

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1139

(Ano XV)

(25/02/2023)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1139



Nossa Missão: disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1139, (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 394. *fls.*

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



O papel do controlador interno na Administração Pública
Benigno Núñez Novo, 08.

ARTIGOS

Alimentos do menor na multiparentalidade

Ana Gabriela de Aguiar Lima, 14.

A conciliação e mediação como alternativa na solução de conflitos trabalhistas

Sara Almeida de Aguiar, 28.

Rigidez constitucional e quórum de apresentação e deliberação de emendas constitucionais no âmbito do Estado de Pernambuco

Raul Queiroz de Menezes, 41.

A Proteção Internacional do Meio Ambiente e o Direito Diplomático Brasileiro

Carolina Queiroga Nogueira, 47.

Judicialização da saúde e o atual quadro de insegurança jurídica

Carla Giovanna Almeida Moura, 64.

Aplicação da Lei Nº 14.133/21 nos processos licitatórios em curso

Juliana Rodrigues de Oliveira e Rafyza Vieira Santos, 71.

Tutela provisória no processo tributário

Yasmin Da Silva Bitencourt, 95.

A evolução histórica e os princípios do Direito Civil

Emilly Araújo Pimentel, 109.

A separação de Poderes na Constituição de 1988: origens e possibilidade de edição de Emendas Constitucionais tratando sobre o tema

Raul Queiroz de Menezes, 117.

Covid-19: pandemia e seus reflexos nos contratos de trabalho introduzidos pelas medidas provisórias nº 927/2020 e 936/2020

Maria Caroline de Sousa Vanderleiz, 130.

Ressocialização prisional e realidade carcerária perante a Lei de Execuções Penais nº 7. 210/84

Amanda Azevedo Gama, 171.

Modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade difuso

Alana Chama Castanheira, 188.

Regime de previdência do servidor público da União: principais alterações promovidas pela EC 103/2019- Reforma Previdenciária

Marcelo de Melo Fernandes, 203.

Direito à cultura e ao progresso científico: Origem e conformação ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais e Constituição da República de 1988

Jacileia Rocha de Vilhena, 224.

O federalismo brasileiro: disposições da Constituição Federal de 1.988 e características de uma Federação na visão da doutrina

Raul Queiroz de Menezes, 238.

Interpretação Jurídica e Objetividade: os modelos teóricos de Hans Kelsen e Herbert Hart

Pablo Antonio Lago, 248.

O neoconstitucionalismo como técnica jurídica para garantia e realização dos direitos humanos

Carolina Gomes do Nascimento Krasovesky, 261.

A funcionalidade do termo de referência no processo licitatório sob a ótica da lei nº. 14.133/21

Elaine Dobs Vieira, 282.

Forma Federativa de Estado: A visão de Hans Kelsen e classificações sobre o tema

Raul Queiroz de Menezes, 315.

Quanto vale a sua moral? Critérios de fixação da indenização por danos morais na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Marília Nobre Miranda, 324.

Right to be let alone e a incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro: um desdobramento do princípio da legalidade

Pedro Borges Coelho de Miranda Freire, 336.

Análise da obra “holocausto brasileiro” de Daniela Arbex: desastre humanitário no Hospital Colônia Barbacena

Juliana Mota Garcia Eduvirgem, et al., 350.

Jurisdição e internet: os desafios da cooperação internacional para a coleta de dados eletrônicos no combate aos crimes transnacionais

Bianka Zloccowick Borner de Oliveira, 357.

Iniciativa privativa do chefe do Executivo no processo legislativo: uma análise crítica da Constituição do Estado de Pernambuco

Raul Queiroz de Menezes, 387.

O PAPEL DO CONTROLADOR INTERNO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutor em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, Espanha, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Assessor de gabinete de conselheira no TCE/PI.¹

RESUMO: Este artigo tem por objetivo demonstrar a relevância do papel do controlador interno dentro da Administração Pública. Sua atuação principal, amparada legalmente, está em orientar o trabalho do gestor e fiscalizar seu trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Papel; Controlador; Interno; Administração Pública.

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo demostrar la relevancia del rol del controlador interno dentro de la Administración Pública. Su función principal, legalmente respaldada, es orientar el trabajo del gerente y supervisar su trabajo.

PALABRAS CLAVE: Papel; Controlador; Interno; Administracion Pública.

ABSTRACT: This article aims to demonstrate the relevance of the role of the internal controller within Public Administration. Its main role, legally supported, is to guide the work of the manager and supervise his work.

KEYWORDS: Paper; Controller; Internal; Public Administration.

INTRODUÇÃO

O Controlador Interno faz parte de uma estrutura complexa, que através de planejamento e execução de atividades, tem como missão controlar e assegurar a legalidade dos atos da gestão, garantindo assim que os objetivos e metas estabelecidos nos atos de planejamento sejam atingidos.

O controlador interno desempenha diversas funções estratégicas dentro da Administração Pública. Sua atuação principal, amparada legalmente, está em orientar o trabalho do gestor e fiscalizar seu trabalho.

¹ E-mail: benignonovo@hotmail.com

Para entender as responsabilidades do agente de Controladoria é preciso destacar, antes de tudo, que a origem desta função é contábil e que ela surgiu no Brasil há mais de um século. Hoje, o Controle Interno é um órgão independente, sem sujeição a qualquer Unidade Administrativa e indispensável para uma gestão eficiente.

Esta pesquisa justifica-se pela extrema relevância do papel do controlador interno dentro da Administração Pública.

DESENVOLVIMENTO

Controle Interno é o conjunto de atividades, planos, métodos, indicadores e procedimentos interligados, utilizado com vistas a assegurar a conformidade dos atos de gestão e a concorrer para que os objetivos e metas estabelecidos para as unidades jurisdicionadas sejam alcançados.

O controle interno surgiu a partir da necessidade do aperfeiçoamento dos procedimentos utilizados pelas organizações, desde então, passou a ocupar lugar de destaque no planejamento e execução das atividades operacionais.

Segundo Castro (2011, p. 317), a origem do controle interno no Brasil, em 1914, era contábil, em função da necessidade de implantação de técnicas de contabilidade na área pública com certo nível de padronização de registro, orientação metodológica e controle dos atos de gestão em todos os níveis.

O Controle Interno se configura em um importantíssimo aliado do gestor, pois sua atuação independente dentro do órgão permite uma base de dados segura, objetiva e impessoal para a tomada de decisão, de maneira a estimular a governança a executar atos de maneira eficaz com foco na coletividade.

A Constituição Federal de 1988 trouxe a consagração das atribuições do Sistema de Controle Interno, com distinções para os Municípios, vide Art. 31, 70, 74 e 75, *in verbis*.

“Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.”

“Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.”

“Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: (...)”

“Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.”

A Lei Orgânica e a Lei de Estrutura Organizacional (ou Lei Específica) permitiram legalmente que o Sistema de Controle Interno fosse implementado após a Constituição Federal, fazendo com que a Controladoria fosse inserida na estrutura da Administração Pública.

Lei Complementar nº. 101, de 04 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). A [Lei de Responsabilidade Fiscal](#) foi de extrema importância, pois reforçou a necessidade do Planejamento e do Controle, vide Art. 59, in verbis:

“O Poder Legislativo, diretamente ou com o auxílio dos Tribunais de Contas, e o sistema de controle interno de cada Poder e do Ministério Público, fiscalizará o cumprimento das normas desta Lei Complementar, (...)”

Lei Federal nº. 13.019/2014 (Fiscalização do Controle Interno na Execução do Marco Regulatório). De acordo com a [Lei Federal nº 13.019/2014](#), administração pública e organizações da sociedade civil poderiam ser parceiras em regime de mútua cooperação.

Esta lei também regulamentou a atuação do Controle Interno através dos Termos de Colaboração, Termos de Fomento e Acordos de Cooperação. Lei Federal nº. 8.666, de 17 de junho de 1993 (Instituto das Licitações Públicas e o Controle Interno). A [Lei Federal nº 8.666](#), por sua vez, determinou que os órgãos de Controle Interno têm competência para dar validade às ações da Administração Pública; e a Controladoria Geral fica incumbida de auditar as atuações das Unidades Administrativas e dos Agentes Públicos, vide Art. 115, in verbis:

“Art. 115. Os órgãos da Administração poderão expedir normas relativas aos procedimentos operacionais a serem observados na execução das licitações, no âmbito de sua competência, observadas as disposições desta Lei.”

A Constituição do Estado do Piauí de 05 de outubro de 1989 consagra o controle interno nos seguintes artigos:

“Art. 90. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

§ 1º Os titulares dos órgãos de controle interno dos Poderes do Estado e municípios serão nomeados dentre os integrantes do quadro efetivo de cada Poder e instituição, nos âmbitos estadual e municipal, com mandato de três anos.

§ 2º A destituição do cargo de Controlador antes do término do mandato previsto no §1º somente se dará através de processo administrativo em que se

apure falta grave aos deveres constitucionais e desrespeito à Lei Orgânica do Sistema de Controle Interno a ser regulamentado.

I - avaliar o cumprimento das metas no plano plurianual, a execução de programas de governo e os orçamentos do Estado;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira, patrimonial, nos órgãos e entidades da administração estadual, bem como da aplicação de recursos públicos por entidade de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e deveres do Estado;

Art. 91. Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante a Assembleia Legislativa, qualquer de suas Comissões ou perante o Tribunal de Contas”.

O Tribunal de Contas do Estado do Piauí através da Instrução Normativa nº 05/2017 dispõe sobre as diretrizes para implantação do Sistema de Controle Interno no âmbito das unidades jurisdicionadas do Tribunal de Contas do Estado do Piauí. Determinando que os órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta dos poderes Executivo e Legislativo Estadual e Municipal, bem como o Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Contas deverão instituir, estruturar e manter Sistema de Controle Interno com a finalidade de contribuir para o uso regular, econômico, eficiente, eficaz e efetivo dos recursos públicos.

O controle interno compreende cinco componentes inter-relacionados: ambiente de controle; avaliação de risco; procedimentos de controle; informação e comunicação; monitoramento.

O ambiente de controle estabelece o perfil de uma organização, influenciando na consciência das pessoas acerca do controle. O ambiente de controle é o fundamento para todos os componentes do controle interno, fornecendo o conjunto de regras e a estrutura.

A avaliação de risco é o processo de identificação e análise dos riscos relevantes para o alcance dos objetivos da entidade e para determinar uma resposta apropriada.

Os procedimentos de controle são políticas e ações estabelecidas para diminuir os riscos e alcançar os objetivos da entidade. Para serem efetivos, os procedimentos de controle devem ser apropriados, funcionar consistentemente de acordo com um plano de longo prazo, e ter custo adequado, ser abrangentes, razoáveis e diretamente relacionados aos objetivos de controle.

A informação e a comunicação são essenciais para a concretização de todos os objetivos do

controle interno.

Os sistemas de controle interno devem ser monitorados para avaliar a qualidade de sua atuação ao longo do tempo. O monitoramento é obtido através de atividades rotineiras, avaliações específicas ou a combinação de ambas.

CONCLUSÃO

O controle interno tem um importante papel, por resguardar a entidade pública por meio de orientações preventivas nas áreas contábil, financeira, econômica e patrimonial e administrativa, sempre com vistas a atender os princípios norteadores da Administração pública, preservar recursos e proteger os bens patrimoniais.

É fundamental que as ações de controle interno sejam aperfeiçoadas de forma contínua e permanente para que se possam atingir níveis satisfatórios de desempenho e busca de qualidade superior nos serviços oferecidos aos cidadãos. Na administração Pública os mecanismos de controle existentes previnem o erro, a fraude e o desperdício, trazendo benefícios à sociedade.

NOTAS E REFERÊNCIAS:

BRASIL. **Constituição do Estado do Piauí de 1989**. Disponível em: <http://www.seplan.pi.gov.br/download/201612/SEP07_611a68f9a2.pdf>. Acesso em: 14 de fev. de 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 de fev. de 2023.

BRASIL. **Lei Complementar Nº 101, de 4 de maio de 2000. Lei de Responsabilidade Fiscal**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 14 de fev. de 2023.

BRASIL. **Lei Nº 13.019, de 31 de julho de 2014**. Fiscalização do Controle Interno na Execução do Marco Regulatório. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13019.htm>. Acesso em: 14 de fev. de 2023.

BRASIL. **Lei Nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015**. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13204.htm#art1>. Acesso em: 14 de fev. de 2023.

BRASIL. **Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 14 de fev. de 2023.

BRASIL. TCE/PI. **INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 05/2017, de 16 de outubro de 2017**. Dispõe sobre as diretrizes para implantação do Sistema de Controle Interno no âmbito das unidades jurisdicionadas do



Tribunal de Contas do Estado do Piauí. Disponível em: <<https://www.tcepi.tc.br/wp-content/uploads/2017/11/Instru%C3%A7%C3%A3o-Normativa-n%C2%BA-05-17-disp%C3%B5e-sobre-diretrizes-para-implanta%C3%A7%C3%A3o-do-Sistema-de-Controle-Interno.pdf>>. Acesso em: 14 de fev. de 2023.

CASTRO, Domingos Poubel. **Auditoria e controle interno na administração pública: evolução do controle interno no Brasil: do código de contabilidade de 1922 até a criação da CGU em 2003**. São Paulo: Atlas, 2008.

ALIMENTOS DO MENOR NA MULTIPARENTALIDADE

ANA GABRIELA DE AGUIAR LIMA:

Advogada. Especialista em Direito Civil e Empresarial pela UFPE. Especialista em Direito de Família e Sucessões pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva. Pós graduanda em Direito Penal e Criminologia pela PUC/RS. Membro da subcomissão de estudos sobre o Tribunal do Júri na OAB/PE².

Prof. Dra. EVERILDA BRANDÃO GUILHERMINO

RESUMO: Neste presente artigo tem-se como objetivo principal esclarecer uma questão tão atual em nosso Direito de Família brasileiro que é a multiparentalidade. Como atualmente o conceito de família foi ampliado abarcando diversas formações familiares, necessário se faz discutir como se dá o pagamento da pensão alimentícia da criança ou do adolescente no contexto da multiparentalidade, (por isso o termo: alimentos do menor, por ser menor de idade, e não fazendo alusão ao antigo código do menor substituído pelo ECA). Nesse contexto da Multiparentalidade, a criança ou adolescente terá direito a receber pensão alimentícia de todos os pais e mães que constarem na sua certidão de nascimento, ou seja, múltipla maternidade ou paternidade. Maternidade e paternidade biológica cumulada com a maternidade e paternidade afetiva. Neste presente trabalho, o método de abordagem utilizado foi o dedutivo e a técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica. No mais, toda pesquisa e atualização dos conceitos de família e a aplicabilidade da pensão alimentícia na multiparentalidade são de essencial importância para acompanhar os atuais fenômenos sociais regulados pelo Direito e para garantir a total proteção, segurança afetiva e patrimonial das crianças e dos adolescentes no Brasil.

Palavras chaves: Direito das Famílias; Multiparentalidade; Pensão alimentícia.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Multiparentalidade: Conceito. 2. A Multiparentalidade no Brasil. 3. Alimentos: Breve digressão. 4. Deveres oriundos da multiparentalidade. 4.1. Dever Alimentar. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

² Contato: anagabriela.advocacia2@gmail.com

A sociedade no seu caminhar veio trazendo novas formações familiares, não havendo um modelo de família apenas, mas de famílias, por essa razão chama-se Direito das Famílias, pois há uma pluralidade de entidades familiares, que vem desafiando as categorias jurídicas, uma vez que não há mais um modelo padrão de família. As constantes transformações na organização familiar demandam um novo olhar sobre a forma de interpretar o Direito de Família e as relações de parentalidade. Dessa forma, necessário se faz adequar as novas categorias para essa nova realidade que surgiu, a saber: a multiparentalidade.

Tem sido hoje frequente o enfrentamento de situações que envolvem o reconhecimento de que alguém pode ter mais de um pai, mais de uma mãe, ou ambos. Tal o que se determina pela recompreensão das estruturas familiares, pela multiplicidade de suas formas de constituição e que acaso levam à entrevisão de uma real multiparentalidade. A própria socioafetividade, que impõe vínculo parental tanto quanto a consanguinidade, acabou levando à admissão dessa conjuntura que também pode ser chamada de pluriparentalidade. (Godoy, 2018)

1. MULTIPARENTALIDADE: CONCEITO

Durante muito tempo a única família era a resultante do casamento entre um homem e uma mulher. Filho era somente quem havia nascido no âmbito desta família. Era assim chamado de filho legítimo. Os demais não podiam ser reconhecidos e nem tinham direito algum. Quem era registrado somente no nome da mãe, era pejorativamente chamado de “filho da mãe”, expressão que carregava forte colorido discriminatório contra a mulher que teve um filho sem ter um marido. Mas nada disso mais subsiste em um mundo plural, em que o amor tornou-se líquido e o afeto passou a ser o elemento identificador das relações familiares e parentais. Tanto uma como a outra são se constituem pelos elos de convivência e não estão sujeitas a modelos pré-moldados ou condicionadas a qualquer vinculação genética. (Dias, 2016)

As famílias brasileiras veem enfrentando diversas mudanças em sua formação. Não há mais prevalência do modelo tradicional de família e o direito vem se adequando a essa nova realidade social. A multiparentalidade, por sua vez, é resultado desses novos arranjos familiares.

Quando o vínculo de filiação socioafetiva se constitui concomitante ou sucessivamente, possível a declaração da multiparentalidade com a inclusão, no registro de nascimento, do nome de quem também passou a exercer a paternidade (DIAS, 2021)

O termo Multiparentalidade significa múltipla paternidade ou maternidade socioafetiva cumulada com a paternidade ou maternidade biológica, havendo a possibilidade de mais de um pai ou mãe constarem na certidão de nascimento.

É a possibilidade de ter dois pais e duas mães no seu registro de nascimento. Trata-se basicamente de uma questão atual, a partir de um julgamento no Supremo Tribunal Federal, no qual se reconheceu na decisão a possibilidade de se ter dois pais.

