. Os esforços de conceituação refletiram, como não poderia deixar de ser, no seu tratamento como bem jurídico. Por isso, há quem defenda que os crimes contra a Administração Pública protegem o funcionamento adequado da máquina pública (o que diz respeito à Administração enquanto função), há quem defenda que protegem a percepção pública do Estado (dando destaque à Administração enquanto ente), assim como há quem, na dúvida, prefira prestigiar a gama completa de possibilidades.⁴

Dessa forma, há teorias que consideram como objeto de tutela penal o *dever de fidelidade* para com a administração pública; o *prestígio* da administração pública com os cidadãos (ou a confiança que eles depositam nela); a *imparcialidade* da administração, que seria violada pelo favorecimento de interesses particulares em detrimento do interesse público; ou o bom andamento da administração, que seria prejudicado quando o funcionário, por exemplo, persegue fins privados (e não públicos).⁵ A própria ideia por trás da tipificação da corrupção está relacionada com a vedação de que seja possível a submissão do interesse público ao particular por meio da mercantilização das condutas de funcionários públicos.⁶

Já nos Códigos Penais de 1830 e 1890, o título agregador dos ilícitos contra a Administração era bastante revelador (“Dos Crimes contra a bôa ordem e administração pública”) sinalizando que o objeto de tutela seria a higidez organizativa da administração pública. Assim, conforme De Sanctis (2016, p.791):

As condutas tipificadas na lei penal, especialmente as inseridas no Título XI do CP, intituladas ‘Dos Crimes contra a Administração Pública’, prevêem sanções em face daqueles que objetivarem obstar ou abalar de algum modo a normalidade funcional, o decoro, a incolumidade e o prestígio da administração pública, compreendida esta, como já explanado alhures, em seu sentido amplo (sujeito-administração e atividade administrativa). O bem jurídico tutelado inserido nos capítulos

4 Para Manzini o direito penal protege, nesses casos, “o interesse público concernente ao normal funcionamento e ao prestígio da administração pública em sentido lato, naquilo que diz respeito à probidade, ao desinteresse, à capacidade, à competência, à disciplina, à fidelidade, à segurança, à liberdade, ao decoro funcional e ao respeito devido à vontade do Estado em relação a determinados ao ou relações da própria administração”, enquanto, para Soler, trata-se do “normal, ordenado e legal desenvolvimento da função dos órgãos do Estado, em todas as camadas de seus três poderes” (PAGLIARO e COSTA Jr., 1997, p.21).

5 Por todos: “A objetividade jurídica dos crimes de que ora vamos nos ocupar é o interesse da normalidade funcional, probidade, prestígio, incolumidade e decôro da *Administração Pública*” (HUNGRIA, 1958, p.311).

6 “Através da proibição da compra e venda particular do ato são tutelados tanto o bom andamento quanto a imparcialidade da administração pública” (PAGLIARO e COSTA Jr., 1997, p.106).

que compõem o aludido título é o funcionamento regular da atividade estatal ou de outros entes públicos.

Embora, em tese, seja possível a eleição de bens jurídicos alternativos ou plúrimos, isso reforça a incerteza e dificulta a ampla defesa – e.g., pela incapacidade de se alegar insignificância (ainda que remotamente, dada a atual posição dos tribunais superiores). Diante da interdição lógica, retórica ou dogmática de um bem jurídico específico, promoveu-se reiteradamente sua substituição, caso a caso, por outro mais conveniente; optando-se ora por compreender esses delitos como uma lesão à moralidade pública, ao funcionamento normal da administração, ao dever de fidelidade etc. O que estimula um ataque, então, não apenas a possibilidade de segurança jurídica, mas de uma compreensão sistemática, não-contraditória do fenômeno.

Por outro lado, a ideia de moralidade administrativa como bem jurídico parece insuficiente tanto em razão de seu caráter abstrato (espiritualizado), quanto por ser uma espécie de antropomorfização de uma entidade burocrática. Um ente dessa natureza tem tanta moralidade quanto qualquer objeto inanimado, como uma torradeira. A moralidade, portanto, só faria algum sentido se compreendida, em sentido *lato*, como reputação (presente na ideia de prestígio ou confiança na Administração Pública). Isso tornaria sobremaneira inviável a aferição de lesão do bem jurídico, e condicionaria essa lesão a elementos que estão fora do controle da conduta do agente – uma conduta com alto dano social objetivo e pouco conhecida (ou não tornada pública) seria menos lesiva, nesse sentido (i.e., quanto à reputação), do que uma conduta com baixo dano social objetivo e muito divulgada.

Alternativamente, a violação da moralidade poderia ser entendida como uma propriedade que emerge da forma como o agente público se relaciona com a entidade administrativa, e a imoralidade seria uma consequência da violação do seu dever de lealdade com a Administração (presente na ideia anteriormente citada do dever de fidelidade como bem jurídico), que muito se aproxima da noção de um “dever de obediência ao Estado” ou de objeto formal do delito,⁷ frutos de um suposto direito de obediência ou sujeição do Estado em relação ao indivíduo (*Botmäßigkeit*).

O grande empecilho em compartilhar deste entendimento é que alçar à posição de objeto de tutela o dever de lealdade tem como efeito a criação

7 “O objeto formal do crime seria constituído pelo direito do Estado às ações ou omissões impostas sob ameaça de pena, ou seja, o direito subjetivo público estatal à obediência ou observância dos preceitos penais” (FRAGOSO, 1977, p.10).

de um crime de mera desobediência⁸ (*einfachen Ungehorsam*). Um suposto dever de lealdade acaba constituindo, então, uma espécie de tautologia protetiva, contra a qual a crítica de Heleno Fragoso (1977, p.12) à concepção de *objeto substancial genérico* (i.e., quando o objeto de tutela do Estado seria o interesse na própria conservação) ainda parece ser pertinente: a proteção do “interesse na observância dos comandos” é pressuposto da norma penal e não seu objeto de tutela, senão essa norma estaria tutelando o direito à tutela.⁹

Por tudo isso, e diante da ausência de uma definição mais restrita, parece mais coerente, então, afirmar que o bem jurídico protegido é o funcionamento adequado da Administração Pública.¹⁰

3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, ATO FUNCIONAL E PREVARICAÇÃO

Os princípios norteadores de qualquer atividade administrativa são determinados pela Constituição (art.37 da CF)¹¹ e sua observância é obrigatória para todos os poderes e esferas da Administração.¹² Como se sabe, a Administração Pública – e, reflexamente, o funcionário público – tem seu âmbito de atuação delimitado por aquilo que a lei determina (o chamado princípio da legalidade estrita).¹³ O princípio reitor da legalidade não dispõe somente uma dimensão formal, mas também material, que impõe a submissão a regras de moralidade e eticidade (como estipula o próprio princípio da moralidade administrativa), tendo em vista não o interesse individual do representante da administração, mas da coletividade (DE SANCTIS, 2016).