A multiparentalidade é uma realidade da jurisprudência pátria e existe por força de disposição expressa no Código Civil Brasileiro quando diz que o parentesco pode ter uma “outra origem”:

Art. 1.593. O Parentesco é natural ou civil conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

Nos moldes da Constituição Federal, o Código Civil de 2002 albergou o princípio da igualdade da filiação (art. 1.596) e da afetividade, enquanto critério balizador das demandas sobre as guardas dos filhos (art. 1.583, §5º). Nessa dimensão houve o reconhecimento do parentesco civil proveniente de outra origem (art. 1.593) e pela inscrição da filiação socioafetiva no rol das hipóteses de presunção de filiação. (art. 1.597, V). (Lobo, 2021).

Nesse sentido, tem-se que da paternidade socioafetiva decorre todos os direitos e deveres inerentes à paternidade, mais especificamente quanto a prestação de alimentos, uma vez que, o parentesco pode resultar da consanguinidade ou de outra origem.

Sobre o tema, bastante comum e disseminado é o ditado popular: “Mãe e pai é quem cria”, trata-se, na verdade, da pessoa que de fato dá condições para formação humanística, de caráter, e de educação da criança.

Ainda que a biologia – ao menos por enquanto – reconheça que uma criança tem origem da junção de material genético reprodutivo de um homem e uma mulher, nem sempre são os genitores que assumem as funções parentais. Pais são aqueles que têm um vínculo afetivo de tal ordem que assumem as funções parentais. Assim, pai e mãe, não necessariamente têm uma vinculação biológica com o filho. Daí a diferenciação levada a efeito pela doutrina. Genitor é quem gera. Pai é o que cria, cuida, se preocupa... (Dias, 2020)

A partir da premissa de que família é uma estruturação psíquica em que a parentalidade se consubstancia no exercício das funções de paternidade e maternidade por pessoas que não sejam, necessariamente, os pais biológicos e que exercitem, faticamente, a autoridade parental por meio de condutas aferíveis objetivamente, correspondendo às funções de educar, assistir e criar os filhos, conforme o art. 229 da

Constituição Federal, a realidade evidencia que uma pessoa pode ter mais de dois pais e duas mães exercendo estas funções parentais. (Franco, 2021)

Berenice Dias, por sua vez, defende que o reconhecimento da multiparentalidade sana uma lacuna, que há muito o direito de família reclamava, principalmente levando-se em consideração as famílias recompostas e os casos de procriação proveniente das técnicas de reprodução assistida. Para ela, a multiparentalidade configura uma verdadeira revolução em matéria de filiação, pois o modelo parental binário não acolhe a realidade das entidades familiares. Por esta razão, afirma que proibir famílias multiparentais só prejudica os filhos, pois a estes é imposta uma prova de lealdade: amar o pai biológico, ou o padrasto. Ao final um juiz decidirá quem é o pai. Questiona então: Será que precisará optar somente por um deles ? E, conclui afirmando que “Um é pouco, dois é bom e três não é demais” (Dias, 2016)

Com isso, tem-se que o reconhecimento da multiparentalidade é mais um degrau nos avanços do reconhecimento do afeto enquanto um valor jurídico. Se a pessoa vivencia uma situação de variados vínculos afetivos em sua ancestralidade, não há como deixar de reconhecermos efeitos jurídicos nessa relação. Segundo o Ministro Fux, relator do processo, não cabe à lei agir como o Rei Salomão, na conhecida história em que propôs dividir a criança ao meio pela impossibilidade de reconhecer a parentalidade entre ela e duas pessoas ao mesmo tempo. Da mesma forma, nos tempos atuais, descabe pretender decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente é o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos. Do contrário, estar-se-ia transformando o ser humano em mero instrumento de aplicação dos esquadros determinados pelos legisladores. É o direito que deve servir à pessoa, não o contrário. (Rosa, 2021)

2.A MULTIPARENTALIDADE NO BRASIL

A respeito da multiparentalidade nos deparamos com uma pequena produção doutrinária anterior a Tese de Repercussão Geral, sugerindo que esse instituto já ocorria na realidade fática das famílias e do direito brasileiros. Nessa direção a família homoafetiva, a filiação proveniente das técnicas de reprodução heteróloga e alteração na Lei de Registro Público pela Lei Clodovil de 2009 são exemplos de relações constituídas por vínculos múltiplos, que teriam servido, segundo esse entendimento, para indicar o surgimento da multiparentalidade no direito brasileiro. (Lobo, 2021).

Entretanto, é sabido que a inserção da multiparentalidade no Direito brasileiro se deu através da via jurisprudencial, mais precisamente através do julgamento da Tese 622 pelo Supremo Tribunal Federal.

Após a tese surgiram várias outras contribuições doutrinárias. Principiamos com as reflexões trazidas por Ricardo Calderón. Segundo ele, os principais reflexos da tese de repercussão geral foram o reconhecimento jurídico da afetividade, o vínculo socioafetivo e biológico em igual grau de hierarquia jurídica e, a possibilidade jurídica da multiparentalidade. Quanto a este último aspecto, considera que o acolhimento da tese representa uma conquista e “coloca – mais uma vez- o Supremo Tribunal Federal na vanguarda do direito de família. (Lobo, 2021)

3. ALIMENTOS: BREVE DIGRESSÃO

O Direito aos alimentos está, primeiramente, previsto na Constituição Federal de 1988, dentro do Capítulo dos Direitos Sociais, como sendo um dos direitos essenciais à manutenção e existência humana. Trata-se de um instituto de suma importância, tendo em vista que o seu inadimplemento possibilita a única forma de prisão civil por dívida. O Código Civil, por sua vez, traz no seu art. 1.694, a seguinte redação: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos que necessitem para viver de modo compatível com sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

O conceito de alimentos abarca todas as necessidades vitais do ser humano para se viver com dignidade e não se reduz à noção daquilo que é comestível apenas. Desse modo, a noção de alimentos deve abranger desde aquilo que o ser humano necessita para se alimentar, passando pela moradia, vestuário, saúde, educação e, findando, inclusive, no lazer. (Queiroz, 2018)

De forma simples e didática, os alimentos não são devidos somente para atender às necessidades básicas de sobrevivência. Alimentos tem significado de valores, bens ou serviços destinados as necessidades existenciais de pessoas, em virtude de relações de parentesco, do dever de assistência ou de amparo.

Trata-se, ainda de um direito pessoal extrapatrimonial, e tem um fundamento ético-social, pois o alimentando não tem interesse econômico, uma vez que a verba alimentar não aumenta seu patrimônio, não servindo também de garantia aos seus credores, sendo por sua vez, uma manifestação do direito à vida, que tem caráter personalíssimo.

Quanto a relevância e atualidade do tema, Maria Berenice Dias ensina que: “Das mazelas que aportam aos tribunais, não há quem duvide que as demandas de alimentos são as mais recorrentes e as que exigem uma resposta mais imediata: rápida solução e eficaz execução. Afinal, de todas as necessidades do ser humano, o direito à sobrevivência é o mais premente, o mais urgente, pois ninguém vive sem alimentos. Apesar de todas estas verdades, pouco ou quase nada assegura efetividade a este direito tão fundamental,

que, ao fim e ao cabo, preserva a dignidade humana. Não há como esquecer que o direito à alimentação tem sua matriz no direito da personalidade, que assegura a inviolabilidade do direito à vida, à integridade física. Inclusive, é reconhecido entre os direitos sociais (CR, art. 6º)." (Dias, 2020)

Os alimentos têm como finalidade garantir o direito à vida, que por sua vez é um direito da personalidade, além de ser o maior direito resguardado pela Constituição Federal de 1988.

Para o Professor Christiano Cassettari, os direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal influenciam no valor dos alimentos, corroborando a tese de Luiz Edson Fachin sobre a necessidade da existência de um patrimônio mínimo para a pessoa, que possa garantir a dignidade da pessoa humana. Assim, os alimentos devem garantir acesso à educação (escola), à saúde (plano de saúde), à moradia (aluguel, condomínio), ao lazer (cinema, teatro), à segurança, dentre outros direitos. (Cassettari, 2018)

Posto isso, verifica-se que alimentos não está relacionado apenas à alimentação, mas a um gênero maior que abrange os direitos sociais acima descritos.

Quanto a obrigação alimentar e o dever de sustento, a doutrina diferencia obrigação e dever alimentar. O art. 1.566, inciso IV do Código Civil de 2002, ensina que são deveres de ambos os cônjuges, ou seja, dos pais, o sustento, a guarda e a educação dos filhos, obrigação decorrente do poder familiar. Por outro lado, a obrigação alimentar, decorre de mútua assistência e da solidariedade familiar, com fundamento no art. 1.694 do Código Civil, com a seguinte redação: "Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos que necessitem para viver de modo compatível com sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação."

Quanto ao fim da obrigação alimentar, Maria Berenice Dias traz uma importante distinção sobre o tema: "Merece ser feita uma distinção entre a extinção do direito a alimentos e exoneração do encargo alimentar. A morte de qualquer das partes leva à extinção da obrigação. Quando da morte do credor, havendo eventual crédito alimentar devido e não pago, os herdeiros do alimentado têm legitimidade para cobrá-lo. Com o falecimento do alimentante, a obrigação alimentar transmite-se aos seus herdeiros (CC, art. 1.700). Doutrina e jurisprudência ainda não se entenderam quanto ao alcance da transmissibilidade prevista na lei. Como os alimentos são estabelecidos em atenção ao binômio necessidade- possibilidade, desaparecendo um dos vértices desta equação, possível o alimentante buscar a exoneração do encargo de pagar alimentos. A exoneração não é definitiva: ressurgindo a necessidade do credor ou a possibilidade de pagar do devedor, pode ser restabelecido o encargo." (Dias, 2020).

A obrigação alimentar será extinta diante das seguintes situações: Quando o alimentando alcança a maioridade civil; quando ocorre a morte do credor de alimentos; quando há casamento, união estável ou concubinato do credor; e por fim, se o credor tiver procedimento indigno em relação ao devedor.

Para Maria Berenice Dias, no momento em que os filhos atingem a maioridade, cessa o poder familiar, o que não leva à extinção automática do encargo alimentar. Entre pais e filhos surge o dever recíproco de alimentos, em decorrência da solidariedade familiar. Desse modo, estabelecidos alimentos em razão do poder familiar, o fato de o filho completar a maioridade não livra o genitor do dever de continuar pagando o encargo, que deriva da relação paterno-filial. Ele não pode simplesmente parar de pagar alimentos. É necessário que busque judicialmente a extinção do encargo. Até a maioridade do filho sua necessidade é presumida. Trata-se de presunção absoluta (*juris et de jure*), ou seja, decorre da lei, não admitindo prova em contrário. Depois dos 18 anos, a presunção passa a ser relativa (*juris tantum*). (Dias, 2020).

Outra situação que enseja da extinção da obrigação alimentar, se dá quando ocorre a morte do credor, isto porque nas palavras da Professora Mônica Queiroz, essa possibilidade surge como corolário lógico do caráter personalíssimo da obrigação de alimentos. Ademais, o fato de o credor casar-se, viver em união estável ou concubinato, também extingue a obrigação de prestar alimentos, isto porque o art. 1.708, caput do Código Civil prevê que com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos. (Queiroz, 2018).

Por fim, o art. 1.708, no seu parágrafo único, traz a possibilidade de extinção da obrigação alimentar quando há o procedimento indigno em relação ao devedor, ou seja, aquele que paga os alimentos: "Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor. Para Maria Berenice Dias, o reconhecimento de indignidade pode gerar a extinção total ou parcial da obrigação alimentar, de modo a assegurar o mínimo existencial ao credor. Além disso, é possível o restabelecimento dos alimentos caso o credor comprove ter ocorrido o perdão por parte do alimentante." (Dias, 2020)

4.DEVERES ORIUNDOS DA MULTIPARENTALIDADE

4.1 DEVER ALIMENTAR

Como principal consequência jurídica da Multiparentalidade tem-se a inclusão no registro civil de mais de um pai e mais de uma mãe, entretanto, a multiparentalidade tem efeitos jurídicos na Sucessão, na Previdência, no estado e no nome, e por fim, nos Alimentos.

De maneira incipiente, cumpre destacar que o presente artigo se limita as hipóteses em que um filho possui um pai socioafetivo e posteriormente descobre um vínculo biológico com outrem ou, ao contrário, quando se tem primeiramente um vínculo biológico, mas no decorrer da vida é presenteado por um vínculo afetivo.

De acordo com o Enunciado de número 09 do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, a Multiparentalidade gera efeitos jurídicos. Dentre esses efeitos jurídicos está a obrigação de caráter alimentar.

Por sua vez, o enunciado 341 da CJF, prevê que para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar. Vale salientar que conforme o art. 1.609 do Código Civil brasileiro, o reconhecimento de um filho é ato irrevogável.

A Filiação socioafetiva que, atualmente, pode ser reconhecida até mesmo de forma extrajudicial, tem como norte, entre outros fatores, a igualdade entre as filiações, independentemente de origem. Assim não há dúvidas de que o filho socioafetivo tem direito aos alimentos. Nessa esteira, estabelece o enunciado n. 341 das Jornadas de Direito Civil: para “os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador da obrigação alimentar”.

Reconhecida a parentalidade socioafetiva, imperioso admitir a possibilidade de coexistência da filiação biológica e da filiação construída pelo afeto. Não há modo melhor de contemplar a realidade da vida do que abrir caminho para a multiparentalidade. Afinal, é impossível negar que alguém possa ter mais de dois pais. E todos eles devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar. Neste sentido enunciado do IBDFAM: A multiparentalidade gera efeitos jurídicos. (Dias, 2016)

Importante esclarecer que na Multiparentalidade, a existência de um vínculo afetivo não exige a responsabilidade daquele que possui o vínculo biológico, sendo todos igualmente responsáveis de forma compartilhada, pela educação, sustento, e proteção do indivíduo em formação, uma vez que o dever alimentar está amparado no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

A prevalência da paternidade socioafetivo foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Quando mais pessoas são reconhecidas como pais ou como avós, surge, com relação a todos, obrigação alimentar concorrente. (Dias, 2021)

Adentrando ao cerne do tema, a doutrina de Paulo Lôbo é no sentido de que os alimentos devem ser partilhados pelos pais socioafetivos e biológicos em igualdade de condições; em caso de conflito, o juiz deve considerar a partilha proporcional do valor de

acordo com as possibilidades econômicas de cada um, segundo os critérios da justiça distributiva. (Franco, 2021)

Diante do reconhecimento da parentalidade exercida, seja biológica ou socioafetiva, decorre o dever de alimentos de forma recíproca, bem como todos os demais efeitos jurídicos inerentes à relação filial. (Franco, 2021)

Nesse sentido tem-se alguns julgados para elucidar melhor o tema:

APELAÇÃO CIVEL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. DIREITO AO CONHECIMENTO DA PRÓPRIA ASCENDÊNCIA. DIREITO ABSOLUTO. IRRENUNCIÁVEL. NOME DO GENITOR NO REGISTRO. POSSIBILIDADE. MULTIPARENTALIDADE. POSSIBILIDADE. ALIMENTOS. DEVER CONSTITUCIONAL. FILHO. MENOR IMPÚBERE. NECESSIDADE MANIFESTA DE ALIMENTOS. DISTANCIAMENTO AFETIVO. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. NÃO ADEQUAÇÃO. SENTENÇA REFORMADA. 1. O princípio do melhor interesse do menor tem por objetivo garantir os direitos inerentes ao menor, assegurando-lhe o pleno desenvolvimento e sua formação cidadã, impedindo os abusos de poder pelas partes mais fortes da relação jurídica que envolve a criança, já que o menor, a partir do entendimento de tal princípio, ganha status de parte hipossuficiente, devendo ter sua proteção jurídica maximizada. 2. O direito ao conhecimento da própria ascendência ganha supremacia constitucional à medida que, como componente do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, conjugado como o princípio constitucional da dignidade humana, consubstancia-se numa garantia da realização da esfera de vida íntima da pessoa e na conservação das condições fundamentais para a compreensão e o desenvolvimento da sua individualidade, sendo este direito um direito inato, absoluto, imprescritível e, entre outras características, irrenunciável. 3. O nome do genitor no registro de nascimento da criança lhe assegura a efetivação do princípio do melhor interesse do menor, bem como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, conjugado como o princípio constitucional da dignidade humana.

4. A tese de multiparentalidade foi julgada pelo STF em sede de repercussão geral, onde decidiram que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseado na origem biológica com os efeitos jurídicos próprios. 5. O reconhecimento da

paternidade biológica não exclui a possibilidade de reconhecimento da paternidade socioafetiva, caso haja interesse. 6. Segundo o art. 229 da Constituição Federal, os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. 7. Ainda que não haja pedido de uma parte para que seja estabelecido encargo alimentar à outra parte, em se tratando de filho menor impúbere, a necessidade de alimentos é manifesta. 8. Uma vez demonstrado o grande distanciamento afetivo entre pai biológico e filho, bem como a ausência de afeto entre as partes, a regulamentação de visitas não se mostra medida adequada ao melhor interesse do menor. 9. O indeferimento da regulamentação de visitas hoje, não impede a postulação desse direito pelo pai biológico em ação autônoma, quando for possível a ele fazer a apresentação de provas hábeis de alteração da situação de fato, a confirmar que a eventual introdução da convivência representará, guardadas as regras cabíveis, uma medida benéfica ao desenvolvimento psicológico do menor, observando-se uma gradativa adaptação. 10. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJ-DF 00032002320178070010 - Segredo de Justiça 0003200-23.2017.8.07.0010, Relator: GISLENE PINHEIRO, Data de Julgamento: 20/06/2018, 7ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no PJe: 22/06/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS C/C ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. REGULARIDADE DA CITAÇÃO EDITALÍCIA DO PAI REGISTRAL. PRESCINDIBILIDADE DA PROVA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE. DEVER DE PAGAMENTO DE ALIMENTOS CONFIGURADO. MAJORAÇÃO DO VALOR DA PRESTAÇÃO MENSAL. EXTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE ALIMENTOS PELA MAIORIDADE DO AUTOR. INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA PELO ÍNDICE INPC. ANULAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO. MUDANÇA DO NOME DO AUTOR. DISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. AMBOS OS RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. 1. Trata-se de recursos de apelação interpostos em face de sentença proferida pelo juízo da 8ª Vara de Família da Comarca de Fortaleza/CE, que julgou parcialmente procedente a ação de investigação de paternidade c/c Alimentos c/c

anulação de registro de nascimento, reconhecendo a paternidade biológica do autor da ação, fixando alimentos, anulando o seu registro de nascimento e determinando a confecção de uma nova certidão com a respectiva alteração de nome do autor. 2. A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios. Precedentes. 3. O registro efetuado pelo suposto pai afetivo não impede a busca pelo reconhecimento registral também do pai biológico, cujo reconhecimento do vínculo de filiação, com todas as consequências patrimoniais e extrapatrimoniais, é seu consectário lógico. Precedentes. 4. Nos termos da súmula 277 do Superior Tribunal de Justiça, "julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação". 5. Quanto ao termo final, o advento da maioridade não extingue, de forma automática, o direito à percepção de alimentos, mas esses deixam de ser devidos em face do Poder Familiar e passam a ter fundamento nas relações de parentesco, em que se exige a prova da necessidade do alimentado. No caso, como o autor não fez prova da sua necessidade alimentícia após o advento da maioridade, a obrigação do réu deverá durar até os dezoito anos do autor. 6. Pensão alimentícia majorada de 3 (três) para 5 (cinco) salários mínimos mensais, a incidir desde o dia 05/12/2005 (primeiro "dia 5" após a citação do alimentante, ocorrida em 25/11/2005, vide fl.68) até o dia 05/10/2007 (último "dia 5" antes da maioridade do autor, ocorrida em 27/10/2007, vide fl.31), totalizando, 23 prestações mensais. 7. Por ser a correção monetária mera recomposição do valor real da pensão alimentícia, é de rigor que conste, expressamente, da decisão concessiva de alimentos - sejam provisórios ou definitivos -, o índice de atualização monetária, conforme determina o art. 1.710 do Código Civil. Na hipótese, para a correção monetária, faz-se mais adequada a utilização do INPC, em consonância com a jurisprudência do STJ, no sentido da utilização do referido índice para correção monetária dos débitos judiciais. Precedente. 8. É prescindível o prévio ou concomitante ajuizamento do pedido de anulação do registro de nascimento do investigante, dado que esse cancelamento é simples consequência da sentença que der pela procedência da ação investigatória. Precedentes. 9. Distribuição dos ônus sucumbências. Reconhecida a sucumbência recíproca, as custas processuais deverão ser divididas igualmente entre os litigantes. Em relação aos honorários

advocatícios, os advogados do autor deverão ser remunerados na ordem de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação da prestação de alimentos. Em relação aos advogados do réu, arbitrase, por equidade a quantia de R\$5.000,00 (cinco mil reais), considerando o longo tempo de duração do processo (quinze anos) e o grau de zelo dispensado pelos causídicos. 10. Ambos os recursos conhecidos e parcialmente providos. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de nº 0056570-88.2005.8.06.0001, acorda a 4ª Câmara Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, pela unanimidade de seus membros, em conhecer e dar PARCIAL PROVIMENTO a ambos os recursos, nos termos do voto do relator. Fortaleza, 15 de setembro de 2020. FRANCISCO BEZERRA CAVALCANTE Presidente do Órgão Julgador RAIMUNDO NONATO SILVA SANTOS Desembargador Relator (TJ-CE - AC: 00565708820058060001 CE 0056570-88.2005.8.06.0001, Relator: RAIMUNDO NONATO SILVA SANTOS, Data de Julgamento: 15/09/2020, 4ª Câmara Direito Privado, Data de Publicação: 15/09/2020)

O maior prestígio da filiação socioafetiva não subtrai as obrigações do pai registral ou do pai biológico. Daí a possibilidade de serem reivindicados alimentos do genitor biológico, diante da impossibilidade econômico-financeira, ou da menor capacidade alimentar do pai socioafetivo, que não está em condições de atender satisfatoriamente as reais necessidades do filho que acolheu por afeição. O pai socioafetivo tem amor, mas não tem dinheiro. O filho afetivo tem direito aos alimentos dos pais genéticos não apenas quando ocorre a impossibilidade de alimentação pelos pais afetivos, mas também quando há necessidade de complementação da verba alimentar. (Dias, 2020)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas palavras do professor Conrado Paulino, não podemos esquecer que o direito de filiação é imprescritível (art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente) e que, se foro caso, é um direito incontestável da prole em buscar o reconhecimento do vínculo parental. Todavia, esse deve atender o melhor interesse dos filhos e não, por outro lado, dos genitores. Imperioso referir que, a partir da constituição de um vínculo multiparental, não há dúvidas que o filho contará com todos os direitos inerentes ao estado de filiação, entre eles, convivência familiar e alimentos, mas também, as consequências sucessórias. O que não pode ser esquecido que embora esse filho que obtenha o reconhecimento de sua ancestralidade multiparental aparentemente conte com certa “vantagem”, em comparação ao tradicional modelo biparental, é o fato de que, na velhice de seus

ascendentes, a Constituição Federal, no artigo 229, imputar-lhe o dever de amparo de todos eles. Quanto maior o direito, maior a obrigação e, em breve, tais demandas certamente estarão batendo às portas do judiciário. (Rosa, 2021)

Conclui-se pelo presente artigo que trata-se de direito de todas as crianças e adolescentes após o reconhecimento judicial da família multiparental, todos os efeitos jurídicos decorrentes desse reconhecimento, a saber: herança dupla ou tripla (direitos sucessórios), guarda com convivência familiar, mudança do patronímico, direitos previdenciários, e por fim, direito a alimentos, tema bastante tratado ao longo deste artigo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16/08/2021.

BRASIL. **Código Civil de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 16/08/2021.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 16/08/2021.

CASSETTARI, Christiano. **Elementos do Direito Civil** – 6. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Proibição das famílias multiparentais só prejudica os filhos.** 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016/processo-familiar-proibicao-multiparentalidade-prejudica-filhos>. Acesso em: 23/08/2021.

DIAS, Maria Berenice. **Alimentos – Direito, Ação, Eficácia, Execução** – 3. Ed. Rev. Ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

FRANCO, Karina Barbosa – **Multiparentalidade: uma análise dos limites e efeitos jurídicos práticos sob o enfoque do princípio da afetividade** – Belo Horizonte: Fórum, 2021.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno. **Atualidades sobre a parentalidade socioafetiva e a multiparentalidade. Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência.** 1. Ed. – São Paulo: Atlas, 2018.

LOBO, Fabiola Albuquerque – **Multiparentalidade: efeitos no direito de família** – Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

LÔBO, Paulo – **Parentalidade Socioafetiva e multiparentalidade. Questões atuais. Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência.** 1. Ed. – São Paulo: Atlas, 2018.

QUEIROZ, Mônica. **Direito Civil** – 3ed. – Belo Horizonte: Editora D’ Plácido, 2018.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo.** 8. Ed. Ver., ampl. e atual. – São Paulo: JusPodivm, 2021.

A CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVA NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS

SARA ALMEIDA DE AGUIAR:

Graduada no curso de Direito no Centro Universitário Católica do Tocantins³.

FLÁVIA MALACHIAS SANTOS SCHADON⁴

(orientadora)

RESUMO: O artigo demonstra por meio de entendimentos doutrinários, princípios e legislação que existem formas céleres e eficazes de deliberar embates trabalhistas. A mediação, sendo uma das técnicas de composição de conflitos, tem como objetivo, através de um mediador, analisar as situações dos litigantes e em comum acordo optar pela melhor proposta para o caso. Para mais, a conciliação, com a figura de um conciliador mais ativo das decisões, também busca a deliberação dos litigantes, orientado e aproximando os envolvidos, inclusive podendo ocorrer extrajudicialmente ou judicialmente, porém a decisão será obrigatória e em caráter supra partes. Os dois métodos são exemplos de técnicas de soluções de conflitos, sendo extremamente importantes em todas as áreas jurídicas, inclusive a trabalhista. Logo, o presente artigo busca, não somente, analisar as formas alternativas para solucionar um desentendimento, mas também instruir e incentivar a sociedade a aderir um método menos oneroso e mais ágil.

Palavras-chaves: Conciliação; Mediação; Conflitos trabalhistas.

ABSTRACT: The article demonstrates through doctrinal understandings, principles and the law itself that there are quick and effective ways to resolve labor disputes. Mediation, being a conflict composition technique, aims, through a mediator, to analyze the litigants' situations and, in common agreement, choose the best proposal for the case. Furthermore, conciliation, with the figure of a more active conciliator of decisions, also seeks the deliberation of the litigants, oriented and bringing those involved together, even being able to occur extrajudicially or judicially. Both methods are examples of conflict resolution techniques, being extremely important in all legal areas, including labor. Therefore, this article seeks not only to analyze alternative ways to clear up a disagreement, but also to instruct and encourage society to adhere to a less costly and more agile method.

Key-words: Mediation; Conciliation; Labor disputes.

³ E-mail: saraaguiar1801@hotmail.com.

⁴ Especialista em Direito Previdenciário, Direito e Processo do Trabalho. Advogada.

INTRODUÇÃO

A presença de conflitos coexiste com as sociedades desde os primórdios e são importantes elementos para o desenvolvimento histórico-cultural. A atual conjuntura, caracterizada por um corpo social produtivo, porém ansioso, busca alternativas céleres na resolução de embates.

No decorrer da evolução social humana desenvolveram-se basicamente três técnicas de solução de conflitos: a autodefesa, autocomposição e a heterocomposição. A primeira busca solucionar um problema por meio da imposição de uma das partes, geralmente determinada pela violência. É a técnica mais primitiva de resolução de conflitos. Em contrapartida, a autocomposição tem a finalidade de solucionar os atritos através do acordo mediante ajustes de vontade. Finalmente, a heterocomposição tem como característica principal a decisão suprapartes, ou seja, a deliberação tem caráter obrigatório.

Nesse sentido, entender a diferença e a aplicabilidade das duas técnicas é indispensável. Os métodos utilizados tanto na conciliação quanto na mediação apresentam algumas características em comum, tais como a simplicidade, economia processual, celeridade e flexibilidade processual.

Ademais, em consonância com o tema, a lei 13.140/2015 traz diversos pontos importantes sobre a mediação, destacando seus princípios, objetos, aplicabilidades e procedimentos que visam auxiliar as partes em conflito. Por isso, a atuação voluntária e espontânea é a melhor forma para resolver questões simples da esfera trabalhista.

Dessa forma, diante da atual realidade que vivemos, surge o questionamento: por que a mediação e conciliação são os meios mais aconselháveis para solucionar um conflito na esfera trabalhista?

Destarte, o trabalho valer-se-á da natureza básica, pois tem como objetivo gerar novos debates e conhecimentos através da elucidação do tema abordado. A forma de abordagem é a qualitativa, pois utiliza métodos específicos, explicativos e representativos para formular uma opinião crítica sobre as formas de composição de conflitos.

Ademais, o trabalho pretende estudar, com os objetivos descritivos e explicativos, os fatos que determinam a aplicação das formas de composição de conflitos, bem como incentivar a sua atuação no judiciário brasileiro, além de demonstrar as principais suas características.

Os procedimentos técnicos utilizados foram o bibliográfico e documental, pois utiliza o conhecimento de artigos publicados, livros, internet e a própria lei. O método científico será o dedutivo, uma vez que se utiliza da linha de raciocínio descendente para a conclusão do artigo.

1 CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO: MEIOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Antes de buscarmos entender a aplicabilidade da conciliação e mediação na esfera trabalhista é importante defini-las, uma vez que são distintas entre si. A conciliação enquadra-se como forma de autocomposição, pois caracteriza-se pela tentativa de solucionar o conflito diretamente entre as partes, podendo ser judicial ou extrajudicial e sem a utilização de força ou violência.

A autocomposição verifica-se seja pelo despojamento unilateral em favor de outrem da vantagem por este almejada, seja pela aceitação ou resignação de uma das partes ao interesse da outra, seja, finalmente, pela concessão recíproca por elas efetuada. Na autocomposição não há, em tese, exercício de coerção pelos sujeitos envolvidos. (DELGADO, 2019, p 1.732).

A autocomposição é a forma de solução dos conflitos trabalhistas realizada pelas próprias partes. Elas mesmas chegam à solução de suas controvérsias, sem a intervenção de um terceiro (...) pode-se dividir a autocomposição em unilateral e bilateral. (MARTINS, 2011, p. 814).

A autocomposição unilateral justifica-se com a renúncia do direito de uma das partes conflitantes. Por outro lado, a autocomposição bilateral ocorre quando o conflito é solucionado com a adesão recíproca das partes envolvidas, resultando em uma transação.

Sergio Pinto Martins (2011, p. 814) aduz que são exemplos de formas autocompositivas os acordos e as convenções coletivas, sendo o primeiro realizado entre o sindicato de empregados e a empresa e segundo entre o sindicato de trabalhadores e de empregadores. O referido pensamento se consolida ao verificar o artigo 613, V, da Consolidação das Leis Trabalhistas. Vejamos:

Art. 613 - As Convenções e os Acordos deverão conter obrigatoriamente: (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967).

V - Normas para a conciliação das divergências sugeridas entre os convenentes por motivos da aplicação de seus dispositivos; (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967).

Conforme os ensinamentos de Cintra, Pellegrini e Dinamarco (2009, p. 34), a conciliação busca, sobretudo, o acordo entre as partes, enquanto a mediação objetiva trabalhar o conflito, surgindo o acordo como mera consequência.

O próprio Guia de Conciliação e Mediação Judicial do Conselho Nacional de Justiça Brasileiro (2015, p. 36) afirma que a conciliação pode ser definida como um processo breve, com a figura de um terceiro, neutro ao conflito.

Em paralelo com a referida técnica, podemos associar alguns princípios norteadores do processo do juizado especial civil e criminal, sendo eles os princípios da simplicidade, economia processual e celeridade conforme previsão da lei 9.099/95. Vejamos:

Lei 9.099/95 Art. 2º: O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

Outrossim, a mediação também é reconhecida como uma técnica de autocomposição, caracterizando-se principalmente pela figura de um terceiro imparcial que auxiliará na ordem e diálogo entre as partes para a formação de um acordo. Segundo Sergio Pinto Martins (2011, p.814), o mediador não tem poder de coação ou de coerção sobre as partes tomando qualquer decisão ou medida, apenas serve de intermediário entre elas.

A mediação é o meio extrajudicial para a resolução de conflitos. Esta tem como particularidade a eficácia, a celeridade, a comunicação e o menor custo financeiro. Ademais, pode ocorrer antes, durante e depois de instalada a ação judicial.

A lei 10.101 de 2000 que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e outras providências previu a utilização dos meios autocompositivos como meio de solução nos conflitos. *In verbis*:

Art. 4º Caso a negociação visando à participação nos lucros ou resultados da empresa resulte em impasse, as partes poderão utilizar-se dos seguintes mecanismos de solução do litígio:

I - Mediação;

II - Arbitragem de ofertas finais, utilizando-se, no que couber, os termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

§ 1º Considera-se arbitragem de ofertas finais aquela em que o árbitro deve restringir-se a optar pela proposta apresentada, em caráter definitivo, por uma das partes.

§ 2º O mediador ou o árbitro será escolhido de comum acordo entre as partes.

§ 3º Firmado o compromisso arbitral, não será admitida a desistência unilateral de qualquer das partes.

Segundo o Guia de Conciliação e Mediação Judicial do Conselho Nacional de Justiça Brasileiro (2015, p. 34 e 35), a mediação trata-se de um método de resolução de disputas no qual se desenvolve um processo composto por vários atos procedimentais pelos quais o(s) terceiro(s) imparcial(is) facilita(m) a negociação entre as pessoas em conflito.

Na mediação, o mediador propõe uma harmonização e solução para o conflito. Conforme ensinamentos de Mauricio Godinho Delgado (2019, p. 1.736), a mediação é a conduta pela qual um terceiro aproxima as partes conflituosas, auxiliando e, até mesmo, instigando sua composição, que há de ser decidida, porém, pelas próprias partes.

Em acordo com o artigo 616 §4º da CLT, nenhum processo de dissídio coletivo de natureza econômica será admitido sem antes se esgotarem as medidas relativas à formalização de convenções ou acordos coletivos. Logo, considera-se como pressuposto processual a tentativa de negociação, pois a sua inobservância acarretará extinção do processo ou o encaminhamento das partes para negociação.

Ademais, mostra-se necessária a tentativa e o incentivo para as resoluções de conflitos de forma menos onerosa, pois a via de conciliação e mediação oferece benefícios tanto para as partes envolvidas quanto ao Poder Judiciário. Os métodos buscam resolver o litígio em um espaço de tempo menor. Como consequência, o custo em manter um processo diminui, além de evitar o acúmulo de demandas.

O Código de Processual Civil, em seu artigo 3º, parágrafos 2º e 3º, menciona o papel do Estado nessa atuação, pois este promoverá, sempre que possível, uma solução consensual para os conflitos por meio da conciliação, mediação e outros métodos que devem ser estimulados por advogados, juízes, promotores e defensores públicos

No mesmo sentido, o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, em seu artigo 2º, inciso VI, guia o advogado a buscar a conciliação entre as partes como forma de evitar conflitos. O advogado possui o papel de defensor do Estado democrático de Direito e garantidor de uma sociedade justa que busca garantir os direitos fundamentais.

2 CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NA ESFERA TRABALHISTA

Na esfera trabalhista, conforme previsão na Resolução 174/2016, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho entende que cabe ao Poder Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado das questões jurídicas e dos conflitos de interesses. Por isso, visa resolver a aplicação da conciliação e mediação. Vejamos:

Art. 1º Para os fins desta resolução considera-se:

I – “Conciliação” é o meio adequado de resolução de disputas em que as partes confiam a uma terceira pessoa – magistrado ou servidor público por aquele sempre supervisionado –, a função de aproximá-las, emponderá-las e orientá-las na construção de um acordo quando a lide já está instaurada, com a criação ou proposta de opções para composição do litígio; (Redação dada pela Resolução CSJT n.º 252, de 22 de novembro de 2019)

II – “Mediação” é o meio adequado de resolução de disputas em que as partes confiam a uma terceira pessoa – magistrado ou servidor público por aquele sempre supervisionado –, a função de aproximá-las, emponderá-las e orientá-las na construção de um acordo quando a lide já está instaurada, sem a criação ou proposta de opções para composição.