8 Tratando de outro tipo penal, diz algo relevante Mir Puig: “Vid. Nieto Martín, A., El delito de administración fraudulenta, pp. 240 y 241. Así, literalmente dice: (...) ‘El incluir un deber de fidelidad con el fin de explicar el bien jurídico de los delitos de malversación supone un error semejante al que cometía la doctrina alemana de los años 30, cuando creía ver la esencia del delito de *Untreue* en la ruptura de un deber de lealtad. Igual que en este delito el deber de fidelidad en los tipos de malversación no es sino el medio comisivo característico para producir la lesión patrimonial, que ha de utilizarse además para trazar el círculo de *intraneus*. Y es este especial desvalor de la acción, que no la existencia de un bien jurídico adicional, lo que justifica la mayor pena que se asocia a la malversación” (PUIG, 2015, p.189).

9 Ainda: “A violação de um dever é, por assim dizer, o modo de ser da infração penal, que somente adquire sentido como meio para obtenção de uma conduta socialmente útil, vale dizer, com meio de tutela de um valor social” (FRAGOSO, 1977, p.21).

10 Mesmo na doutrina estrangeira: “Como en la mayoría de los tipos penales de este título, se puede afirmar que se protege el correcto funcionamiento del servicio público, procurando el desenvolvimiento normal y diligente de la administración” (DONNA, 2008, p.172).

11 Constituição Federal, art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).

12 “(...) valendo ressaltar que em seu §4 [do art.37] tratou especificamente da lesão à moralidade, com menção à improbidade administrativa, cujo objetivo foi o combate à corrupção e à impunidade, preservando-se a ética no setor público” (DE SANCTIS, 2016, p.790).

13 “[O Estado de Direito.] inicialmente, submisso aos termos constitucionais, em seguida, aos próprios termos propostos pelas leis, e, por último, adstrito à consonância com os atos normativos inferiores, de qualquer espécie, expedidos pelo Poder Público. Desde esquema, obviamente não poderá fugir agente estatal algum, esteja ou não no exercício de ‘poder’ discricionário”, ou “Isto permite dizer, sem nenhum receio de equívoco, que a atividade administrativa é fundamental e essencialmente uma atividade sublegal, infralegal” (MELLO, 2017, p.11 e 12, grifo nosso).

Da ideia de legalidade também deriva o preceito de que o Estado e seus agentes estão limitados pelo espectro normativo instituído.¹⁴ Contudo, a noção de igualdade serve igualmente como elemento sustentador do Estado de Direito. Nas democracias liberais modernas (e em seus desdobramentos contemporâneos), a ideia de igualdade sustenta a própria concepção de soberania popular (e, conseqüentemente, de Estado de Direito), que só faz sentido enquanto delegação individual de soberania (em contraposição a uma delegação divina) (MELLO, 2017).

A igualdade e a delegação individual da soberania seriam dois lados de uma mesma moeda, que se contrapõe filosoficamente à justificação divina da autoridade, ligada intimamente, por sua vez, a estratificação de poder (desigualdade) e ao seu exercício amplamente discricionário. Portanto, do ideal mesmo de igualdade deriva o preceito de que a fundamentação última do poder estatal é o interesse coletivo, do contrário um interesse particular poderia se sobrepor ao da coletividade (o que infirmaria, por consequência, a ideia reitora inicial).

Tudo isso significa, como será exposto com mais detalhes no tópico seguinte, que as finalidades estabelecidas pelo ordenamento normativo são obrigatórias aos agentes públicos, e a busca dessas finalidades tem o caráter de *dever*, ou seja, é uma função. Isso porque designa justamente um fim que deve ser obrigatoriamente perseguido em favor de interesse alheio (distinguindo-a da “faculdade”, como algo que se maneja em interesse próprio). Precisamente por essa razão, Celso Bandeira de Mello (2017, p.14) afirma que “o eixo metodológico do Direito Público *não gira em torno da ideia de poder, mas gira em torno da ideia de dever*”.

3.1. Ato de Ofício e Poder Discricionário

O ato de ofício a que se refere o crime de prevaricação (art.319 do CP) é aquele que certo funcionário público deve praticar de acordo com seus deveres funcionais (FRAGOSO, 1981). Ou seja, diz respeito a um “ato funcional”, que se identifica apenas parcialmente com o conceito de “ato administrativo” (do direito administrativo), já que pode se materializar por qualquer conduta realizada pelo funcionário público no exercício da sua competência. Não compreende somente o “ato administrativo” propriamente dito (providências, propostas, requisições, pareceres, operações etc.), mas também as manifestações que compõem o ato administrativo (como no caso do ato complexo), os atos de governo e mesmo os atos de direito privado (a antítese de um ato administrativo) (PAGLIARO e COSTA Jr., 1997).

14 “Logo, a relação existente entre um indivíduo e a lei, é meramente uma relação de não contradição, enquanto que a relação existente entre a Administração e a lei, é não apenas uma relação de não contradição, mas é *também uma relação de subsunção*” (MELLO, 2017, p.13).

Acham-se compreendidas, ademais, todas aquelas condutas que somente em conexão com outras condutas (do mesmo sujeito ou de outros) formam um *quid* que, para o direito administrativo, representa um ato único. Estão igualmente abrangidas as condutas daquelas pessoas, como os notários, que, embora exercitando funções públicas, não agem como órgãos da administração pública e, portanto, não praticam atos administrativos. Assim, v.g., se um Ministro aceitar numerário para apresentar um projeto de lei em vez de um outro, inexistente dúvida de que estamos diante de uma corrupção passiva. Se a administração pública estipular um contrato (de compra e venda, de locação, etc.) que se submete às normas do direito privado, não há motivo para imaginar que o funcionário, que contrata, não realize, perante o direito penal, um ato funcional. Finalmente, determinada atividade não propriamente censurável, como recolhimento de dados técnicos que servirão para o provimento de uma disposição, não configura um ‘ato administrativo’, embora o funcionário público que a realiza aja em razão de sua função (FRAGOSO, 1981, p.112-3).

Do conceito de ato de ofício surgem questões sobre o que pode ou não ser criminalizado, uma vez que há uma série de condutas que não se configuram como atos de ofício, mas os influenciam (como as condutas antecedentes). Assim como há certos deveres funcionais que só indiretamente estão ligados às omissões ou retardamentos realizados. Em outras palavras, o funcionário não negaria, em princípio, a realização do ato de ofício (que é a essência do delito), mas essa omissão seria uma consequência de uma violação de um dever “menos grave” (como atrasos e faltas na jornada de trabalho).¹⁵

Adicionalmente, na redação do tipo penal, a omissão do ato ou sua realização em ritmo delongado têm seu escopo semântico delimitado pelo adjetivo *indevido* (o qual não consegue de maneira bem-sucedida diferenciá-los totalmente de um simples *desvio de poder*)¹⁶ e a terceira modalidade (prática do ato contra disposição expressa em lei) possui uma amplitude conceitual aparentemente distinta, uma vez que nem todos os deveres de agentes públicos derivam de disposições expressas de lei – por exemplo, as portarias e regulamentos. Com isso, o âmbito de incriminação das duas primeiras

15 Citando S. Soler, diz E. Donna (2008, p.173): “Todas estas conductas deben referirse a los actos de la función, esto es, a ‘los actos que son el contenido de la función, y no a los actos que el funcionario debe personalmente realizar para cumplirlos, cuya transgresión suele estar prevista como infracción disciplinaria: faltar a la oficina, llegar tarde, retirarse antes del horario’”; e acrescentam Pagliaro e Costa Jr. (1997, p.136-7): “Finalmente, não se deve excluir a possibilidade de a omissão do ato ser efetuada pelo funcionário, colocando-se ele na impossibilidade material de executar o ato devido. Por exemplo, destruindo os documentos que lhe permitiriam executar o ato”.