Ademais, como forma de organização, a referida Resolução 174/2016, busca o planejamento e aplicação de Núcleos para promover, incentivar, capacitar e fomentar pesquisas que aprimorem os métodos de mediação e conciliação nos conflitos individuais e coletivos.

Em conformidade com a Consolidação das Leis Trabalhistas, a conciliação pode ocorrer a qualquer momento antes da proclamação da sentença. Além disso, conforme o artigo 764 da CLT, os dissídios individuais ou coletivos realizados na Justiça do Trabalho sempre serão sujeitos à conciliação.

Aberta a audiência trabalhista, é dever do juiz ou presidente propor a conciliação entre as partes (Artigo 846 da CLT). Ao término da audiência de instrução e julgamento, o juiz deve questionar novamente o interesse das partes na realização de um acordo com o oferecimento das razões finais (Artigo 850 CLT). Caso a conciliação seja acertada, esta valerá como termo e será lavrado como decisão irrecurável (Artigo 831 CLT).

Dessa forma, é importante destacar a necessidade ao incentivo da conciliação e mediação nos conflitos da esfera trabalhista. A iniciativa não é exclusiva do juiz, uma vez que qualquer parte no processo pode buscar um meio de solucionar o litígio, basta manifestar a vontade ao Poder Judiciário, seja na Vara do Trabalho, Cejusc ou no Tribunal Regional do Trabalho.

Foi instituído em 2016 no Tribunal Superior do Trabalho a “mediação pré-processual” por meio do Ato TST.GP 168/2016. O Ato dispõe sobre os pedidos de mediação e conciliação pré-processual de conflitos coletivos no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho.

O Ato leva em consideração o artigo 764 da CLT e a Resolução 125 do CNJ, nos quais destacam a importância da valorização da conciliação e o incentivo a buscar mecanismos alternativos para uma solução conciliatória. Vejamos:

Art. 1º Fica instituído por meio do presente ato o procedimento de mediação e conciliação pré-processual em dissídios coletivos, a ser conduzido e processado no âmbito da Vice-Presidência do Tribunal Superior do Trabalho.

Art. 2º Podem ser submetidos ao procedimento de mediação e conciliação pré-processual as relações jurídicas passíveis de submissão a dissídio coletivo de natureza econômica, jurídica ou de greve.

Art. 3º A mediação e conciliação pré-processual pode ser requerida por iniciativa de qualquer das partes potenciais de dissídios coletivos.

Ademais, o artigo 5º do referido Ato busca determinar as formas processuais que a conciliação e a mediação serão exploradas nos dissídios coletivos. Primeiramente, recebido o pedido de mediação e conciliação pré-processual, a Vice-Presidência do Tribunal poderá designar audiência providenciando o dia, hora e local desta. As audiências de conciliação serão realizadas na sede do Tribunal Superior do Trabalho, onde serão resumidos em ata os trâmites da audiência, bem como os acordos ou propostas de acordos.

Em pesquisa realizada pela Justiça em Números de 2021 (p. 193), divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça, a área jurídica que mais faz conciliações é a trabalhista, solucionando 23% de seus casos por meio de acordo. Isto posto, a conciliação e a mediação são alternativas para quem busca uma solução rápida, justa e eficaz. Por ser um recurso construído entre as partes, as técnicas são a forma mais democrática e econômica para buscar uma decisão justa e assim reestabelecer a relação interpessoal entre os litigantes.

3 APLICABILIDADE DA LEI 13.140/2015 NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

A lei 13.140/2015 dispõe sobre o instituto da mediação como forma de solução de controvérsias e conflitos no âmbito da administração pública. Em seu corpo legal são apontados os princípios que regem a mediação, o papel do mediador no âmbito judicial e extrajudicial e seus procedimentos.

Naturalmente, os princípios são considerados valores éticos e morais no ordenamento jurídico e é a partir deles que as normas de uma sociedade são formadas. Para Maurício Godinho Delgado, (2017, p.18) os princípios são proposições gerais decorrentes de uma cultura associada ao ordenamento jurídico que resultam na aplicação do Direito.

Nesse sentido, a lei 13.140/2015 elenca os princípios que compõem o instituto da mediação. Vejamos:

Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - Imparcialidade do mediador; II - Isonomia entre as partes; III - Oralidade; IV - Informalidade; V - Autonomia da vontade das partes; VI - Busca do consenso; VII - Confidencialidade; VIII - Boa-fé.

A imparcialidade do mediador caracteriza-se pela posição neutra exercida pelo profissional. Ou seja, além de garantir o equilíbrio e uma solução justa, não existe tratamento preferencial ou diferenciado para nenhuma das partes. O princípio da isonomia entre as partes está em consonância com o anterior, pois esse visa o tratamento igualitário para todos, não ocorrendo nenhuma distinção entre os envolvidos.

Já princípio da oralidade diz respeito ao processo oral, de modo em que a comunicação acontece entre as partes e magistrados. Essa comunicação é manifestada por meio de audiência. Para Mauro Schiavi, (2017, p. 29) o processo do trabalho é essencialmente um procedimento oral e concentra seus atos durante a audiência. Paralelamente, o princípio da informalidade representa o processo diligente que busca reduzir os rigores formais, contudo mantendo a finalidade e legalidade do processo.

O instituto da autonomia de vontade e o princípio do consenso evidenciam a ideia de que as partes devem cumprir com o acordo que fizeram, já que este foi moldado conforme suas vontades e concordância mútua.

O princípio da confidencialidade trata-se do pressuposto de que todas as informações, dados, documentos e declarações mencionadas durante a mediação serão sigilosas, ou seja, nada deve ser compartilhado. Dessa forma, esse princípio caminha lado a lado com a boa-fé, remetendo a necessidade de honestidade, lealdade e justiça nos procedimentos que serão realizados durante o acordo.

Em contrapartida, existe a figura do mediador. Segundo a lei 13.140/2015, artigo 4º §1º, o mediador será designado ou escolhido pelas partes, além de conduzir o procedimento, tem o dever de facilitar e suscitar qualquer dúvida sobre a resolução do conflito. O artigo 5º caput e parágrafo único da lei em questão, menciona que se aplica ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz, pois este tem o dever de atuar em consonância à legalidade e moralidade.

Ademais, conforme artigo 9º da lei 13.140/2015, qualquer pessoa capaz e capacitada para fazer a mediação poderá atuar como mediador extrajudicial. Contudo, para atuar como mediador judicial, o interessado deve ser graduado em curso superior há pelo menos dois anos em instituição reconhecida pelo Ministério da Educação.

Segundo o Manual de Mediação Judicial do Conselho Nacional de Justiça publicado em 2016, o papel do mediador consiste em auxiliar as partes a vislumbrarem soluções mais eficientes para suas questões. Logo, percebe-se que não é função do mediador apresentar uma solução, mas sim estimular as partes para que ela aconteça.

“O mediador deve se apresentar como um auxiliar e facilitador da comunicação entre as partes. Seu objetivo – desde já deve ser explicitado – não é induzir ninguém a um acordo que não lhe satisfaça. Pelo contrário, o que se deseja é que as partes, em conjunto, cheguem a um acordo que as faça sentir contentes com o resultado”. (Manual de Mediação Judicial. Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 166)

“O papel do mediador é de direção e administração de uma discussão das partes no intuito da realização de uma melhor compreensão recíproca, um aprendizado sobre como melhor resolver suas disputas e, naturalmente, se chegar a um consenso”. (Manual de Mediação Judicial. Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 183).

Em relação ao procedimento da mediação e conforme o artigo 14 da lei 13.140/2015, o mediador possui o dever de alertar as partes acerca das regras de sigilo aplicáveis (princípio da confidencialidade). Ademais, caso seja necessário e/ou a pedido das partes e do próprio condutor, um novo mediador pode participar do procedimento.

Cumpramos ressaltar uma importante condição apresentada nessa lei: ainda que exista um processo judicial em andamento, é possível submetê-lo à mediação. Caso ocorra, o juiz ou árbitro do processo requisitará a suspensão. Vejamos:

Art. 16. Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio. § 1º É irrecurável a decisão que suspende o processo nos termos requeridos de comum acordo pelas partes. § 2º A suspensão do processo não obsta a concessão de medidas de urgência pelo juiz ou pelo árbitro.

Art. 17. Considera-se instituída a mediação na data para a qual for marcada a primeira reunião de mediação. Parágrafo único. Enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficará suspenso o prazo prescricional.

Conforme artigo 20 da lei 13.140/2015, após o encerramento do procedimento de mediação, será lavrado o termo final celebrando o acordo entre as partes ou mencionado o esgotamento das tentativas para uma resolução. O termo final poderá constituir-se como título executivo extrajudicial ou judicial quando homologado judicialmente.

A mediação pode ocorrer de duas formas: extrajudicial ou judicial. A mediação extrajudicial ocorre fora dos tribunais e é buscada espontaneamente pelas partes. Por outro lado, a mediação judicial ocorre quando o processo já iniciou e o próprio juiz é quem marca a audiência e indica um mediador. Uma vez que o acordo entre as partes é realizado, é necessário que este seja homologado em juízo.

A mediação judicial ocorre nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejus) e pode iniciar antes da instauração do processo. Já a mediação extrajudicial ocorre em entidades particulares autorizadas em realizar a mediação. Como mencionado, estes não estão vinculados com o judiciário e não há necessidade de um processo aberto.

CONCLUSÃO

Dessa forma, diante de todos os conceitos, informações, legislações e resoluções utilizadas no artigo, é possível concluir que atualmente os institutos da conciliação e mediação são importantes instrumentos para a resolução pacífica de conflitos em todas as esferas do direito.

Por serem técnicas mais céleres, econômicas, dinâmicas e justas, as relações interpessoais entre os conflitantes tendem a ser reestabelecidas. Uma vez que este resultado é alcançado, o judiciário passa a permanecer menos sobrecarregado e conseqüentemente suas demandas são resolvidas mais rápidas.

É necessário o incentivo e conscientização para a utilização das técnicas de resolução de conflitos. Os métodos buscam resolver embates trabalhistas em um espaço de tempo menor e de forma menos onerosa. Como consequência, o acúmulo de demandas e o custo em manter um processo diminuem, uma vez que a maioria dos litígios trabalhistas pode ser resolvida mediante acordo.

Dessa forma, a conciliação e a mediação são alternativas para quem busca uma solução democrática e justa. Sendo um acordo construído pelas próprias partes, as técnicas visam reestabelecer a relação interpessoal entre os litigantes e consequentemente obter um resultado eficaz e harmonioso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Guia de Conciliação e Mediação Judicial: Orientação para instalação de CEJUSC. (Brasília/DF: CNJ). 2015.

BRASIL. Lei 9.099, 27 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, 27 de setembro de 1995. Diário Oficial da União de 27/09/1995 (p. 15033, col. 1).

BRASIL. Lei nº 13.140, 26 de junho de 2015. Dispõe sobre mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Brasília, 26 de junho de 2015; Diário Oficial da União - Seção 1 - 29/6/2015, Página 4 (Publicação Original).

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Ato n. 168/TST.GP, de 4 de abril de 2016. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho: caderno administrativo [do] Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, DF, n. 1950, p. 1-2, 5 abr. 2016.

CHAVES, P. H. da Silveira. Aspectos da mediação no Código de Processo Civil e atualidades da Lei nº 13.140/2015. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, [S. l.], v. 32, n. 2, 2016. Disponível em: <http://45.79.197.60/index.php/revistafds/article/view/179>. Acesso em: 7 out. 2022.

CINTRA, Antonio Carlos Araujo; GRINOVER. Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB. Resolução N. 02/2015 Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Brasília, 19 de outubro de 2015. (DOU, 04.11.2015, S. 1, p. 77)

CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA. Conciliação e Mediação. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao/>. Acesso em: 20 de outubro de 2022.

CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO (Brasil). Resolução n. 174/CSJT, de 30 de setembro de 2016. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho: caderno administrativo [do] Conselho Superior da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n. 2079, p. 1-6, 5 out. 2016.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 28 ed. – São Paulo. Atlas, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo : LTr, 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho. 5. ed., São Paulo: LTr, 2017.

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO – CLT e normas correlatas. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017. 189 p.

JUSTIÇA DO TRABALHO. Tribunal Superior do Trabalho. Conciliação. Disponível em: [https://www.tst.jus.br/conciliacao#:~:text=A%20concilia%C3%A7%C3%A3o%20trabalhista%20pode%20ser,pelas%20partes%20\(artigo%20850\)](https://www.tst.jus.br/conciliacao#:~:text=A%20concilia%C3%A7%C3%A3o%20trabalhista%20pode%20ser,pelas%20partes%20(artigo%20850).). Acesso em: 25 de outubro de 2022.

JUSTIÇA DO TTABALHO. Tribunal Superior do Trabalho. Conciliação. Disponível em: https://www.tst.jus.br/conciliacao/-/asset_publisher/89Dk/content/id/26593625 . Acesso em: 15 de novembro de 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2021 / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2021.

RAMOS, Augusto Cesar. Mediação e arbitragem na Justiça do Trabalho. Artigos Check Point. 2002. Disponível em: <http://artigoscheckpoint.thomsonreuters.com.br/a/23mb/mediacao-e-arbitragem-na-justica-do-trabalho-augusto-cesar-ramos>. Acesso em: 30 de outubro de 2022.

SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

SCHIAVI, Mauro. A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17 / Mauro Schiavi. — 1. ed. — São Paulo : LTr Editora, 2017.

SILVA, Luciana Aboim Machaço da. Mediação interdisciplinar: um caminho viável à autocomposição dos conflitos familiares. *Diké: Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe*. 1 ed. v. 1. n° 1. São Cristóvão: Editora UFS, jul./ dez. 2011.

SPENGLER, Fabiana Marion. Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2. ed. – Ijuí : Ed. Unijuí, 2016. – 272 p. – (Coleção direito, política e cidadania; 21).

RIGIDEZ CONSTITUCIONAL E QUÓRUM DE APRESENTAÇÃO E DELIBERAÇÃO DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS NO ÂMBITO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

RAUL QUEIROZ DE MENEZES: Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife da UFPE, Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes, Advogado e ocupante do cargo efetivo de Agente Legislativo da Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco, onde assessora a Comissão de Constituição, Legislação e Justiça.

RESUMO: O presente artigo faz uma análise sobre a rigidez constitucional e sua consequência em relação ao quórum de deliberação e apresentação de Propostas de Emendas à Constituição. O estudo busca analisar, também, caso enfrentado pelo autor em sua atuação profissional junto à Comissão de Constituição e Justiça da ALE/PE, em que houve proposta no intuito de igualar o quórum de apresentação de PEC's ao da apresentação de projetos de lei, proposta devidamente não acatada, conforme será demonstrado no presente ensaio.

Palavras-chave: Limites ao Poder de Reforma Constitucional. Constituição Rígida. Quórum de apresentação. Quórum de Deliberação. Procedimento mais dificultoso.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo é fruto de pesquisa realizada na área do Direito Constitucional, com análise centrada nos limites ao Poder de reforma à Constituição, sobretudo no que diz respeito a uma limitação formal, qual seja: a iniciativa para apresentação de Emendas em âmbito estadual.

O interesse deste autor pelo tema nasceu ainda durante as aulas de Direito Constitucional no início da Faculdade, quando do tempo do primeiro contato com a ideia de que o processo de alteração das Constituições (federal e estadual) no Brasil deve ser mais dificultoso do que o das demais espécies normativas. Passados alguns anos, e sempre com interesse no tema, este autor se deparou, em sua atuação profissional (é ocupante do cargo de agente legislativo da ALE/PE, onde assessora a Comissão de Constituição e Justiça), com Proposta de Emenda à Constituição do Estado de Pernambuco, com a necessidade, justamente de estabelecer critérios para a iniciativa de alteração da Constituição Estadual.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Rigidez e supremacia constitucional

Inicialmente, é imperioso tratar sobre a supremacia da Constituição e sobre o Poder Constituinte em si, para em seguida poder debruçar-se sobre os limites a esse poder de reformar a Constituição.

Tem-se a Constituição como norma suprema, verdadeiro sustentáculo do ordenamento jurídico, de onde todas as demais normas retiram sua validade, o ponto de partida da produção jurídica do Estado. Se o ordenamento for idealizado como uma pirâmide, estaria a Constituição na base dessa pirâmide, transformando a norma fundamental que é uma espécie de fantasia jurídica em norma concreta, a primeira e mais importante posituação jurídica do Estado, à qual as demais normas devem obediência. Qualquer ato jurídico para que componha e permaneça de forma válida o ordenamento tem que estar em conformidade com os preceitos da Constituição⁵.

Outro ponto importante no estudo das Constituições é quanto à sua classificação, que pode se dar sob a análise de variados aspectos. Para efeitos desta obra, entende-se ser a mais importante dessas classificações a que diz respeito à estabilidade da Constituição, por guardar relação com a dificuldade de alterá-la, e, portanto, com os limites ao poder de reforma. Tal classificação divide as Constituições entre rígidas e flexíveis. Rígidas seriam aquelas que demandam um procedimento de modificação mais difícil do que o processo para modificar as demais leis, requerem um rito mais solene e que deve obedecer a formalidades. No entanto, é variável esse grau de rigidez ou flexibilidade, de forma que alguns autores falam em Constituições rígidas, flexíveis, ou semirrígidas, que teriam uma parte rígida e outra flexível⁶.

As flexíveis, por sua vez, seriam aquelas que podem ser reformadas da mesma maneira que se criam leis ordinárias, sem exigência de qualquer requisito especial, como ocorre nas rígidas ou semirrígidas.

Importante a lição de José Afonso da Silva, que afirma:

A estabilidade das constituições não deve ser absoluta, não pode significar imutabilidade. Não há constituição imutável diante da realidade social cambiante, pois não é ela apenas um instrumento de ordem, mas deverá sê-lo, também, de progresso social. Deve-se

5 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 58.

6 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 87.

assegurar certa estabilidade constitucional, certa permanência e durabilidade das instituições, mas sem prejuízo da constante, tanto quanto possível, perfeita adaptação das constituições às exigências do progresso, da evolução e do bem-estar social. A rigidez relativa constitui técnica capaz de atender a ambas as exigências, permitindo emendas, reformas e revisões, para adaptar as normas constitucionais às novas necessidades sociais, mas impondo processo especial e mais difícil para essas modificações formais, que o admitido para a alteração da legislação ordinária⁷.