16 A proximidade é notável: “Sobremodo nos casos em que o desvio de poder é praticado conscientemente pela autoridade e tanto mais naqueles em que o faz por intuítos pessoais, de perseguição ou favoritismo, avulta a percepção de que o controle do ato é mero controle de legalidade” (MELLO, 2017, p.58).

modalidades de conduta apresentar-se-ia como mais amplo. Não parece ter sido essa, contudo, a intenção do legislador,¹⁷ nisso que parece se tratar de uma opção estilística.

Em suma, poder-se-ia dizer que ato de ofício é o ato conforme os deveres funcionais, e que deveres funcionais são aqueles decorrentes do encargo específico de funcionário determinado, e não um dever genérico (oponível a todo e qualquer cidadão, como aqueles decorrentes das normas de trânsito). Ato de ofício é, portanto, “todo aquele que corresponde à competência legal do funcionário, enquadrando-se nas atribuições da função exercida” (FRAGOSO, 1981, p.431). Usando mais uma vez um exemplo de Pagliaro e Costa Jr. (1997), o fato de nos confrontarmos com um policial rodoviário não torna os deveres de circulação no trânsito menos genéricos e, conseqüentemente, funcionais em relação a ele.

Vale salientar também que o ato de ofício se distingue do simples ato praticado em razão (ou no contexto) do cargo (e.g., a recomendação de um colega de trabalho em razão de boas relações pessoais) e do ato totalmente privado (como as aulas particulares oferecidas pelo professor de instituição pública, mesmo que com isso viole algum dever do cargo). É preciso destacar também que o caráter sinalagmático do ato em algumas situações (como se torna evidente no tipo de corrupção) impõe que ele precise ser individualizado ou individualizável,¹⁸ e o acompanha apenas parcialmente para as condutas que não envolvam uma bilateralidade (como é o caso da prevaricação). Para fins didáticos, seria *como se* a contrapartida da realização (ou não) indevida do ato de ofício fosse a satisfação de um interesse ou sentimento pessoal (embora saibamos que não se pode falar em relação sinalagmática nesses termos, já que a satisfação de interesse ou sentimento não é propriamente uma contraprestação, algo que se recebe em troca, de outrem, mas uma motivação) (PAGLIARO e COSTA Jr., 1997). Assim sendo, quando sequer é possível a individualização do ato que o funcionário deveria ter realizado ou realizou (contra disposição de lei) para a satisfação do interesse pessoal, então, tampouco pode se dizer que há um ato de ofício.

Mais especificamente, mesmo os atos discricionários podem – ao contrário do que pareceria em uma análise superficial – violar deveres

17 Magalhães Noronha, por exemplo, considera indevido e ilegal como termos equivalentes no que tange o delito de prevaricação: “A omissão ou retardamento deve ser feito indevidamente. A lei usa o advérbio, com o fito de acentuar o elemento da *antijuridicidade*, constituindo, dessarte, a figura um tipo *anormal*. A conduta omissiva há de ser, pois, indevida, injusta ou ilegal. Assim também quando se tratar da *prática*: deve esta ser ilegal ou antijurídica, isto é, contra *expressa disposição de lei*” (NORONHA, 2001, p.266). Hungria trata indevido e ilegal como conceitos mais ou menos intercambiáveis na prevaricação: “O advérbio *‘indevidamente’*, empregado no texto legal, tanto significa *ilegalmente*, quanto *injustificadamente*. Finalmente, na modalidade comissiva, o agente substitui a vontade da lei pelo seu arbítrio, praticando, não o ato que é de seu dever praticar, mas outro contrário à ‘disposição expressa de lei’ (*ilegítimo*)” (HUNGRIA, 1958, p.376).

18 “A individualização, todavia, poderá limitar-se ao genérico dos atos, enquanto a individualização do genérico comporta a individualização de todos os atos concretos de ofício que, como *species*, acham-se compreendidos. A individualização poderá ser indireta, no sentido de que o funcionário público se comprometa a cumprir os atos que serão determinados de um modo preestabelecido, quicá através de manifestações de vontade sucessivas do particular” (PAGLIARO e COSTA Jr., 1997, p.114).

funcionais. Isso porque a discricionariedade do funcionário é vinculada aos princípios e normas reitores do direito administrativo, em outras palavras, a liberdade do funcionário não é absoluta e ele deve privilegiar sempre o interesse coletivo. Seu espaço de decisão (i.e., de discricionariedade) está balizado pela imparcialidade e pela eficiência, por exemplo. É um espaço que existe a partir dos princípios e normas, e não apesar deles.

Ainda que se ignore as limitações sistemático-normativas à discricionariedade, existem balizas adicionais impostas pela esfera da linguagem e da lógica. No campo da linguagem: (a) palavras e conceitos têm o espectro semântico limitado, e há uma chamada zona de certeza positiva e negativa, na qual se pode estar certo da aplicação ou não dessa palavra/conceito no caso concreto (é na transição entre as duas zonas que surgiriam possíveis dúvidas); e, conseqüentemente, (b) o agente público ao interpretar a norma não pode atribuir às palavras ou conceitos vagos um conteúdo diferente daquele socialmente abalizado ou normativamente ancorado (afinal, toda interpretação é contextual).

Com isso, desautoriza-se que interpretações idiossincráticas ou originais se sobreponham ao sentido corrente das palavras. Senão o direito estaria, de maneira solipsista, esvaziando a linguagem de sua função (de limitar sentido) e sujeitando-a ao mais absoluto subjetivismo do interlocutor. Já na esfera da lógica, como o ato administrativo se coloca em uma relação *meio-fim* com a própria finalidade da norma, esse ato deve ser idôneo para alcançar essa finalidade da melhor maneira no caso concreto – a isso se chama de correlação lógica (MELLO, 2017, p.9-29).

Portanto, ainda que haja um âmbito de discricionariedade, em razão da imprecisão (da hipótese, do comando ou da finalidade da norma) que atravessa determinado dispositivo legal, essa vagueza relativa não autoriza ou dá liberdade para privilegiar interesses particulares em detrimento do interesse coletivo. Caso contrário, estaria configurada uma arbitrariedade. Em síntese, a noção de ato discricionário seria uma espécie de forma elíptica de dizer “ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos aspectos que o condicionam ou que o compõem” (MELLO, 2017, p.18).¹⁹

A lei sempre tem em vista um comportamento ótimo para a satisfação de suas finalidades, seja de maneira vinculada (quando o comportamento ótimo é previsível de antemão) ou facultando algumas opções (quando há mais de uma possibilidade para tanto e o caso concreto deve contribuir para a decisão).

¹⁹ Como bem coloca Celso Bandeira de Mello (2017, p.13): “(...) o ‘poder’ discricionário *jamais poderia resultar da ausência de lei que dispusesse sobre dado assunto*, mas tão somente poderá irromper como fruto de um certo modo pelo qual a lei o haja regulado, porquanto não se admite atuação administrativa que não esteja previamente autorizada em lei. Comportamento administrativo que careça de tal supedâneo (ou que contrarie a lei existente) seria pura e simplesmente *arbitrio*, isto é, abuso intolerável, pois discricionariedade e arbitrariedade são noções radicalmente distintas”.

Tudo isso cria um problema, qual seja, uma camada adicional de indeterminação – pois, por discricionariedade deve-se ler indeterminação – sobre tipos penais que já são por si mesmos abertos. Por consequência, também significa que, dada a discricionariedade, o agente público não transgredir o direito se, dentre opções postas, nenhuma pode ser tida como incorreta por serem razoáveis diante da finalidade da lei e da situação em concreto, e ele opta pelo caminho impopular ou não autoevidente para o julgado (respeitados os limites anteriormente citados).

É falsa a concepção de que o agente público teria uma margem de “liberdade” nos atos discricionários. Inclusive, pela teoria do desvio de poder (característica, mas não exclusiva dos atos discricionários),²⁰ é possível decantar os atos ilegítimos em dois tipos (dentre outras classificações disponíveis): aqueles que realizam uma finalidade alheia ao interesse público; e aqueles que, embora busquem o interesse público, realizam uma finalidade (pública) que extravasa a sua estrita competência. Isso porque, como foi mencionado, a partir de uma relação *meio-fim*, a finalidade da lei articulada ao caso concreto estipula formas mais específicas de exercício da competência do que aquilo que pode ser abstratamente deduzido da norma; e isso se traduz na imposição da perene persecução de resultados ótimos.

Em outras palavras, mesmo a busca de um objetivo (abstratamente) lícito pode se configurar como um desvio de poder quando realizada por um meio impróprio. O que parece estar em sua maior parte em sintonia com a formulação de Pagliaro e Costa Jr. (1997, p.142):

Poderá apresentar-se o delito em causa mesmo na hipótese de omissão ou retardamento de ato discricionário. Contudo, nesse caso é imperioso que a conduta não constitua exercício do poder discricionário, o que pode suceder em duas hipóteses: se da discricionariedade não depender o *an* e o *quando* da comissão do ato; se a omissão ou o retardamento não dependerem do uso do poder discricionário, mas do interesse ou sentimento pessoal. (...) O ato de ofício não se considera omitido ou retardado quando, em lugar do ato devido pela lei, o agente realize um ato que, embora diverso, tenha efeitos praticamente equivalentes àquele ato devido. Por exemplo: se o Prefeito, em vez de ordenar formalmente por escrito a suspensão de trabalhos relativos a construções abusivas, ordenar verbalmente, obtendo igualmente a suspensão dos trabalhos.

Em suma, é possível um desvio de poder por um ato alheio à finalidade pública ou adstrito à finalidade pública (que seria um desvio de procedimento);

20 “conquanto o desvio de poder seja vício apontado como específico dos atos exercidos por ocasião de competência discricionária, não são de excluir hipóteses de sua ocorrência - certamente muito raras - perante situações nas quais a conduta do agente se realiza sob a égide de norma cuja linguagem sugira vinculação” (MELLO, 2017, p.70).

e, em se tratando de um ato conformado à finalidade pública, a ilegitimidade decorre do emprego de um meio juridicamente inidôneo para concreção desse fim, pois cada finalidade legal teria insculpida em si os meios adequados a sua consecução.²¹ No caso de um ato alheio a qualquer finalidade pública, trata-se justamente da substituição dos interesses coletivos pelo interesse particular, que se mascara de interesse público para se justificar.

Essa segunda hipótese, a mais relevante para o direito penal, seria (pelos critérios do direito administrativo) o caso de um *vício objetivo*, uma divergência entre a finalidade que o ato deveria cumprir e a que ele efetivamente cumpre – ambas questões objetivas, embora a última seja maculada por um fato subjetivo (o desvio de intenção). Portanto, parece profícuo trazer para a discussão alguns critérios do direito administrativo, para auxiliar (e não substituir) a formulação de traços de identificação do desvio de poder.

Isso significa construir um quadro de critérios antecedentes ao ato para compreendê-lo no contexto em que foi realizado. Critérios como: (a) a irrazoabilidade da medida realizada; (b) a disparidade da medida com as condutas habituais pretéritas adotadas pela própria Administração em casos semelhantes; (c) a desproporcionalidade entre o conteúdo da medida e os fatos que a justificaram; (d) incoerência na relação premissa (lógica ou jurídica) e conclusão (i.e., se há um *non sequitur*); (e) contexto antecedente ao ato, que pode revelar favoritismos ou animosidades; (f) histórico do agente, não para presumir sua vontade, mas para estabelecer uma linha de coerência com suas decisões anteriores (MELLO, 2017).

Todos esses critérios são formas de avaliar se houve um afastamento do interesse público, pois “a teoria do desvio de poder teve o mérito de focalizar a noção do interesse público como centro da legalidade do ato administrativo” (MELLO, 2017, p.67). Assim, o critério central para se distinguir, para além dos atos vinculados, quando há violações das disposições legais nos atos discricionários é a substituição da finalidade pública pelo interesse individual. Então, faz sentido que isso compareça na redação explícita do tipo.

De outra parte, se for possível falar em dúvida razoável nesse caso (sobre haver ou não uma subsunção incorreta do ato concreto aos preceitos legais que empregam conceitos vagos), a determinação conceitual do judiciário só deveria ter efeito *ex nunc*, devendo gerar o reconhecimento da impossibilidade de uma criminalização retroativa. Afinal, a utilidade da discricionariedade é, em grande medida, a de limitar o controle judiciário de legitimidade dos atos praticados pela administração pública, bem como estabelecer a inexistência de um direito subjetivo de terceiro que seja oponível contra o ato realizado (MELLO, 2017).

21 “Repise-se que no Estado de Direito é garantia do administrado saber que o poder público está adstrito não só aos fins que de antemão a lei elegeu como prezáveis, mas também aos meios que adrede categorizou como sendo os próprios para suprir as finalidades consideradas valiosas (...)” (MELLO, 2017, p.65).

Caso contrário, ao lado da questão da culpabilidade (em razão de um erro de proibição invencível),²² haveria um cumprimento apenas aparente do princípio da legalidade, especialmente quanto a duas de suas funções: a de vedação a incriminações vagas ou indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*) e de vedação a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*).²³ Uma vez que a anterioridade da lei penal foi preenchida de maneira apenas formal, e não substancial (pela efetiva definição de conteúdo dos elementos que compõem o tipo). Afinal, como lembra Nilo Batista (2007), algumas das formas mais comuns de rompimento do princípio da legalidade, em sua dimensão de interdição de criminalizações indeterminadas, envolvem (a) a ocultação do núcleo do tipo (comum em normas construídas sobre o resultado lesivo, em vez da ação propriamente dita), (b) o uso de elementos típicos sem precisão semântica, ou (c) tipificações abertas e exemplificativas (comuns nos crimes culposos e de perigo).