A Constituição Federal de 1988 requer um rito especial, diferenciado para que seja alterada, o que nos faria, em um primeiro momento, classificá-la como rígida. Acontece que alguns pontos nela são imutáveis dentro da ordem constitucional vigente, não podendo ser alterados sob qualquer hipótese. Não há formalidade ou rito que legitime a mudança dessas matérias, que são as chamadas cláusulas pétreas, positivadas no Parágrafo 4º do artigo 60 da Carta Magna. Neste sentido, alguns doutrinadores classificam nossa atual Constituição como super-rígida⁸.

2.2 Limites ao poder de reforma constitucional

Como mencionado anteriormente, da rigidez constitucional decorre a ideia de uma maior estabilidade do texto constitucional, com solidez jurídica aparente. Alguns teóricos da Constituição chegaram até a imaginar uma Constituição que fosse imutável, ideia que claramente não se sustentaria, em virtude das transformações sociais ocorridas ao longo do tempo, de forma que não é imaginável que uma Lei formulada em determinada época possa continuar atendendo as expectativas das pessoas com o passar dos anos. As leis constitucionais, fruto do Poder Constituinte, obrigam os poderes constituídos, mas nunca a Nação, que é o titular desse Poder Constituinte Originário. Assim sendo, natural que haja mecanismo para alteração da norma constitucional, com o intuito de maior adequação aos anseios populares atuais⁹.

Inicialmente, convém analisar os limites formais para a edição das Emendas Constitucionais, que é a forma de manifestação do Poder de Reforma que será analisada nesse estudo, deixando de lado o poder de revisão constitucional, previsto no *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias* (ADCT) e que já foi consumado. São bastante

7 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. rev. e ampl. 2. tir., São Paulo: Malheiros, 1993. p. 44.

8 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 37.

9 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 205.

severas as normas constitucionais que estabelecem os limites formais para reforma da Constituição, reforçando o caráter de Constituição rígida adotado pela nossa Carta Magna. O artigo 60 da Constituição de 1988, em seus incisos I, II e III traz as primeiras regras relativas a esses limites formais:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros¹⁰.

Fica claro, pois, que não é qualquer pessoa ou instituição que pode propor uma Emenda à Constituição, mas somente essas pessoas e órgãos previstos no artigo supracitado. Mesmo os membros do Poder Legislativo federal não podem isoladamente propor uma modificação da Constituição, devendo contar para tal com no mínimo 1/3 dos membros da Casa à qual estão vinculados.

2.3 Quórum previsto para reforma por iniciativa popular na Constituição do Estado de Pernambuco

Para fins deste estudo, devemos analisar a previsão da Constituição do Estado de Pernambuco, acerca da iniciativa para modifica-la. Assim dispõe a CE/PE:

Art. 17. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

III - de iniciativa popular, subscrita por, no mínimo, um por cento do eleitorado estadual, distribuído, pelo menos, em um quinto dos Municípios existentes no Estado, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles;¹¹

Neste ponto, importantíssimo atentar para o fato de que a rigidez constitucional demanda não apenas um quórum mais elevado para deliberar sobre a Emenda (3/5 dos membros do Legislativo) , mas também para apresentar a proposta. Assim sendo,

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 abr. 2016.

¹¹ BRASIL. Constituição do Estado de Pernambuco de 1989. Disponível em <<https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?id=4937>>. Acesso em: 14 de abril de 2022.

interessante citar discussões travadas no âmbito da Comissão de Constituição, Legislação e Justiça – CCLJ – da Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco – ALEPE –, órgão onde este autor exerce suas atribuições de Agente Legislativo, no ano de 2019. As discussões foram travadas no bojo de debate acerca da Proposta de Emenda à Constituição do Estado nº 5/2019, que pretendia abrandar os requisitos para propositura de projetos de lei de iniciativa popular.

Durante as discussões sobre a referida PEC, chegou-se a propor que o abrandamento dos requisitos fosse estendido também às PEC's de iniciativa popular – já que a Constituição do Estado de Pernambuco admite Propostas de Emenda à Constituição Estadual de iniciativa popular, ao contrário da Constituição Federal- e não somente aos Projetos de Lei. Prevaleceu a tese apresentada pelo autor deste artigo ao Deputado Relator da matéria, reproduzida no trecho do Parecer emitido pela CCLJ, abaixo transcrito, de que as Emendas à Constituição requerem sim um quórum diferenciado não somente para deliberação mas já desde o momento da propositura. Veja-se excerto do Parecer nº 339/2019, exarado pela Comissão de Constituição, Legislação e Justiça da ALEPE, em que é reforçada a ideia de que o quórum qualificado em relação às Emendas deve ser seguido em ambos momentos, iniciativa e deliberação:

“Conforme explicitado, a alteração proposta através da PEC nº 05/2019 encontra-se em conformidade com todo o desenho político-organizacional de Estado elaborado pelo Constituinte Originário ao promulgar a Constituição Federal de 1988. Além disso, coaduna-se com a ideia de **rigidez constitucional**, haja vista manter o quórum de apresentação de Emendas Constitucionais de iniciativa popular (art. 17, III, da Constituição Estadual) mais elevado em relação ao quórum para apresentação de Projetos de Lei de iniciativa popular, que restará alterado (art. 19, §2º da Constituição Estadual).

Por fim, cumpre ressaltar que ao facilitar a participação da população no processo legislativo, há o fortalecimento do princípio democrático e da soberania popular.”¹²

3. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, fica provado, portanto, que a rigidez constitucional pode ser entendida como causa e consequência da supremacia constitucional, e, em virtude da rigidez e da supremacia, algumas limitações são verificadas no processo de alteração das Constituições. Neste sentido, uma dessas limitações é o quórum qualificado no que

¹² **Parecer CCLJ ALEPE Nº 339/2019**. Disponível em: <<http://www.alepe.pe.gov.br/proposicao-texto-completo/?docid=1368&tipoprop=pc2>>. Acesso em: 19 out. 2019.

concerne às Emendas Constitucionais, sejam elas à Constituição Federal, sejam elas à Constituição Estadual.

Contudo, mister salientar que o quórum qualificado deve ser observado não apenas na hora de votar a alteração – no caso, 3/5 dos membros da casa legislativa – mas também para a própria apresentação da PEC. Ora, a apresentação de uma Emenda à Constituição é ato de extrema importância na vida jurídica do ente federado, de forma que não faz sentido que os requisitos de oferecimento de PEC de iniciativa popular no âmbito estadual (já que no âmbito federal não há essa possibilidade) sejam os mesmos da apresentação de uma lei ordinária, a fim de se manter a rigidez constitucional e a maior dificuldade em se alterar a Constituição Estadual.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 abr. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

Parecer CCLJ ALEPE Nº 339/2019. Disponível em: <<http://www.alepe.pe.gov.br/proposicao-texto-completo/?docid=1368&tipoprop=pc2>>. Acesso em: 19 out. 2019.

BRASIL. Constituição do Estado de Pernambuco de 1989. Disponível em <<https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?id=4937>>. Acesso em: 14 de abril de 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. rev. e ampl. 2. tir., São Paulo: Malheiros, 1993.

A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO MEIO AMBIENTE E O DIREITO DIPLOMÁTICO BRASILEIRO

CAROLINA QUEIROGA NOGUEIRA:

Advogada. Graduada em direito na Universidade Federal de Pernambuco. Mestranda em Direito das Relações Comerciais Internacionais na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo¹³.

Resumo: Este artigo examina a importância dos agentes diplomáticos na política externa de proteção ao meio ambiente. O primeiro capítulo discute as características dos tratados internacionais de meio ambiente e a ligação entre direitos humanos e proteção ao meio ambiente. A segunda parte avalia o papel dos agentes diplomáticos na proteção internacional do meio ambiente, incluindo sua representação internacional, sua relação com outros Estados e órgãos internacionais, bem como a diplomacia brasileira e o conflito norte-sul na agenda ambiental internacional. Finalmente, o artigo conclui com reflexões sobre a importância dos agentes diplomáticos na proteção internacional do meio ambiente e o papel da diplomacia brasileira neste cenário.

Palavras -chave: direito diplomático, meio ambiente, política externa.

1.Introdução

Propomos neste estudo monográfico a dissertação acerca da importância dos agentes diplomáticos para o desenvolvimento de uma política externa de proteção ao meio ambiente, observando a esfera de atuação do ministério das relações exteriores frente as esferas de atuação em prol do desenvolvimento sustentável.

Na primeira parte deste texto iremos debruçar-nos sobre as características dos tratados internacionais do meio ambiente, e a necessária correlação entre direitos humanos e direito de proteção ao meio ambiente.

Na segunda parte iremos avaliar qual o papel de um agente diplomático nesse cenário. Passaremos primeiro pelo desenvolvimento do conceito de representação internacional de um Estado, passando para o papel do ministério das relações exteriores no sentido generalista e, em específico, do papel destes agentes no direito internacional da proteção do meio ambiente, tanto no que se refere ao relacionamento com outros Estados tanto no que se refere ao relacionamento com órgãos internacionais e

13 Contato: carolinaqnoqueira@gmail.com

organizações transnacionais. Analisaremos o papel da diplomacia brasileira e o conflito norte-sul global na agenda do desenvolvimento ambiental internacional.

Por fim, faremos nossas reflexões finais acerca da importância dos agentes diplomáticos para consolidação da proteção internacional do meio ambiente, analisando o grau de independência de suas ações e suas colaborações para construção de práticas internacionais de desenvolvimento sustentável, traçando considerações acerca do papel da diplomacia brasileira neste cenário.

2.A Proteção Internacional do Meio Ambiente

A proteção internacional do meio ambiente é um dos principais temas pertinentes ao debate contemporâneo no âmbito dos estudos sobre direito internacional. Em virtude das inúmeras mudanças climáticas e ecológicas observadas desde o século 20, percebemos enquanto comunidade global ser de *mister* importância a devida regulamentação e tomada de responsabilidade, pelos Estados e organizações internacionais, da proteção ao meio ambiente¹⁴.

O caráter internacionalista desta proteção tem fácil explicação científica – os problemas ambientais tem origem e final em estados distintos, ultrapassando fronteiras e quase nunca se limitando a uma região geográfica determinável. Sem a cooperação de todos os agentes internacionais envolvidos em atividades que impactam, o meio ambiente (o que deve compor grupo de todos ou quase todos), não podemos esperar que uma mudança substancial possa ser alcançada¹⁵.

Importante, de todo modo, é sinalizar que o direito internacional do meio ambiente não é um ramo específico do direito internacional, seja ele público ou privado, e sim uma temática generalista que se alastra na matéria e tem inúmeras aplicações práticas¹⁶.

2.1 Os tratados do Direito Internacional do Meio Ambiente

O processo para elaboração dos tratados internacionais do meio ambiente possui características específicas e estilo próprio. O direito ambiental tende a se enquadrar dentre os modelos de convenções-tipo (caracterizadas pela generalidade e flexibilidade das

14 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6ª Edição. P.989-1003

15 Idem, Ibidem.

16 Idem, Ibidem.

disposições) e convenções-quadro (caracterizadas pela existência de metas abstratas e normas cujo cumprimento só é possível após a adoção de normas anteriores)¹⁷.

Tanto as convenções-tipo quanto as convenções-quadro seguem o que a doutrina intitula “piecemeal-approach” ou enfoque fracionado, ou seja: *“Por enfoque fracionado (ou piecemeal-approach) entenda-se a estratégia negocial adotada pelos representantes dos estados, quanto a ser preferível firmar tratados acerca dos pontos em relação aos quais haja acordo, deixando para negociações posteriores e específicas os pontos mais polêmicos”*. Por exemplo, a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança Climática firmada na Eco-92 deixou para tratativa posterior o tema da regulação das emissões de gás, o que só ocorreu com o Protocolo de Quioto firmado em 1997.

Uma outra característica dos tratados multilaterais ambientais é a criação de diversas organizações internacionais para coordenar, fiscalizar e auxiliar na operacionalização dos tratados estabelecidos. Como as convenções ambientais usualmente preveem que certos regulamentos e anexos podem ser atualizados periodicamente, os documentos preveem a criação de órgãos supremos para revisar os termos das convenções, intitulados “Conferencias e Reuniões das Partes (COP ou MOP)” ou “Comitês das Partes”¹⁸.

Ainda assim, uma das dificuldades observadas pelos órgãos internacionais é a baixa executoriedade dos tratados internacionais do meio ambiente. Desde a década de 90, a doutrina internacionalista ambiental debruça-se sobre a contraposição entre meios repressivos e meios cooperativos para fomentar o devido cumprimento de obrigações ambientais pelos estados. Percebe-se que a utilização de meios cooperativos tende a ser mais efetiva em detrimento de meios repressivos, pois evitam a formação de antagonismos e confrontos políticos entre estados¹⁹.

2.2 O Direito Internacional do Meio Ambiente como direito humano fundamental

Insere-se a proteção do meio ambiente dentro da esfera de proteção dos direitos humanos fundamentais a partir da noção de que o dano causado ao nosso planeta afeta a saúde e segurança de todos os seres humanos habitantes desta terra. Tem-se que proteger a “sadia qualidade de vida” engloba naturalmente a proteção do meio ambiente, e isso foi reconhecido no plano internacional pela Declaração do Meio Ambiente Humano

¹⁷ ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E.; CASELLA, Paulo Borba. Manual de direito internacional público. São Paulo, Saraiva Educação, 24ª edição, 2019. P-558- 682

¹⁸ Idem, Ibidem

¹⁹ Idem, Ibidem

(declaração de Estocolmo) adotada pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente. Essa premissa está inserida em todo o texto da declaração, mas pode ser observada diretamente em seu Princípio 1:

"Princípio 1. O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas."

A noção de que os recursos terrestres são finitos e os danos infringidos ao planeta terra são irreversíveis, apesar de recentes, já transformaram o entendimento moderno de direito fundamental. O Instituto de Direito Internacional, desde 2005, já classifica o direito internacional do meio ambiente como obrigação *erga omnes*, ao lado da proteção internacional dos direitos humanos, sendo classificado como preocupação comum da humanidade e obrigação de todos os estados²⁰.

3.O papel da diplomacia na proteção do meio ambiente

Nesse contexto, a atuação do Estado ganha função especial na proteção do meio ambiente. No Brasil, o chefe de Estado e o Ministro das Relações Exteriores tem como objetivo desenvolver os objetivos da república quando no exercício de suas funções, – segundo o Art. 4º da nossa Constituição Federal, a atuação internacional do Brasil deve ser regida por alguns princípios, dentre eles a prevalência dos direitos humanos e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Conforme já comentado na seção 2 deste texto, tem-se que os conceitos acima são fundamentalmente indissociáveis da noção de proteção ao meio ambiente, motivo pelo qual devemos subentender que a política externa brasileira deve ser conduzida com estes valores em mente. Nos termos da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, a missão diplomática deve proteger no Estado acreditante os interesses do Estado acreditado²¹. Restaria claro pelo nosso próprio texto constitucional, como inclusive o é

²⁰Idem, Ibidem

²¹ HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Ltda., 6ª Edição, 2006.

explicitado no ar. 225 da Constituição Federal, que a defesa do meio ambiente é interesse do Estado Brasileiro e deve, dessa forma, ser protegido por seus agentes diplomáticos.

Muito embora a nossa constituição tenha estabelecido tais diretrizes, vemos que nem sempre esse é o posicionamento do estado brasileiro no debate internacional sobre o meio ambiente. Na verdade, tanto no Brasil como nos demais países emergentes, a discussão acerca do papel do agente diplomático na defesa do meio ambiente é cerne de controvérsias e posicionamentos por vezes contraditórios, como veremos abaixo.

3.1 A responsabilidade do diplomata

Na medida em que o estado brasileiro tenha a proteção do meio ambiente como objetivo, não pode o estado atuar senão através das pessoas que o representam. A ação exterior de determinado estado é consubstanciada pelos indivíduos que possuem competência para representa-lo, seja ela maior ou menor. O direito interno de cada jurisdição deverá determinar qual organização será utilizada para determinar quem são esses indivíduos, mas, via de regra, é o Chefe de Estado o responsável central pela dinâmica da interação entre os estados²².

Cabe ao Chefe de Estado a chamada *jus representationis omnimoda* que, no direito internacional, é o direcionamento da política externa de um estado e podem ser reis, monarcas ou presidentes, conforme o caso. No Brasil, o papel é ocupado pelo Presidente da República, nos termos do Art. 84 da Constituição Federal. No entanto, apesar de possuírem inegável influência no direito internacional, não atuam sozinhos e, no Brasil em especial o Presidente divide espaço com o Ministério das Relações Exteriores.

Este ministério possui diversos nomes (sendo o Ministro dos Negócios Estrangeiros na Espanha, o Secretário de Estado nos Estados Unidos, o Foreign Office na Grã-Bretanha, etc), mas tem como ponto comum a gestão dos assuntos administrativos da política externa de um estado, como superior hierárquico de todo o quadro diplomático, perdendo apenas para o Chefe de Estado. Suas principais tarefas são relacionadas aos problemas exteriores do estado (como gestão do relacionamento com outros estados e organismos internacionais, fiscalização da execução de tratados e representação do estado em eventos estatais) e participação na elaboração e negociação de tratados internacionais²³.

O ministro das relações exteriores auxilia o chefe de estado no cumprimento dos deveres relacionados a execução da política externa e, dessa forma, adquire função de órgão externo embora seja, na teoria, órgão interno de determinado país. Ressalta-se o

22 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. Cit. P.596-608

23 Idem, Ibidem

importante papel desse ministério no relacionamento com outros entes externos, na negociação entre estados e na assinatura de tratados²⁴.

É nessa seara que entram os agentes diplomáticos, como verdadeiros operários da consolidação da política externa de um determinado estado. Devido a extrema complexidade das atividades necessárias para a execução de determinada política externa, os diplomatas ganham fundamental importância para um estado. Conforme lição de Guido Soares: *"(Diplomata) é o agente do estado, frente aos órgãos de outras pessoas de direito internacional clássico, com funções clássicas de representá-lo, negociar em seu nome e informar-se de assuntos que lhes dizem respeito"*²⁵.