Adicionalmente, se considerarmos ato de ofício tudo aquilo que emana do funcionário público no exercício da sua função, esse ato (entendido também enquanto atividade administrativa) é considerado o desempenho de uma *função* – por sua vez, essa função é composta pelo dever de realizar uma finalidade pré-estabelecida pela lei em favor do interesse coletivo –, como foi indicado anteriormente, um novo problema aparece: a natureza indeterminada dos bens jurídicos pode se expressar também por meio da eleição de “funções” como objeto da tutela penal, o que aponta um retorno à já mencionada questão dos delitos de mera desobediência (*einfachen Ungehorsam*). Isso porque são traços distintivos da “função” a instrumentalidade e a dependência (de outro objeto) (TAVARES, 2004). Ou seja, trata-se de um conceito eminentemente relacional, que apenas contextualmente irá adquirir significado (i.e., em uma relação posterior com outros elementos).²⁴

Assim, a proteção de uma função frequentemente se traduz (em última instância) na proteção das atividades do Estado como um fim em si mesmo, sem uma maior ancoragem na proteção do indivíduo (como pressuposto do conceito de bem jurídico).²⁵ Isso estimularia, então, uma tendência à

22 “Quando uma ação, que até certo momento era considerada lícita, passa a ser tratada como ilícita em razão de um novo critério interpretativo, ela não pode ser imputada ao agente, porque isso equivaleria a pretender que os cidadãos dessem abster-se não apenas daquilo que a jurisprudência considera legalmente proibido, mas também daquilo passível de vir a ser julgado proibido (ou seja, do ‘proibível’) em virtude de possíveis e inovadores critérios interpretativos” (ZAFFARONI et al., 2017, p.224).

23 “A função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligível por todos os cidadãos” (BATISTA, 2007, p.78).

24 “La distinción básica reside en que la función no existe por sí misma, sino que depende de una relación y de sus variables, posibilitando únicamente cálculos de predicados que no pueden ser considerados valores” (TAVARES, 2004, p.65).

25 “El interés fiscal del Estado, por ejemplo, no puede ser elevado a bien jurídico únicamente por causa de los intereses públicos del Estado, más sí como condición de supervivencia o de mejoramiento de la calidad de vida del ser humano (...)” e “Si tomamos el orden jurídico penal sobre el presupuesto de garantía, la incriminación de una conducta sólo debe tener por objeto jurídico lo que pueda surgir de un ente real estable – la persona humana – y no de una función, siendo inválidas las normas que así lo traten” (TAVARES, 2004, p.48 e 65).

acessoriedade administrativa do direito penal,²⁶ uma característica que, mais recentemente, é reiteradamente identificada prevalente no ramo do direito penal econômico (SILVEIRA e SAAD-DINIZ, 2017).

Por fim, o ato produzido em desconformidade com a finalidade legal é, em última análise, inválido, cabendo, pois, o controle jurisdicional.²⁷ A discricionariedade diz respeito, aliás, tanto ao mérito do ato (conveniência e oportunidade)²⁸ quanto à própria intelecção dos conceitos vagos, ambos os quais passam a se entremear. Por isso, para Celso Bandeira de Mello (2017, p.28):

Com efeito, não se poderá, por exemplo, reputar juridicamente conveniente ou oportuno adotar certa providência que a lei *faculte* produzir em caso de ‘urgência’ ou perante situações de ‘risco para a tranquilidade pública’, sem antes solucionar a questão de saber-se se o caso vertente realmente se enquadra no conceito fluido designado pela palavra ‘urgência’ ou pela expressão ‘risco para a tranquilidade pública’ e se em quaisquer destes casos a providência se justifica em face da *finalidade* da regra habilitante (bem jurídico também qualificado por conceitos vagos).²⁹

Toda essa discussão ganha contornos mais específicos quando pensamos no caso particular da prevaricação (art. 319 do CP), que nada mais é do que uma infidelidade ao dever de ofício,³⁰ e que pode se dar também dentro do escopo de conveniência e oportunidade do ato (que repercutirá na imparcialidade e na moralidade). Trata-se do descumprimento dos deveres ou obrigações decorrentes da função exercida, e com essa violação das obrigações há, também, um abuso dos poderes intrínsecos ao cargo – seja pelo não exercício desse poder no momento adequado ou de maneira distinta do legalmente estabelecido. É claro que, com isso, só o funcionário público no exercício de suas funções pode ser sujeito ativo desse delito.

26 “Como se trata de una sanción administrativa, que no tiene como presupuesto la lesión o puesta en peligro de cualquier bien jurídico, la simple infracción de las reglas de control es suficiente para justificarla” (TAVARES, 2004, p.63).

27 “Ressalte-se, afinal, sublinhadamente, que o Judiciário tanto interpreta a lei – para corrigir atos que desborem das possibilidades abertas pela moldura normativa – nos casos em que verifica se os conceitos vagos ou imprecisos foram apreendidos pela Administração dentro da significação contextual que comportavam, como quanto, para os mesmos fins, verifica se a opção de conveniência e oportunidade se fez sem desvio de poder, isto é, obsequiosa às finalidades da lei” (MELLO, 2017, p.27).

28 “Logo, não bastará invocar a expressão legal enunciativa do conceito fluido ou que dá liberdade de fazer ou não fazer, ou que permite praticar o ato A, B ou C, para que o órgão controlador (interno ou externo) da legitimidade, seja Judiciário, seja a Administração Pública, tenha que concluir que existe discricção e que, por isso, não pode ser examinado a fundo o ato, sob pena de estar-se entrando no mérito do ato administrativo. É que isto não é ‘mérito’ do ato administrativo” (MELLO, 2017, p.37).

29 Ainda: “(...) para resolver-se se um dado ato é suscetível de qualificar-se, de direito, como conveniente ou oportuno tenha-se de resolver previamente sobre a aplicabilidade ou não do conceito impreciso mencionado pela lei em sua hipótese ou em sua finalidade” (MELLO, 2017, p.28).

30 “Em particular, poderá tratar-se também de ato discricionário, quando o funcionário voluntariamente altera os critérios em que deverão inspirar-se as escolhas discricionárias” (PAGLIARO e COSTA Jr., 1997, p.138-9).

4. ELEMENTOS DA PREVARICAÇÃO

A prevaricação criminaliza a omissão indevida do ato de ofício, seu retardamento ou sua realização contra disposição expressa de lei. Trata-se de três possibilidades de condutas típicas que, quando realizadas, continuam todas a perfazer um único crime (tipo misto alternativo). Primeiramente, para se configurar o retardamento é preciso que o ato se prolongue para além dos prazos previstos (em normas explícitas ou nos costumes da administração), mas que ainda tenha capacidade de produzir “efeitos típicos”. Se não há possibilidade de produzir efeitos típicos, então, essa realização extemporânea equivale a uma omissão (e não a retardamento). Portanto, o que diferencia o retardamento é que, vencido o prazo, apesar de ainda poder produzir efeitos (trata-se de um termo ordinatório), ele gera dano ou perigo, para a administração ou para o particular (PAGLIARO e COSTA Jr., 1997).

Em segundo lugar, para se configurar a omissão é preciso que o agente deixe dolosamente de realizar em absoluto o ato dentro de um prazo determinado e que, depois desse prazo, não seja mais possível produzir efeitos típicos (i.e., trata-se de um termo peremptório). Assim, ainda que se realize o ato, se a execução for extemporânea, ela equivale a uma omissão – mesmo que o prazo não seja expresso. Adicionalmente, é possível estabelecer, por extensão lógica, condutas que equivalem a uma omissão. São elas (PAGLIARO e COSTA Jr., 1997): (a) o ato praticado sem os requisitos de existência (ato inexistente);³¹ (b) o ato que (existindo, sendo válido e eficaz) gera um efeito diferente daquele que deveria ter sido produzido (em razão dos deveres da função);³² (c) o embaraço ao adequado desenvolvimento do ato, sob o pretexto da observância literal e rigorosa de regulamentos ou instruções³³ (o chamado obstrucionismo);³⁴ (d) a autocolocação em impossibilidade material de realização do ato – como a destruição dos meios que permitam sua realização.

Em terceiro lugar, no que diz respeito à previsão de uma conduta contra disposição de lei, essa realização *contra legem* precisa estar dentro da competência do funcionário. Pois, estando fora, ele age na sua posição de particular, e não mais como funcionário. É necessário que ele tenha competência para subverter os deveres da função, caso contrário o ato passa

31 Em sentido semelhante: Edgardo Donna (2008, p.173).

32 “O ato deve ser considerado omitido se (...) um ato válido, mas com efeitos diversos daqueles que o ato do funcionário tinha o dever de cumprir. Por exemplo, concessão de porte de armas, não do passaporte; concessão de licença para venda de produtos alimentares, e não para abertura de uma barbearia” (PAGLIARO e COSTA Jr., 1997, p.136).

33 “Como já se observou com procedência, ‘tais normas são complementadas pela praxe do serviço interno, e interpretadas ou integradas ou, em caso de urgência ou necessidade, inclusive derogadas por ordem dos superiores responsáveis’ e, de qualquer modo, podendo ser invocadas somente em favor da função que regulamentam, não em seu prejuízo” (PAGLIARO e COSTA Jr., 1997, p.136).

34 “En cambio será implícita la realización consciente de un acto nulo y el llamado obstruccionismo burocrático” (DONNA, 2008, p.173).

a ser um indiferente penal (pois carece de potencial para se transformar em um delito) ou passa a ser subsumido a outro tipo penal – seja usurpação de função pública (art.328 do CP) ou até um estelionato (art.171 do CP).³⁵

Por tudo isso, mesmo determinando-se, *a priori*, que qualquer ato funcional pode ser caracterizado como ato de ofício – e, então, passível de omissão ou retardamento –, disso não se deriva como consequência necessária que toda omissão ou retardamento de ato de ofício constitua uma prevaricação. É preciso que essa conduta-componente gere a omissão ou o atraso do todo, seja ele o ato administrativo propriamente dito, o ato de governo, ou o ato de direito privado. Caso contrário não será possível falar em dano ou perigo para a administração pública.

O ato de retardar ou omitir depende, com isso, do contexto e da prática social na repartição, pois pode ser, em última análise, harmonizado com a finalidade almejada (de consecução do ato administrativo). Contudo, o mesmo não pode ser dito da conduta comissiva, uma vez que o dano ou o perigo derivam da própria violação da determinação expressa de lei. Afinal, é logicamente insustentável que uma conduta expressamente contrária a certo comando legal tenha condições de se conformar coerentemente a um todo que perfaça um ato administrativo.³⁶

Todas as condutas citadas, entretanto, precisam ser realizadas com dolo específico. Se, por um lado, bastaria para preencher o dolo genérico a simples vontade de omitir, retardar ou realizar em contraposição à disposição legal, por outro lado, pela redação do tipo, exige-se que a haja vontade de satisfazer interesse ou sentimento pessoal. Sem essas finalidades específicas, o crime não se configura – podendo perfazer, se for o caso, um ilícito administrativo.

Por fim, o “interesse pessoal” pode ser de caráter moral ou material (NORONHA, 2001; HUNGRIA, 1958). O interesse moral é um proveito em nível íntimo, subjetivo, e estará configurado mesmo quando a conduta seja apenas para “cair nas boas graças de César” ou para manter ou conquistar popularidade (com a analogia clássica com Pilatos). No caso do proveito econômico, ele não poderá ter sido oferecido por outrem (NORONHA,

35 “Poderá tratar-se de um ato para o qual o funcionário público seja, em termos rigorosos, incompetente. Mas será sempre necessária uma certa competência de fato, sem a qual a realização do ato seria uma conduta inofensiva e, portanto, incapaz de transformar-se em crime (é precisa a regra geral segundo a qual não há crime sem ofensa ao interesse protegido). Por exemplo, o diretor do ginásio, enquanto poderá cometer prevaricação nomeando um professor suplente sem respeitar a graduação, certamente não poderá praticar o crime nomeando um escrivão para os cartórios judiciários ou um professor universitário” (PAGLIARO e COSTA Jr., 1997, p.137).

36 “Logo, onde o ato for constituído por um complexo de condutas singulares, que se apresentem como fragmentos, a falta de um ou mais destes fragmentos não integra o elemento objetivo do crime, se em sua complexidade o ato tiver sido realizado (...). No caso de prevaricação cometida mediante *comissão* de ato contrário a disposição expressa de lei, a noção de ato de ofício é bem mais ampla. Essa compreende qualquer comportamento que o funcionário tenha realizado em razão de suas funções. Não é necessário, portanto, que exista um ato administrativo em sentido técnico, bastando qualquer comportamento que, unido a outros comportamentos, embora de outras pessoas, configurasse um ato em sentido técnico. Também um comportamento preparatório do ato em sentido técnico que irá configurar o ‘ato de ofício’ poderá ser afetado pelo vício da prevaricação, constituindo crime (v.g., a formação de material necessário à formulação de um parecer)” (PAGLIARO e COSTA Jr., 1997, p.141 e 143).

2001; HUNGRIA, 1958),³⁷ caso contrário se afigura o crime de corrupção.³⁸ É justamente a bilateralidade (a presença ou não de um pacto entre as partes), quando há interesse econômico, que tem o condão de distinguir (para parte significativa da doutrina) a prevaricação da corrupção, pois nessas hipóteses pode haver um terceiro favorecido, que, na prevaricação, estará alheio ao ocorrido.

Contudo, embora a menção doutrinária seja residual, parece ser possível a caracterização da prevaricação diante da violação de dever funcional para a realização de interesse econômico do próprio funcionário. Este seria o caso do agente público que aprova a construção de uma estrada para a valorização de uma propriedade sua, que seria servida por ela.

Como última parte do tipo, vale a pena apontar que a expressão “sentimento pessoal”, enfim, designa as afetividades em geral, sejam elas nobres, vis, suaves ou intensas (distinção que só poderá repercutir na dosimetria da pena). Ambos (interesse e sentimento) são “pessoais” porque são privados, contrapondo-se, então, ao interesse coletivo (ou administrativo).