Toda potência estrangeira tem o direito de enviar missões diplomáticas aos estados com os quais mantem relações (*jus legationum*), direito este que está condicionado ao direito do estado acreditado de aceitar tal missão. Vez postas, estes locais servem como centros administrativos onde os estados podem coordenar as suas atividades e relacionamento com a jurisdição estrangeira que os recebe, tornando-se importantes ferramentas no desenvolvimento econômico e social de um estado e na proteção de seus cidadãos no exterior²⁶.

Conforme consagrado pela Convenção de Viena de 1961, a responsabilidade diplomática não cai exclusivamente sobre a figura do embaixador, mas para a missão diplomática em conjunto – de modo que todos os funcionários da carreira diplomática podem ser denominados agentes diplomáticos²⁷.

A missão diplomática tem como dever o bom exercício das funções diplomáticas, assegurando o bom relacionamento entre os estados e a proteção dos interesses dos nacionais do respectivo país que representam no território em que se encontram. Além dos deveres para com o próprio estado, as missões diplomáticas possuem dever de lealdade para com os estados acreditados. O agente diplomático também possui o direito de representação, falando em nome do seu estado²⁸.

A diplomacia na área ambiental, em especial, encontra-se situação delicada, na medida em que equilibra conflitos multidisciplinares. Além das questões comuns aquelas normalmente tratadas em conflitos internacionais, há de se levar em consideração também interesses de outros agentes internacionais externos aos próprios estados. Por exemplo,

24 ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E.; CASELLA, Paulo Borba. Op. Cit. P-309-333

25 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. Cit. P.596-608

26 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. Cit. P.596-608

27 ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E.; CASELLA, Paulo Borba. Op. Cit.P-309-333

28 ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E.; CASELLA, Paulo Borba. Op. Cit.P-309-333

um agente diplomático deverá considerar as ponderações da comunidade científica, os apetites das empresas transnacionais, e a influência das organizações não governamentais da área ambiental, dentre outros assuntos. Ainda, a discussão acerca da regulação ambiental internacional e da negociação de tratados internacionais ambientais desafia a própria noção de soberania²⁹.

O debate acerca da supressão da soberania de estados em prol do bem comum da humanidade (representado pela defesa do meio ambiente) é tema comumente levantado no debate internacional – e, conforme já levantado na seção 2 deste texto, o problema da efetividade dos tratados internacionais do meio ambiente é um dos grandes desafios do direito internacional do meio ambiente. Impor sanções e monitorar o cumprimento dos acordos internacionais do clima é tarefa quase impossível, e podemos observar que diversos países descumprem o acordado sem sofrer qualquer prejuízo, como aconteceu com o protocolo de Quioto³⁰.

Sobre esse tema, tendemos a concordar com as considerações de Lawrence E. Susskind:

"Of course, many nations long ago accepted other practical limitations on their sovereignty in order to partake of the advantages of international communications and trade. The operation of ports, airlines, telecommunications, and other global systems are all governed by international authorities. As countries find themselves increasingly economically interdependent, their sovereignty diminishes. As new satellite technologies allow global monitoring without direct access to territory, traditional notions of sovereignty are further softened. Nevertheless, while notions of national sovereignty over the management of natural resources (both within a country's borders and in common areas) are evolving in response

29 NADIR, Mohammed, TYBUSH, Jerônimo Siqueira, DE ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso. **A diplomacia Ambiental no Sul Global: Um olhar sobre África e América Latina**. Rio Grande do Sul: Justiça do Direito. V.34, n.1, Jan/Abril 2020. Disponível em <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/11135/114115305>., Acesso em 20 de novembro de 2022.

30 TUFFANI, Maurício. **Dez anos depois, Protocolo de Kyoto falhou em reduzir emissões mundiais**. São Paulo: Folha de São Paulo, 16 de fevereiro de 2015. Disponível em <https://m.folha.uol.com.br/ambiente/2015/02/1590476-dez-anos-depois-protocolo-de-kyoto-falhou-em-reduzir-emissoes-mundiais.shtml>. Acesso em 19 de novembro de 2022.

to technological and economic change, they still pose a substantial obstacle to effective environmental treaty making.”³¹

Tornou-se comum a utilização da expressão “diplomacia ambiental” para definir os desafios e comportamentos comuns a esta área – o termo (por vezes substituído por “diplomacia verde”, “eco-diplomacia”, ou “diplomacia climática, dentre outros termos), não possui definição consolidada pela doutrina, mas geralmente refere-se ao estudo das negociações e atuações entre estados a respeito do tema do meio ambiente internacional, bem como o uso instrumental do meio ambiente para construção da paz. A diplomacia ambiental costuma cobrir, geralmente, assuntos relacionados a: (i) segurança ambiental; (ii) governança ambiental global; e (iii) construção da paz ambiental³².

3.2 A ação da diplomacia brasileira

A atuação dos agentes diplomáticos brasileiros em temas relacionados ao meio ambiente internacional ganha especial importância ao levarmos em consideração o conflito existente entre os interesses dos países emergentes e os países do norte global sobre o assunto, conforme já pontuado na seção 2 deste trabalho.

Relembremos o conflito apresentado – desde o começo dos debates na segunda metade do século 20, a proteção da soberania que os países emergentes tem sobre seus próprios recursos naturais em contrapartida a defesa dos recursos naturais presentes na terra, os quais afetam diversos estados concomitantemente. Nesse sentido, os países em desenvolvimento reiteradamente se posicionam no sentido de que a defesa do meio ambiente não seja um óbice ao desenvolvimento econômico e social, alegando que a participação histórica dos países emergentes na degradação ambiental é substancialmente

³¹ Tradução da autoria: “É claro que muitas nações aceitaram há muito tempo outras limitações práticas à sua soberania para aproveitar as vantagens das comunicações e do comércio internacional. A operação de portos, companhias aéreas, telecomunicações e outros sistemas globais são todos regidos por autoridades internacionais. À medida que os países se tornam cada vez mais interdependentes economicamente, suas soberanias diminuem. Como as novas tecnologias de satélite permitem o monitoramento global sem acesso direto ao território, as noções tradicionais de soberania são ainda mais suavizadas. No entanto, embora as noções de soberania nacional sobre a gestão dos recursos naturais (tanto dentro das fronteiras de um país quanto em áreas comuns) estejam evoluindo em resposta à mudança tecnológica e econômica, elas ainda representam um obstáculo substancial para a elaboração efetiva de tratados ambientais.” SUSSKIND, Lawrence. **Environmental diplomacy: negotiating more effective global agreements**. New York: Oxford University Press, Inc. 1994. P. 23

³² NADIR, Mohammed, TYBUSH, Jerônimo Siqueira, DE ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso. **A diplomacia Ambiental no Sul Global: Um olhar sobre África e América Latina**. Rio Op. Cit

menor do que a dos países desenvolvidos, os quais – especialmente durante a revolução industrial e durante o século 20, foram os principais causadores de danos ambientais³³.

Comenta Lawrence E. Susskind:

“The Brundtland Report (which popularized the idea of sustainable development and postulated the need to link economic development and environmental protection) assumes that effective responses to global environmental threats can be found within the framework of the current pattern of economic development, if only the key actors would accept the importance of sustainability. This is, in fact, the generally held view in the North. The South, however, views its current array of problems (i.e., population growth, food shortages, the loss of forests, the difficulties of producing energy, the impacts of industrialization, and the burdens of massive urbanization) as by-products of the dominant economic development pattern. The South wants the North to accept responsibility for causing these problems by pursuing a form of economic growth and an approach to development that is fundamentally at odds with sustainability.”³⁴

Preza-se então para que a bandeira do ambientalismo não seja utilizada de forma a prejudicar economias do sul global, rejeitando qualquer ingerência externa nos recursos naturais de tais países.

Nesse contexto, dita Romero Gonçalves Maia Filho:

33 MAIA FILHO, Romero Gonçalves. **Conflito entre as determinações da Convenção sobre Diversidade Biológica e as regras do Acordo TRIPS**. Brasília: Funag, 2010. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/906-Conflitos-Entre-a-Convencao-sobre-a-Diversidade-Biologica-e-o-Acordo-TRIPS.pdf>. Acesso em 16 de novembro de 2022.

34 Tradução da autora: “O Relatório Brundtland (que popularizou a ideia de desenvolvimento sustentável e postulou a necessidade de vincular desenvolvimento econômico e proteção ambiental) assume que respostas eficazes às ameaças ambientais globais podem ser encontradas dentro da estrutura do atual padrão de desenvolvimento econômico, se apenas os principais atores aceitarem a importância da sustentabilidade. Esta é, de fato, a visão geralmente aceita no Norte. O Sul, no entanto, vê sua atual gama de problemas (ou seja, crescimento populacional, escassez de alimentos, perda de florestas, dificuldades de produção de energia, impactos da industrialização e ônus da urbanização em massa) como subprodutos da política dominante. padrão de desenvolvimento econômico. O Sul quer que o Norte aceite a responsabilidade por causar esses problemas, buscando uma forma de crescimento econômico e uma abordagem de desenvolvimento que está fundamentalmente em desacordo com a sustentabilidade”> SUSSKIND, Lawrence. Op. Cit. P. 19

“A diplomacia brasileira, entretanto, foi capaz de buscar “relegitimar” a visão do Sul na ordem internacional, através de sua capacidade de adaptação criativa da sua visão de futuro. A diplomacia brasileira buscou, dentro de sua tradição de atuação com base na defesa do multilateralismo e dos valores democráticos nas relações internacionais, fazer valer os valores dos países em desenvolvimento em consonância com as necessidades contemporâneas de defesa dos direitos humanos e do meio ambiente”³⁵

O fato de duas conferências internacionais consideradas como importantes para o desenvolvimento do direito internacional ambiental terem sido realizadas em solo brasileiro confere ao Brasil um lugar de destaque nas discussões acerca de sustentabilidade. O Brasil, em detrimento dos mais recentes posicionamentos controversos, ainda é considerado um país com sólida posição diplomática e perfil de liderança regional e dentro do bloco das economias emergentes. Ainda, o país é considerado um defensor de soluções pacíficas de conflitos e de vias multilaterais de resolução de controvérsias³⁶.

Na própria ECO-92, o Brasil teve participação relevante, destacando-se a participação na Convenção da Diversidade Biológica. Segundo Romero Gonçalves Maia Filho:

“As principais linhas de ação da diplomacia brasileira tiveram por eixo: 1. definição das regras concernentes ao intercâmbio de materiais e informações científicas entre países detentores de diversidade biológica e países detentores de biotecnologias; 2. definição de regras sobre a natureza jurídica da diversidade biológica no que diz respeito à titularidade dos direitos sobre esta riqueza; 3. definições de regras sobre as obrigações dos Estados a respeito de políticas protecionistas dos recursos de diversidade biológica; 4.

35 MAIA FILHO, Romero Gonçalves. **Conflito entre as determinações da Convenção sobre Diversidade Biológica e as regras do Acordo TRIPS**. Brasília: Funag, 2010. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/906->

[Conflitos Entre a Convencao sobre a Diversidade Biologica e o Acordo TRIPS.pdf](#). Acesso em 16 de novembro de 2022.

36 AMORIM, Celso. **A diplomacia multilateral do Brasil: um tributo a Rui Barbosa**. Palestra do Ministro das Relações Exteriores, Embaixador Celso Amorim, por ocasião da “II Conferência Nacional de Política Externa e Política Internacional – O Brasil e o Mundo que vem aí”. Rio de Janeiro, Palácio Itamaraty, 5 de novembro de 2007. Brasília: Funag, 2007. Disponível em: <https://funag.gov.br/biblioteca-nova/produto/1-334-diplomacia-multilateral-do-brasil-um-tributo-a-rui-barbosa-a>. Acesso em 15 de novembro de 2022.

*definição das regras de propriedade intelectual sobre biotecnologia;
5. financiamento internacional para a implementação da CDB. "37*

O autor comenta que as sugestões brasileiras foram aceitas em grande parte devido à atuação eficaz de seus agentes diplomáticos³⁸. De fato, a atuação brasileira nas tratativas referentes ao desenvolvimento sustentável tem sido em geral marcada pelo protagonismo. O fato de ter sediado a Eco-92 e a Rio+20 demonstra que, em muitas maneiras, o Brasil se estabeleceu como centro de referência para o assunto³⁹.

O Brasil, especialmente na primeira década do século 21, instituiu-se como agente chave nas discussões dos tratados internacionais do meio ambiente. Em particular, demonstrou interesse em quatro áreas específicas: (i) quem deveria ser o principal responsável pela diminuição do efeito estufa e em que cronograma; (ii) a criação de mecanismos de governança internacional efetivos que concedessem flexibilidade a países emergentes; (iii) o tema do desmatamento e uso do solo; e (iv) o crescente ativismo internacional focado na área amazônica e possíveis consequências de tais ações na independência brasileira quanto a disposição de tais recursos⁴⁰.

Tendo assumido tradicionalmente uma posição conservadora e de defesa da independência no século 20 e forte viés nacionalista com a assunção à Presidência de Luís Inácio Lula da Silva, a nomeação de Marina Silva como Ministra do Meio Ambiente entre 2003 e 2008 modificou consideravelmente a posição brasileira para a defesa do meio ambiente. Mesmo após a saída da ministra, o Brasil seguiu com forte atuação internacional na proteção internacional do meio ambiente, com agentes diplomáticos engajados nas discussões sobre o tema⁴¹.

Se a atuação diligente e capaz dos agentes diplomáticos brasileiros merece elogios, a política externa brasileira é comumente criticada, o que gera uma certa incerteza na atuação do Itamaraty, que é delimitada pela política do estado brasileiro – que se

37 MAIA FILHO, Romero Gonçalves. Op. Cit.

38 Idem, Ibidem.

39 SOARES, Lorena Saboya Vieira, FERNANDES, Camila Maria. **A contribuição da atuação da diplomacia no contexto do direito ambiental internacional**. In. DA SILVEIRA, Vladimir Oliveira, SILVA, Karine de Souza, ANGELIN, Rosângela. (Coord). Direito Internacional. Florianópolis: CONPENDI, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a41c706749e45f37>. Acesso em 2 de novembro de 2022.

40 VIERA, Marco A.. **Brazilian Foreign Policy in the Context of Global Climate Norms**. Birgmingham. Foreign Policy Analysis 1-18, 2012. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/326824/mod_resource/content/1/PEB%20Climate%20Changes%20MArco%20Antonio%20Vieira FPA.pdf. Acesso em 22 de novembro de 2022.

41 Idem, Ibidem.

encontra na delicada posição de país emergente com importante atividade agrícola, detentor de biomas de importância inestimável para o planeta terra e notoriamente carente de recursos econômicos.

Comenta Marijane Vieira Lisboa:

“A causa principal da mediocridade de que padece a política externa brasileira de meio ambiente parece residir na própria concepção errônea do que venha a ser uma política ambiental para o Itamaraty. Nossos diplomatas ainda concebem a questão ambiental de forma isolada, separada das demais atividades humanas relacionadas à economia. De fato, é comum ouvir dos nossos representantes diplomáticos afirmações do tipo, ‘se por um lado o Brasil se preocupa em defender o meio ambiente, por outro lado, por ser uma potência industrial, não pode permitir que princípios ecologistas venham a prejudicar a economia, o emprego e o progresso material e científico do país’.

Ora, separar economia e meio ambiente como se fossem dois lados estanques e complementares de uma realidade qualquer, indica que o já velho conceito do desenvolvimento sustentável dos anos 70 ainda não chegou a ser compreendido em seu conteúdo substantivo.”⁴²

Mais recentemente, o Ministério das Relações Exteriores também promoveu um desmonte nas estruturas diplomáticas de defesa ao meio ambiente. O ex-chanceler Ernesto Araújo, ao assumir o cargo, passou a promover uma chamada “Agenda de luta contra o ambientalismo ideológico”. Foi extinta a Subsecretaria Geral do Meio Ambiente, Energia, Ciência e Tecnologia, a qual continha um Departamento de Sustentabilidade Ambiental com um corpo de 10 diplomatas dedicados ao assunto. Foi substituída pelo Departamento de Meio Ambiente, com um corpo de 6 diplomatas. O ex-ministro do Meio Ambiente, Ricardo Salles, também trocou o Secretário das Relações Internacionais do Ministério do Meio Ambiente do diplomata Roberto Castelo Branco para o ruralista Eduardo Lunardelli Novaes⁴³. O Departamento do Meio Ambiente foi assumido por Leonardo Cleaver de

⁴² LISBOA, Marijane Vieira. **Em busca de uma política externa brasileira de meio ambiente – três exemplos e uma exceção a regra**. São Paulo: São Paulo em Perspectiva. 16(2), 44-55, 2002.

⁴³ FRAZÃO, Felipe. **Itamaraty reduz atuação em políticas ambientais**. São Paulo, O Estado de São Paulo. 10 de agosto de 2020. Disponível em <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,itamaraty-reduz-atuacao-em-politicas-ambientais,70003393781>. Acesso em 18 de novembro de 2022.

Athayde, o qual não possuía prévia experiência com o tema do direito ambiental internacional.

Sobre o assunto, comenta Ruben Ricupero que o Brasil sofreu uma “perda total” de protagonismo na área ambiental.⁴⁴ “A política externa do país entre 2018 e 2022 foi duramente criticada, em especial no que se refere à proteção internacional do meio ambiente.⁴⁵”

O advento da pandemia do Covid-19 foi tido como oportunidade para agravar o desmonte institucional dos mecanismos de proteção ao meio ambiente anteriormente estabelecidos:

“The current administration has overseen a systematic dismantling of Brazilian institutions and commissions involved in monitoring and enforcing environmental regulations (particularly those linked to the Ministry of the Environment). This appears to have intensified during the pandemic. The elimination of the Ministry of the Environment has always been on the agenda of the current administration (Stachewski, 2019), as well as the merging of the two main federal environmental management bodies: the Brazilian Institute of Environment and Renewable Natural Resources (Ibama), in charge of inspection and environmental licensing, and the Chico Mendes Institute for Biodiversity Conservation (ICMBio), which manages protected areas and conservation programs for threatened species (Borges, 2020a). Society's reaction has been able to prevent both measures thus far (see Societal Response section below), but other actions have been reducing the management capacity of these bodies (Borges, 2020b).”⁴⁶

44 FRAZÃO, Felipe. Op. Cit.

45 KALOUT, Hussein. **A pior política externa da história do Itamaraty**. São Paulo: O Estado de São Paulo. 12 de julho de 2021. Disponível em: <https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,hussein-kalout-a-pior-politica-externa-da-historia-do-itamaraty,70003776180> . Acesso em 15 de novembro de 2022.