CONCLUSÃO

Se, como foi dito antes, a competência do funcionário é justamente o espectro de poderes disponibilizados a fim de realizar uma finalidade normativa de maneira ótima, então, surge o problema da aproximação entre o ilícito administrativo e a prevaricação. Em outras palavras: como diferenciar adequadamente o exercício de uma competência em dissonância com a finalidade que a justifica em âmbito administrativo, de um lado, e a prevaricação (deixar de praticar ou retardar indevidamente ato de ofício ou praticá-lo “contra disposição expressa de lei” tendo em vista fins privados) de outro?

A comparação devida é com a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8429/1992), em seu art.11, cujas semelhanças com a prevaricação são visíveis.³⁹ Para a caracterização da prevaricação, não basta a realização de atos visando fins proibidos em lei, já que, como foi indicado antes, é possível uma

37 Em sentido oposto: Pagliaro e Costa Jr. (1997). Apesar de não concordarem com a possibilidade de uma prevaricação provocada por interesse econômico, os dois autores dão um ótimo exemplo: “decidir o traçado de uma estrada não segundo os interesses da coletividade, mas para valorizar o próprio terreno” (PAGLIARO e COSTA Jr., 1997, p.140).

38 Nesse sentido: “Ementa: Habeas Corpus. Ação penal. Crime de concussão (art.316 do CP). Denúncia que contém os requisitos do art. 41 do CPP, não constituindo obstáculo ao direito de defesa. Crime de prevaricação (art.319 do CP). Não indicação do interesse ou sentimento pessoal que moveu o agente. Interesse pecuniário que, na imputação, compõe o delito de concussão. Possibilidade, em tese, de o interesse pecuniário compor o crime de prevaricação se, por exemplo, sem solicitação nem oferta, um servidor espera receber uma recompensa se praticar ou deixar de praticar um ato de ofício; não, porém, se essa vantagem pecuniária é objeto de um pacto, implícito ou explícito, entre os *intranseus* e o *extraneus*” (BRASIL, STF, 2001).

39 Lei 8429/92, art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício.

violação legal que permaneça dentro da esfera de persecução de finalidades públicas. Assim, pode se dizer que é prevaricação a improbidade que se deu pela subversão da finalidade devida em favor de interesses privados.⁴⁰ Sem essa distinção, haveria uma sobreposição entre ilícito administrativo e penal, em uma notória violação tanto do princípio da subsidiariedade, quanto da vedação da dupla punição (ou *ne bis in idem*) (ZAFFARONI et al., 2017).

Essas considerações contribuem, enfim, para uma melhor compreensão das manifestações concretas da prevaricação. Assim, é possível compreender por que não caracterizam prevaricação: o simples descumprimento de uma decisão judicial, quando ausente a finalidade de satisfação de interesse pessoal,⁴¹ a omissão por dúvida ou contradição na legalidade;⁴² e tampouco o comodismo ou a desídia,⁴³ muito embora haja decisão contrária do STF.⁴⁴ Dessa forma, o desleixo ou a indolência para realizar os deveres que competem ao funcionário mais se aproximam de uma negligência.⁴⁵

Inclusive, é possível achar indícios que reforçam a ideia de que o comodismo e a desídia não constituem prevaricação no próprio histórico de conformação do tipo, como lembra Magalhães Noronha (2001, p.264):

O Anteprojeto Nélson Hungria, após definir a prevaricação, destacava uma espécie dela, erigindo-a em autônomo: ‘Deixar, sem *justa causa*, de cumprir ou retardar o cumprimento de *decisão judicial*’ (art. 345).

40 Parece ser convergir, nesse sentido, o comentário de Magalhães Noronha (2001, p.264): “As infrações [do Código Penal de 1890] podiam ser divididas em três classes: a) falta ao dever funcional por improbidade (art. 207); b) falsificações (art.208); e c) a infidelidade do advogado ou procurador judicial (art.209)”.

41 “Além disso, também é acusado de se negar a cumprir decisão, em liminar em mandado de segurança, alegando não reconhecer autoridade ao Juiz que a deferiu (...). Notícia que a mesma determinava a reintegração de serventários afastados cautelarmente de seus cargos, por irregularidades no desempenho de suas funções, e que se negou a reintegrá-los porque inquérito administrativo levado a termo, após sindicância para a investigação de ditas irregularidades, concluiu pela existência das mesmas (...). Justificou, assim, sua negativa de cumprimento da medida, argumentando defender o interesse público. O crime de prevaricação, como é sabido, requer a presença do dolo específico. No caso concreto esse não se teve como caracterizado, pelo que, não se pode ser tido como configurado o delito” (BRASIL, STJ, 1995).

42 Segundo o STJ (BRASIL, STJ, 2006), a estrita divergência quanto à interpretação de lei não configura o elemento subjetivo do crime de prevaricação: “13. Não se imputando o crime de prevaricação como definido na lei penal, porque não há confundir a prática de ato contra a disposição expressa da lei, com o fundado em lei abstratamente afirmada inconstitucional, de rigor a rejeição da demanda penal”.

43 Em sentido oposto: “[O interesse pessoal] pode ser identificado até mesmo no caso em que o funcionário trai o dever por comodismo, ou para cair nas boas graças de César ou assegurar-se a aura popular (...)” (HUNGRIA, 1958, p.376).

44 “Habeas corpus. Denúncia. Prevaricação. Art. 319, CP. Tipicidade. 1. Denúncia que descreve conduta de Delegado de Polícia que, consciente de sua conduta antijurídica e na intenção de satisfazer seu sentimento pessoal de comodismo e desídia, permitiu que o ‘preso de confiança’ processasse ao recebimento, na delegacia, de menor infrator preso em flagrante pela Polícia Militar portando arma de fogo. Deixou, com isso, de praticar ato que lhe incumbia em razão de seu ofício. 2. Não se tranca a ação penal se a conduta descrita na denúncia configura, em tese, crime’ (HC 84.808, rel Min. Carlos Velloso). 3. Habeas corpus indeferido” (BRASIL, STF, 2005).

45 Correta, portanto, a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Habeas Corpus. Prevaricação. Delegado de polícia que deixou de determinar a lavratura de auto de prisão em flagrante. Instauração de inquérito contra a autoridade policial requisitada pela promotora de justiça. Falta de Justa causa. Ausência de indicação concreta do elemento subjetivo específico do crime. Discricionariedade do delegado de polícia, conforme seu juízo de valor, para determinar ou não a lavratura do auto de prisão em flagrante. Desídia do delegado que se assemelha à negligência. Forma culposa que não configura o delito de prevaricação. Falta administrativa a ser apurada nesse âmbito. Concessão de ordem para trancar o inquérito policial” (SÃO PAULO, TJSP, 2010).