46 Tradução da autora: “A atual administração tem supervisionado um desmantelamento sistemático das instituições e comissões brasileiras envolvidas no monitoramento e aplicação das regulamentações ambientais (particularmente aquelas vinculadas ao Ministério do Meio Ambiente). Isso parece ter se intensificado durante a pandemia. A extinção do Ministério do Meio Ambiente sempre esteve na pauta da atual gestão (Stachewski, 2019), assim como a fusão dos dois principais órgãos federais de gestão ambiental: o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) , responsável pela fiscalização e licenciamento ambiental, e o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), que gerencia áreas protegidas e programas de conservação de espécies ameaçadas (Borges, 2020a).

Estes altos e baixos prejudicam a percepção internacional da diplomacia brasileira, aumentando a instabilidade institucional e pondo em xeque a construção histórica da diplomacia brasileira como agente protagonista no debate internacional⁴⁷.

4. Conclusão

O diplomata atual, ao lidar com temas relacionados ao meio ambiente, necessita mais do que nunca de uma formação multifacetada para que possa compreender profundamente como os temas ambientais afetam os interesses de seu estado, tanto no aspecto contemporâneo quanto pensando nas consequências futuras.

Ao considerarmos o desenvolvimento sustentável de maneira ampla, é difícil imaginar que qualquer assunto debatido entre estados possa ser isolado de considerações dos demais estados, em nossa economia globalizada. Mudanças ambientais e sociais se misturam na medida em que direitos humanos e a proteção do meio ambiente tornam-se virtualmente indistinguíveis entre si⁴⁸.

Mesmo uma negociação que poderia ser pensada como exclusivamente econômica rapidamente pode ter consequências ambientais na medida em que enseje o aumento das desigualdades regionais e impacte no desenvolvimento econômico de um estado. Eventos políticos como a ocorrência de guerras ou governos autoritários comumente tem graves efeitos ambientais imediatos ou futuros. A escassez de recursos ambientais leva a conflitos armados e o aumento da desigualdade econômica entre o norte e o sul global. Quanto mais as tensões econômicas são exacerbadas, mais graves são as consequências ambientais.

Com o advento da pandemia do covid-19, toda a população mundial pôde sentir na pele os efeitos maléficos da economia globalizada e da interdependência econômica e política que permeia as relações entre estados soberanos no século 21. Tal como asas de uma borboleta causam tufões no outro lado do globo, o menor sinal de desequilíbrio ambiental gera consequências devastadoras internacionalmente, em especial para

Até agora, a reação da sociedade conseguiu impedir ambas as medidas (ver seção Resposta da Sociedade abaixo), mas outras ações têm reduzido a capacidade de gestão desses órgãos (Borges, 2020b) VALE, Mariana M., BERENGUER, Erika, DE MENEZES, Marcio Argollo, et. All. **The COVID-19 pandemic as an opportunity to weaken environmental protection in Brazil**. Biological Conservation, Volume 255, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.biocon.2021.108994>. Acesso em 18 de novembro de 2022.

47 NADIR, Mohammed, TYBUSH, Jerônimo Siqueira, DE ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso. Op. Cit.

48 "Human rights and the environment are intertwined; human rights cannot be enjoyed without a safe, clean and healthy environment; and sustainable environmental governance cannot exist without the establishment of and respect for human rights". United Nations Environment Programme (UNEP). **What are environmental rights?**. Disponível em: <https://www.unep.org/explore-topics/environmental-rights-and-governance/what-we-do/advancing-environmental-rights/what>. Acesso em 20 de novembro de 2022.

populações vulneráveis. O agente diplomático navega esse território nebuloso, muitas vezes desprovido das informações necessárias para a tomada de decisão consciente e dependendo da cooperação multilateral para obter resultados efetivos, num jogo político interminável que parece muitas vezes não ter nenhum vencedor.

Nesse jogo, o Brasil está posição difícil. Embora nosso arcabouço constitucional e a nossa tradição diplomática pareçam nos conceder vantagem inicial, os recentes conflitos políticos e a derrapada econômica retiram do país o antigo protagonismo regional concedido nas décadas anteriores. O país corre o risco de submergir nas discussões diplomáticas internacionais do meio ambiente em cenários onde anteriormente ocupava lugar de destaque, submetendo-se a interesses alheios e sem força diplomática, política ou econômica para defender-se.

A defesa da soberania brasileira e do desenvolvimento econômico sustentável cedeu espaço para negacionismos científicos que tornaram o país pária no debate internacional do meio ambiente. Ainda, a crise econômica faz com que a pressão popular por atuação forte na área do meio ambiente enfraqueça-se. Afinal, um povo com fome⁴⁹ preocupa-se menos com o desenvolvimento sustentável.

Dito isso, entendemos que a pressão internacional e interna para a proteção ambiental e promoção do desenvolvimento sustentável deverão seguir a tendência de crescimento, e tornar-se-ão impossíveis de ignorar. O atual governo também tem demonstrado um retorno a preocupação com o meio ambiente. Qualquer estado, empresa ou organização internacional deverá levar em consideração os fatores ambientais na tomada de decisão. O fluxo econômico tende a seguir esse movimento: segundo pesquisa realizada pelo *Institute for Sustainable Investing*, 86% dos jovens que pertencem a geração *millennial* tem interesse em investimentos sustentáveis. Também essa geração é duas vezes mais interessada em objetivos sustentáveis e sociais do que o investidor médio⁵⁰. Com o envelhecimento da população e a mudança geracional de gestão de recursos que irá naturalmente acontecer nas próximas décadas, é esperado que o interesse em investimento sustentável cresça ainda mais.

49 ALEGRETTI, Lais. **Não é só efeito da pandemia: por que 19 milhões de brasileiros passam fome**. BBC News Brasil, 28 de julho de 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-57530224>. Acesso em 22 de novembro de 2022.

50 Morgan Stanley's Institute for Sustainable Investing. **Sustainable Signals: new data from the individual investor**. Morgan Stanley, 2017. Disponível em: https://www.morganstanley.com/content/dam/msdotcom/ideas/sustainable-signals/pdf/Sustainable_Signals_Whitepaper.pdf. Acesso em 15 de outubro de 2022.

Com isso, a expectativa é que a política externa e as tratativas diplomáticas de estados globalizados nas próximas décadas levem em consideração os fatores ambientais tão seriamente quanto discutem temas econômicos e políticos. Espera-se apenas que a mudança de paradigma não venha tardiamente, e possamos ainda ocupar o planeta em que vivemos de forma sustentável antes que nossas atividades, enquanto humanidade, gerem mudanças irreversíveis que impossibilitem o estilo de vida que conhecemos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bibliografia

NADIR, Mohammed, TYBUSH, Jerônimo Siqueira, DE ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso. **A diplomacia Ambiental no Sul Global: Um olhar sobre África e América Latina**. Rio Grande do Sul: Justiça do Direito. V.34, n.1, Jan/Abril 2020. Disponível em <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/11135/114115305>.

ALEGRETTI, Lais. **Não é só efeito da pandemia: por que 19 milhões de brasileiros passam fome**. BBC News Brasil, 28 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-57530224>.

LISBOA, Marijane Vieira. **Em busca de uma política externa brasileira de meio ambiente – três exemplos e uma exceção a regra**. São Paulo: São Paulo em Perspectiva. 16(2), 44-55, 2002.

KALOUT, Hussein. **A pior política externa da história do Itamaraty**. São Paulo: O Estado de São Paulo. 12 de julho de 2021. Disponível em: <https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,hussein-kalout-a-pior-politica-externa-da-historia-do-itamaraty,70003776180>.

FRAZÃO, Felipe. **Itamaraty reduz atuação em políticas ambientais**. São Paulo, O Estado de São Paulo. 10 de agosto de 2020. Disponível em <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,itamaraty-reduz-atuacao-em-politicas-ambientais,70003393781>.

MAIA FILHO, Romero Gonçalves. **Conflito entre as determinações da Convenção sobre Diversidade Biológica e as regras do Acordo TRIPS**. Brasília: Funag, 2010. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/906-Conflitos-Entre-a-Convencao-sobre-a-Diversidade-Biologica-e-o-Acordo-TRIPS.pdf>.

SOARES, Lorena Saboya Vieira, FERNANDES, Camila Maria. **A contribuição da atuação da diplomacia no contexto do direito ambiental internacional**. In. DA SILVEIRA, Vladimir Oliveira, SILVA, Karine de Souza, ANGELIN, Rosângela. (Coord). Direito Internacional.

Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em:
<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a41c706749e45f37> .

AMORIM, Celso. **A diplomacia multilateral do Brasil: um tributo a Rui Barbosa**. Palestra do Ministro das Relações Exteriores, Embaixador Celso Amorim, por ocasião da “II Conferência Nacional de Política Externa e Política Internacional – O Brasil e o Mundo que vem aí”. Rio de Janeiro, Palácio Itamaraty, 5 de novembro de 2007. Brasília: Funag, 2007. Disponível em: <https://funag.gov.br/biblioteca-nova/produto/1-334-diplomacia-multilateral-do-brasil-um-tributo-a-rui-barbosa-a>.

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E.; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. São Paulo, Saraiva Educação, 24ª edição, 2019

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6ª Edição

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Ltda., 6ª Edição, 2006

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O ATUAL QUADRO DE INSEGURANÇA JURÍDICA

CARLA GIOVANNA ALMEIDA MOURA:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Alagoas - UFAL, pós-graduada em Direito Civil e Empresarial pela Faculdade Damásio.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo geral, a elaboração de uma análise crítica e construtiva sobre Direito Constitucional, buscando fazer um breve estudo a respeito da judicialização da saúde, repartição de competências no âmbito do SUS e o quadro de insegurança jurídica gerado por entendimentos divergentes. O tema 793 do STF que fixou a tese da responsabilidade solidária dos entes federados na assistência à saúde, também determinou que competia à autoridade judicial direcionar o cumprimento da obrigação conforme as regras de repartição de competências, bem como o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. Ocorre que referido direcionamento tem gerado um quadro de insegurança jurídica sobre como a autoridade judicial procederá ao receber o pedido de medicamento ou tratamento, considerando que a decisão pode acarretar ou não, o declínio da competência uma vez que a maioria da população não detém conhecimento sobre o ente responsável pelo financiamento, nem mesmo sobre a situação na ANVISA, SUS, Rename ou Portarias do Ministério da Saúde para que haja a inclusão no polo passivo. Por outro lado, a solidariedade mencionada incentiva a judicialização contra qualquer um dos entes, podendo significar um atraso na satisfação das demandas que costumam ser urgentes.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde; Judicialização da saúde; SUS; Tema 793 STF.

I – INTRODUÇÃO

O direito à saúde está assegurado constitucionalmente como direito social (art. 6º, CF) e internacionalmente através dos protocolos dos quais o Brasil é signatário como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas e o Protocolo de “San Salvador”, este último garante que toda pessoa tem direito ao mais alto nível de bem-estar físico, mental e social (art. 10).

Para efetivação desse direito a própria Constituição Federal determina que é um dever do Estado, e que deve ser garantido através de políticas sociais e econômicas que constituem um sistema único, o conhecido SUS, cujo acesso deve ser universal e igualitário. O princípio da universalidade significa que o direito deve ser assegurado a todos os residentes no país, enquanto o princípio da igualdade requer que todos os indivíduos tenham acesso ao sistema de saúde de acordo com suas necessidades, sem qualquer tipo de discriminação.

A Lei do SUS (Lei nº 8.080/90) dispõe no art. 4º que o sistema compreende todo o conjunto de ações e serviços de saúde prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, já no art. 6º, I, "d", inclui a execução de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, impulsionando mais um princípio norteador, o da integralidade de assistência, também previsto no art. 7º, II.

Ocorre que apesar de toda essa previsão constitucional e infralegal, o acesso ao SUS ainda é limitado, não só por razões orçamentárias e lotações, mas por condicionar o fornecimento de medicamentos e tratamentos à previsão em diretrizes terapêuticas pré-definidas em protocolo clínicos e em tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde – SUS. Na falta de protocolos, condiciona-se a dispensação à previsão em tabelas elaboradas pelos gestores estaduais e municipais. Desta forma, o critério necessidade não basta para inscrição dos medicamentos e tratamentos nas tabelas.

Essas condicionantes há muitos anos vem sendo motivo de judicialização do acesso à saúde, uma vez que os profissionais de saúde, no exercício de sua autonomia profissional, prescrevem tratamentos e medicamentos de forma individualizada, atendendo as particularidades e necessidades daquela pessoa em conformidade com o que o mercado oferece, buscando o melhor caminho para a cura, no entanto, na maioria das vezes não estão previstos nas tabelas e protocolos do SUS, sendo motivo de recusa e, portanto, mitigando o princípio da igualdade.

Diante do aumento de casos de judicialização da saúde e da necessidade de definição da competência, o Tema 793 do STF fixou a tese da responsabilidade solidária dos entes federados, de maneira que todos são responsáveis pelo acesso à saúde e, assim, a ação poderia ser interposta contra os três entes ou qualquer um deles, ficando a cargo do magistrado direcionar o cumprimento e ressarcimento de acordo com as regras de repartição de competência.

Ocorre que são diversas as situações submetidas à justiça todos os dias, gerando decisões conflitantes diante da interpretação feita do Tema e trazendo um quadro de insegurança jurídica aos jurisdicionados. A situação mais comum é a de medicamentos registrados na ANVISA mas não incorporados ao SUS. Há decisões incluindo a União no polo passivo e declinando competência para Justiça Federal, por entender que a não incorporação ao SUS é temática de interesse do ente federal, outras extinguindo o processo sem resolução do mérito devido à falta da inclusão da União pela parte, e outras mantendo na Justiça Estadual e submetidas à morosidade pelos infinitos recursos interpostos pelas Procuradorias Estaduais, sem levar em consideração que as demandas de saúde são urgentes.

Atualmente estão pendentes de julgamento o IAC nº 14 do STJ e o Tema 1.234 do STF, os quais colocam em discussão esse problema.

II – O TEMA 1.234 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O IAC 14 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Em sessão realizada no dia 23/05/2019, o Supremo Tribunal Federal fixou a Tese nº 793, com repercussão geral, a qual destaca a responsabilidade solidária entre os entes federativos em matéria de saúde, nos seguintes termos:

"Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro"

A responsabilidade solidária implica a possibilidade, no caso, de quaisquer dos entes federativos ou todos, de figurar no polo passivo da demanda e prestar a assistência à saúde pleiteada. Apesar disso, sabe-se que nas hipóteses de medicamentos sem registro na ANVISA as ações necessariamente devem ser propostas em face da União, nos termos do Tema 500 do STF.

Ocorre que surgem dúvidas quanto às outras hipóteses ainda não definidas, e o enunciado do Tema 793 do STF possibilita diversas interpretações e posicionamentos, impulsionando a prolação de decisões judiciais em diversos sentidos e trazendo um quadro de insegurança jurídica, uma vez que as pessoas ingressam com a demanda de saúde mas não sabem o que vai acontecer.

Em uma rápida pesquisa nos sites de jurisprudência é possível ver decisões de vários tribunais nas quais a temática é fornecimento de medicamento com registro na AVISA, mas não incorporado ao SUS, nas quais o processo é extinto por falta de inclusão da União no polo passivo, em outros a União é incluída de ofício e o processo vai para a Justiça Federal, em outros permanece na Justiça Estadual, isso com base no entendimento do magistrado sobre o Tema 793 e o interesse ou não do ente federal sobre a inclusão do medicamento no SUS.

Sobre o assunto, destaque-se a fala do Ministro Marco Aurélio na sessão do julgamento dos embargos de declaração que definiu o tema, que reflete bem a atual situação da judicialização da saúde:

[...] Estou convencido de que, a cada dia que passa, a prestação jurisdicional fica mais complexa e, em vez de os pronunciamentos do

Supremo servirem de norte à primeira instância – e a instância verdadeiramente revisora, o Tribunal de Justiça ou o Regional Federal –, acabam, de duas, uma: ou não sendo considerados ou, considerados, acabam confundindo e dificultando ainda mais a vida do jurisdicionado, a vida do cidadão, principalmente do que precisa – e essa necessidade urge – de um medicamento. [...] 51

Além da insegurança jurídica proporcionada ao jurisdicionado, que já sofre pela doença que lhe acomete, é necessário destacar a morosidade desses processos pelo número de recursos interpostos destas decisões. Ora, se por um lado a Procuradoria Estadual ou Municipal quer que a União arque com o financiamento do medicamento, por outro lado a Defensoria Pública e as partes querem que o ente federado mais próximo e acessível o forneça, em decorrência da solidariedade. A frieza deste debate, muitas vezes amparados sequer por uma tutela de urgência, traz consequência irreparáveis.

Diante da urgência em resolver essa questão de “saúde pública”, uma vez que as demandas são inúmeras, o STJ admitiu o Incidente de Assunção de Competência nº 14, enquanto o STF reconheceu a repercussão geral do Tema nº 1.23452, ambos ainda pendentes de julgamento.

No Incidente de Assunção de Competência nº 14 do STJ, aguarda-se o julgamento da seguinte questão:

Tratando-se de medicamento não incluído nas políticas públicas, mas devidamente registrado na ANVISA, analisar se compete ao autor a faculdade de eleger contra quem pretende demandar, em face da responsabilidade solidária dos entes federados na prestação de saúde, e, em consequência, examinar se é indevida a inclusão da União no polo passivo da demanda, seja por ato de ofício, seja por intimação da parte para emendar a inicial, sem prévia consulta à Justiça Federal.⁵³

51 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EMB. DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342892719&ext=.pdf>>. Acesso em 01 fev. 2023.

52 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 1.234. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353401700&ext=.pdf>>. Acesso em 01 fev 2023.