O *nomen juris* é ‘Desobediência à decisão judicial’. É espécie que tem como característica o não-cumprimento devido de decisão emanada do judiciário. A pena era a mesma da prevaricação (art. 344). À primeira vista, pode parecer que o dispositivo era, então, ocioso, pois já estava compreendido neste. Tal não sucedia, entretanto, porque ao passo que na prevaricação são elementos do tipo o *interesse* ou *sentimento pessoal*, no segundo bastava não haver justa causa. Consequentemente, agora, a simples desídia, descaso etc., já integravam o delito, desnecessária sendo a existência do dolo específico ‘para satisfazer interesse ou sentimento pessoal’.

Seria muita elasticidade semântica afirmar que, quem omite ou retarda um ato (por desleixo ou preguiça), o faz no intuito de satisfazer interesse ou sentimento pessoal, posto que ao contrário do ato realizado por amor, ódio ou sabujice, não há ninguém substancialmente favorecido em detrimento do interesse público. Ou seja, não se deixou de lavrar auto de prisão em flagrante, de cumprir mandado de prisão, de autuar uma multa etc. especificamente para favorecer/prejudicar alguém. A vantagem ou prejuízo é incidental à conduta. Um entendimento em contrário seria atribuir à prevaricação uma forma culposa que não lhe pertence, extrapolando o princípio da legalidade estrita.

Por fim, diante de todo o exposto, o delito de prevaricação parece ter capacidade para – ao menos em parte – suprir a ausência do crime de “abuso de função” (nos moldes do abuso d’ufficio italiano) e a lacuna que um tipo semelhante preencheria, desde que esse abuso se desse no horizonte da satisfação de interesses ou sentimentos pessoais (FELICIANO, 2000).⁴⁶ Esse expediente poderia contemplar, como já foi exposto, seja a perseguição de interesses econômicos ou extra-econômicos, seja o favorecimento ou o dano indevidos a terceiro, uma vez que isso seria privilegiar sentimentos privados em detrimento do interesse público.

Dessa maneira, seria possível abarcar condutas atualmente consideradas por muitos como atípicas em sede penal como: (a) as variantes do excesso de exação não abarcadas pelo art.316, §1º, CP (por exemplo, a cobrança excessiva de custas judiciais, para a satisfação de interesses ou sentimentos pessoais); (b) o nepotismo; ou (c) algumas hipóteses não abarcadas pelo art.315 (Emprego irregular de verbas ou rendas públicas), como em caso de retardamento da destinação estabelecida em lei de verbas públicas para vencedor de licitação que seja desafeto do agente público.

46 Acrescenta Feliciano (2000, p.68): “Andaria melhor o legislador, portanto, se abolisse o crime do excesso de exação e introduzisse a figura do ‘abuso de função’, criminalizando a conduta do agente público que, a fim de obter para si ou para outrem vantagem não patrimonial ou para ocasionar dano injusto a terceiros, abusa de sua função pública” (grifo nosso).

REFERÊNCIAS

AQUINO, José Carlos Gonçalves Xavier de. Crimes contra a administração pública. Revista de Julgados do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. São Paulo, n. 31, jul./set. 1996. p. 13-21.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Habeas Corpus nº 79.823-3/RJ*. Interpretação do artigo 327 do Código Penal. Paciente: João Muniz Alves de Oliveira. Impetrante: André Emílio Ribeiro von Melentovytsch e Outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves, 28 mar. 2000. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78161>. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Inquérito 1.769-8/DF*. Peculato. Código Penal, art. 312. Autor: Ministério Público Federal. Indiciado: Jäder Fontenelle Barbalho. Relator: Min. Carlos Velloso, 01 dez. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80651>. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Habeas Corpus nº 80.814-0/AM*. Crime de Prevaricação (art. 319 do CP). Possibilidade, em tese, de o interesse pecuniário compor o crime de prevaricação se, por exemplo, sem solicitação nem oferta, um servidor espera receber uma recompensa se praticar ou deixar de praticar ato de ofício. Paciente: Daniel Ferreira da Silva. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e Outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Min. Ellen Gracie. 07 ago. 2001. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78528>. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus nº 84.987-3*. Prevaricação. Art. 319, CP. Tipicidade. Paciente: Renato Wasthner de Lima. Impetrante: Luiz Calixto de Bastos e Outros. Coator: Turma Recursal Única dos Juizados Cível e Criminal do Estado do Paraná. Relator: Min. Ellen Gracie, 19 abr. 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79768>. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *Representação nº 83-5/ES (1995/0017998-9)*. Representante: Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Representado: Sylvio Pellico de Oliveira Neves. Relator: Min. Eduardo Ribeiro. 18 ago. 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *APn nº 398/MA*. Artigo 359-D do Código Penal. Despesa Não Autorizada Por Lei. Prevaricação. Autor: Ministério Público Federal. Réu: João Miranda Sobrinho e Outros. Relator: Min. Hamilton Carvalhido, 18 out. 2006. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=656800&num_registro=200401801883&data=20070409&formato=PDF. Acesso em: 10 nov. 2023.

DE SANCTIS, Fausto Martin. *Dos crimes contra a administração pública*. In: GRECO Fº, Vicente; JALIL, Mauricio Schaun (coords.). Código Penal comentado: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Manole, 2016. p.789-878.

DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo III. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008.

FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. O Sujeito Passivo nos Crimes contra a Administração Pública. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v.9, n.35. jul./set. 2001. p. 150-158.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Crimes contra a administração: atualização e reforma penal: por uma atualização formal e substancial do capítulo dos crimes contra administração pública. *Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM)*. São Paulo, V. 8, n. 32, out./dez 2000. p. 55-93.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal: parte especial*. Arts. 213 a 359 CP. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Objeto do Crime*. In: Direito Penal e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

GRECO Fº, Vicente; RASSI, João Daniel. *O Combate à Corrupção e Comentários à Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas (Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013)*. São Paulo: Saraiva, 2015.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Volume IX. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017.

NOVELLI, Flávio Bauer. A Eficácia do Ato Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 60, 1960. p.16-26.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. Vol.4. Dos crimes contra a saúde pública a disposições finais. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

PAGLIARO, Antonio; COSTA Jr., Paulo José da. *Dos Crimes contra a Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 1997.

PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal. Vol.2: Parte especial. 2 ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2007.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Vol.3. Parte Especial: arts.250 a 359-H. 7ª ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010.

PUIG, Carlos Mir. *La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español*. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 68 (1), 2015.

GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. *La Prevaricación Administrativa (art.404 CP)*. In: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva (dir.). *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial*. Barcelona: Atelier, 2006.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (15. Câmara de Direito Criminal). *Habeas Corpus nº 990.10.086704-0*. Paciente: Alexandre Correa Comin. Impetrante: Vagner da Costa e Outro. Coator: 3ª Vara Judicial de Ferraz de Vasconcelos. Relator: Des. Camilo Léllis, 26 ago. 2010.

SILVEIRA, Renato de Mello; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e Crime*. Belo Horizonte: D'Placido, 2017.

TAVARES, Juarez E. X. *Bien jurídico y función en el Derecho penal*. Claves del Derecho Penal, n. 3. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2004.

WUNDERLICH, Alexandre. *Dos crimes contra a administração pública e crimes contra a administração da justiça*. In: REALE Jr., Miguel (coord.). *Direito Penal: jurisprudência em debate*. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.714-727.

ZAFFARONI, Eugenio R.; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume*. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