53 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. IAC 14. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=I&cod_tema_inicial=14&cod_tema_final=14>. Acesso em 01 fev 2023.

Nos autos desse IAC restou deliberado, após questão de ordem, que até o julgamento definitivo do incidente o Juiz estadual deverá abster-se de praticar qualquer ato judicial de declinação de competência nas ações que versem sobre tema, de modo que o processo deve prosseguir na jurisdição estadual.

O Tema 1.234, teve a repercussão geral reconhecida por unanimidade no dia 9 de setembro de 2022. A matéria em discussão assim foi resumida pela Corte Superior: *Legitimidade passiva da União e competência da Justiça Federal, nas demandas que versem sobre fornecimento de medicamentos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, mas não padronizados no Sistema Único de Saúde – SUS*, conforme ementa a seguir:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS REGISTRADOS NA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA, MAS NÃO PADRONIZADOS NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS. INTERESSE PROCESSUAL DA UNIÃO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERADOS. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAMENTO DA CAUSA. MULTIPLICIDADE DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. PAPEL UNIFORMIZADOR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RELEVÂNCIA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.⁵⁴

Com o julgamento dos temas, será possível definir a competência para julgamento das demandas de medicamentos não incorporados aos SUS e com registro na ANVISA. Destaque-se a importância da observância da determinação feita nos autos do IAC nº 14, nos termos do art. 92755 do CPC, de abstenção da justiça estadual de declinar a competência, permanecendo o processo na instância até o julgamento de mérito da questão afetada.

Urge a necessidade de padronizar a jurisprudência nessas situações, nos termos do art. 92656 do CPC, portanto, a manutenção do processo na instância em que se

54 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 1366243 RG, Rel. Ministro Presidente, Tribunal Pleno, DJe 13.9.2022. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353401700&ext=.pdf> >. Acesso em 01 fev 2023.

55 Art. 927: Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

56 Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

encontra, até a definição, proporciona segurança às pessoas e facilita a vinculação dos julgamentos dos recursos interpostos.

IV – CONCLUSÃO

A judicialização da saúde é a maneira mais eficaz encontrada hoje pela população para fazer valer o seu direito fundamental diante da negativa de fornecimento do medicamento ou tratamento. Cabe à justiça, diante das particularidades e do debate que evolui no decorrer dos tempos, primar pela celeridade e salvaguarda dos direitos de maneira ampla, tanto para que aquela pessoa tenha o acesso ao tratamento de saúde, como para que esse tratamento seja fornecido tempestivamente, sem maiores danos, inclusive o emocional.

A divergência de decisões judiciais não pode continuar diante de determinações e orientações dos Tribunais Superiores como o IAC 14 do STJ e do Tema 1.234 do STF, nem mesmo para fomentar o debate através de Reclamações. O direito à saúde, quando devidamente demonstrado, deve ser fornecido, sob pena de perder a eficácia, e não ficar associado à questões meramente processuais e burocráticas.

O fato de um medicamento estar registrado na ANVISA e não incorporado ao SUS limita o acesso à saúde, e o poder público, bem como o judiciário devem buscar soluções eficazes não só para promover esse acesso, mas também para que esses problemas sejam dirimidos no âmbito administrativo, como a provocação e o incentivo à uma incorporação mais rápida.

Atualmente a incorporação de medicamentos ao SUS através da Conitec (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS) leva no mínimo 180 dias, prorrogáveis por mais 90 dias e, a partir do momento em que é aprovada, tem mais 180 dias para a oferta ser viabilizada⁵⁷, ou seja, o caminho mais rápido é a judicialização.

Apesar de “mais rápido”, tem se tornado moroso pelas discussões sobre competência e pelo “jogo” de transferência dessas obrigações, trazendo insegurança jurídica e desincentivando a judicialização.

⁵⁷ BRASIL, República Federativa do 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.

Cabe, neste momento, diante da pendência de análise pelo STF e STJ, seguir a orientação de abstenção de declínio para que as pessoas possam, enfim, sem mais barreiras, ter acesso à um sistema único de saúde universal, igualitário e integral.

V - REFERÊNCIAS:

BRASIL, República Federativa do 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.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EMB. DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342892719&ext=.pdf>>. Acesso em 01 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 1.234. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353401700&ext=.pdf>>. Acesso em 01 fev 2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. IAC 14. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=I&cod_tema_inicial=14&cod_tema_final=14>. Acesso em 01 fev 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 1366243 RG, Rel. Ministro Presidente, Tribunal Pleno, DJe 13.9.2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353401700&ext=.pdf>>. Acesso em 01 fev 2023.

APLICAÇÃO DA LEI Nº 14.133/21 NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS EM CURSO

JULIANA RODRIGUES DE OLIVEIRA:

Acadêmica do Curso de Direito do Centro
Universitário Santo Agostinho- UNIFSA.⁵⁸

RAFYZZA VIEIRA SANTOS⁵⁹

(coautora)

GEORGE BARBOSA JALES DE CARVALHO⁶⁰

(orientadora)

Centro Universitário Santo Agostinho- UNIFSA

RESUMO: O presente estudo teve como objetivo analisar os principais aspectos da nova Lei de licitações, destacando as principais inovações, e de modo que há outra Lei que está em vigor, se seria possível a sua aplicação nos processos licitatórios que estão em trâmite, bem como possíveis impactos nos processos licitatórios de forma que se verifique qual a contribuição da Lei nº 14.133/2021 para o desenvolvimento social. Ademais, busca, assim, trazer aspectos do seu processo legislativo, traçando um comparativo entre a Lei antiga e a nova Lei, destacando alguns pontos que tornaram necessária a mudança. A Lei nº 8.666/1993 esteve vigente por quase três décadas, logo apresentava desvantagens em relação à atual sociedade brasileira, uma vez que não seguiu as mudanças tecnológicas e processuais. A nova Lei pretende trazer mais transparência, eficácia e agilidade para os processos licitatórios em curso, que, em alguns pontos, são excepcionalmente burocráticos.

Palavras-chave: Licitações. Lei 14.133/21. Processo licitatório. Aplicação.

INTRODUÇÃO

Licitação é um instrumento processual utilizado para a aquisição de produtos e serviços para a Administração Pública. Pauta-se pela promoção da competitividade

⁵⁸ E-mail: julianaor04@gmail.com

⁵⁹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho- UNIFSA. E-mail: rafyzzavieira@gmail.com

⁶⁰ Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho- UNIFSA, Mestre em Processo Civil pela PUC-RS. E-mail: george_jales@yahoo.com.br

igualitária e mais vantajosa, entre as propostas apresentadas pelos licitantes, com observância dos princípios da legalidade, isonomia, moralidade, publicidade e eficiência.

Tal instrumento é o meio usado pelos gestores em todo País para administrar as compras no setor público, gerindo todo o amparo governamental, como os mantimentos necessários à sua gestão nos diversos seguimentos, tais como educação, saúde, assistência social, agricultura, obras, turismo e desporto.

O procedimento licitatório tem como objetivo modernizar, dar maior transparência, diminuir a burocratização, atribuir maior efetividade, outorgar maior celeridade e ampliar a segurança jurídica nas relações entre a Administração e os particulares.

Diversas leis e regulamentos regem atualmente o procedimento licitatório, sendo a Lei nº 8.666/1993 a mais importante dentre elas. Com efeito, com o objetivo de acompanhar os avanços tecnológicos, no dia 1º de abril de 2021 foi publicada a Lei nº 14.133/21, novo marco legislativo das licitações e contratos administrativos no Brasil, que entrará em vigor em 2023.

A partir de 2023, a Lei nº 14.133/21 passará a disciplinar as licitações e contratos administrativos, como um instrumento de unificação do regime jurídico regulamentado anteriormente pelas Leis nº 8.666/1993, nº 10.520/02 e nº 12.462/11, e também como instrumento normativo que adota os princípios e valores que estão de acordo com as tendências da Administração Pública contemporânea, e os princípios constitucionais e infraconstitucionais que regem a Administração Pública brasileira.

Com efeito, torna-se relevante para o operador do direito investigar os impactos da nova lei nos processos licitatórios ainda em trâmite, surgindo a seguinte indagação: É possível a aplicação imediata da Lei nº 14.133/21 nos processos licitatórios em curso?

A fim de responder tal questionamento, a presente pesquisa foi desenvolvida através de uma revisão bibliográfica, com abordagem dedutiva. Utilizou-se a coleta de dados a partir de artigos, livros, revistas científicas, bem como julgados, tanto das cortes de contas como dos demais tribunais jurisdicionais do Brasil.

No presente estudo, será abordado no primeiro capítulo a evolução histórica da licitação e ainda as implicações da lei nº 8.666/93 no ordenamento jurídico brasileiro. No segundo capítulo serão analisadas as mudanças que a nova lei nº 14.133/21 trouxe junto com suas inovações e principais alterações em relação à antiga lei nº 8.666/93, bem como, uma análise acerca dos princípios que rege essa nova lei de licitações. Por fim o no terceiro capítulo será abordada a possibilidade da aplicação imediata da lei nº 14.133/21 nos processos licitatórios em trâmite.

1.0 PROCESSO LICITATÓRIO

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRIA DA LICITAÇÃO

O Francês Marc Bloch considerava que a história não só deve compreender o "presente pelo passado"- atitude tradicional- mas também compreender o "passado pelo presente". (LE GOFF, Jacques, 1190, p.18). Partido dessa premissa, para entender o mundo é necessário estudar o seu passado para compreender o presente. Tratando do procedimento licitatório não há diferença. Para entendê-lo é necessário que se façam algumas pontuações, como a exemplo a sua origem etimológica e histórica.

A palavra Licitação possui origem latina, derivado de *licitone*, e comporta inúmeros significados que abrangem todas as modalidades do procedimento, ato ou efeito de licitar, com a oferta de lances em um leilão ou hasta pública. Possuem os significados a mesma concepção de oferecer, arrematar, fazer preço sobre a coisa, disputar ou concorrer, venda por lances e objetiva à adjudicação do preço mais vantajoso para a Administração Pública (CRETELLA JÚNIOR, 2016, p. 49)

Segundo Cretella Júnior (2016, p. 49):

A licitação tem o sentido preciso e técnico de procedimento administrativo preliminar complexo, a que recorre a Administração quando, desejando celebrar contrato com o particular, referente a compras, vendas, obras, trabalhos ou serviços, selecionam, entre tantas propostas, a que melhor atende aos interesses público, baseando-se, para tanto em critério objetivo, fixado de antemão, em edital que se deu ampla publicidade.

Nesse sentido, resta evidente que a licitação não é um procedimento simples, de tal forma que sua composição é complexa, formal e burocrática, voltada a necessidade que a administração pública tem de realizar comprar por meio de licitações.

Sob outra análise, Meireles (2016) define licitação como o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse.

Ademais, para compreender essa definição é preciso saber que a licitação não surgiu da forma que conhecemos hoje, mas sim da evolução do direito administrativo que acompanhou toda a evolução histórica e social de um povo.

Ainda, de acordo com a autora, os Estados Medievais da Europa utilizavam um sistema chamado "vela e pregão". Dessa forma, era apregoada uma obra desejada e os

construtores interessados deveriam fazer suas ofertas enquanto a vela queimava. Após ser apagada a chama, o objeto da obra era adjudicado àquele que havia oferecido a melhor oferta.

No Brasil, a licitação foi consagrada na Constituição Federal de 1988, apesar de existirem decretos-leis anteriores que regulamentavam a matéria, como por exemplo o Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862, que tratava da obrigatoriedade de publicar anúncio e convidar concorrentes antes de se proceder às arrematações, e, portanto, um importante passo para o que no futuro chamou-se de princípio da publicidade nas contratações públicas.

Nesse sentido, a CF/88, em seu artigo 37, XXI, traz a seguinte redação:

Art. 37, XXI- ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Desta forma, é evidente a preocupação da Constituição Federal de 1988 em deixar claro que a administração não pode contratar diretamente com certo fornecedor a sua livre escolha. Tendo em vista que, sempre deverá buscar o melhor custo benefício para a Administração Pública.

Além do princípio da publicidade abordado no decreto lei de 1962, outros princípios inerentes à administração pública são contemplados na Constituição Federal de 1988, dentre eles nós pode-se citar o princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência incluídas pela Emenda nº 19/98.

1.2 A LEI 8.666/93 E SUAS IMPLICAÇÕES NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS

O procedimento licitatório encontra fundamento nos artigos 37, XXI e 175 da Constituição Federal de 1988, que exige licitação para os contratos de obras, serviços, compras e alienações, bem como para a concessão e a permissão de serviços públicos.

A Constituição Federal de 1988 não foi suficiente para regulamentar algo tão denso e complexo como a licitação. Pensando nisso, o legislador, com a motivação da sociedade para a atenuação da corrupção, implementou em nosso ordenamento jurídico em âmbito nacional, a Lei das Licitações nº 8666, de 21 de junho de 1993, em substituição ao Decreto Lei nº 2300 de 21 de novembro de 1986.

No que diz respeito aos princípios disciplinadores do procedimento licitatório, no caput do art. 3º da Lei nº 8.666/93, está disposto:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da **isonomia**, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da **igualdade**, da publicidade, da **probidade administrativa**, da **vinculação ao instrumento convocatório**, do **juízo objetivo** e dos que lhes são correlatos (**grifos nossos**).

Observa-se que a Lei de licitações atual, com exceção do princípio da eficiência, engloba os demais princípios constitucionais ligados à Administração Pública além dos inseridos pelo supracitado artigo, sendo eles: princípio da isonomia, igualdade, da proibidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Justen Filho (2016) esclarece que, a referida Lei determina que o contrato de terceiros para executar obras, serviços, publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações na Administração Pública, somente devem ser contratados mediante licitação, garantindo o princípio da isonomia, provando ser, entre as demais, aquela proposta mais vantajosa para a administração pública, e assim se consegue alcançar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da proibidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, além de também cumprir com os princípios correlatos (JUSTEN FILHO, 2016).

Ainda segundo a discrição de Justen Filho (2016) sobre Lei nº 8.666/93, é notório a grande relevância que uma Lei de regulamentação de licitações traz ao território nacional, tendo em vista que a principal função da administração pública é e administrar os bens públicos revertidos de lisura nas contratações.

Apesar da CF/88 determinar a obrigatoriedade de licitação, essa Lei trouxe institutos novos (Dispensa e Inexibibilidade), e estabeleceu casos em que é facultado à Administração Pública realizar ou não a licitação, desde que no processo administrativo licitatório seja devidamente instruído e justificado com as hipóteses de dispensa ou inexibibilidade previstas em Lei.

Ademais, a Lei de licitações passou a disciplinar algumas modalidades diferentes de licitações, cada uma com a aplicação distintas de acordo com o artigo 22, sendo elas: concorrência; tomada de preços; convite; concurso e o leilão. Cada uma dessas modalidades foi regulamentada no próprio artigo que define o que são elas e quando são aplicadas.

Além de todas essas modalidades, não atendendo as necessidades de tamanha complexidade de licitar, surge em 2002 uma nova modalidade de licitação (Pregão), regulamentada pela a Lei nº 10.520/2002, também conhecida como Lei do pregão.

Segundo essa Lei, o pregão é a modalidade de licitação que tem o objetivo de aquisição de bens ou serviços comuns, de forma que a disputa entre os fornecedores se dá através de lances, podendo ser em sessão pública, presencial, ou de forma eletrônica, por meio de pregão eletrônico por meio de uma sala virtual.

É sabido, portanto, que mesmo com essa vasta regulamentação, a licitação em nosso ordenamento jurídico, ainda enfrenta muitos problemas na contratação parcial e justa, tendo em vista a que a própria Lei facilita a descumprimento da lisura ao contratar, como define Dalarri (2015);

A licitação tornou-se a maneira mais segura de fraudar a Administração, porque é perfeitamente possível manipular qualquer licitação, mediante requisitos de participação, características do produto ou critérios de julgamento injustificados e injustificáveis. Isso não ocorreria se prestasse mais atenção à lição de Renato Alessi: o procedimento administrativo tem uma fase preliminar de tomada de decisões que vão condicionar o desenvolvimento da fase principal, e essa fase preliminar é relevante para o controle da licitação (DALLARI, 2015, p. 88).

Nesse sentido, urge novamente a necessidade de regulamentar as licitações de forma que se adequam melhor ao atual momento da Administração Pública, sendo mais ágil e eficiente, mais célere, segura e vantajosa, ao passo que se torne ao mesmo tempo mais moderna. Diante disso, foi publicada a Lei nº 14.133/21 substituindo a Lei das Licitações (Lei nº 8.666, de 1993), a Lei do Pregão (Lei nº 10.520, de 2002) e o Regime Diferenciado de Contratações (Lei nº 12.462, de 2011).

2.0 AS MUDANÇAS NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS COM A LEI nº 14.133/21 E OS PRINCÍPIOS, FINALIDADES E MODALIDADES INDISPENSÁVEIS À LICITAÇÃO

Como forma de suprimir a ineficiência da Lei nº 8666/1993, no dia 1º de abril de 2021 foi promulgada a Lei nº 14.133/2021, conhecida como nova Lei de licitações.

Atualmente, conforme disposto no seu art. 191, a nova Lei já pode ser aplicada, juntamente com as Leis anteriores que versam sobre o tema de licitações, embora se encontre prevista a revogação das demais normas em um período de dois anos.

A nova Lei veio para lapidar os processos licitatórios, com a expectativa de tornar o procedimento licitatório mais ágil e mais transparente, quando da contratação de bens e serviços.

Com efeito, a Lei tem como objetivo preencher lacunas que existiam na legislação em tela e consolidar entendimentos que já vinham sendo adotados por precedentes relacionados, tudo com o propósito de aperfeiçoar os certames e garantir a observância em princípios.

2.1 PRINCÍPIOS

A Lei nº 14.133/21 além de reproduzir os princípios constitucionais previstos no artigo 37 da Constituição Federal (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), também repetiu a redação dos outros princípios previstos no artigo 3º da antiga Lei (igualdade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo).

Ademais, foram adicionados mais treze princípios, sendo estes: interesse público, planejamento, transparência, eficácia, segregação de funções, motivação, segurança jurídica, razoabilidade, competitividade, proporcionalidade, celeridade, economicidade e desenvolvimento nacional sustentável, *in verbis*.

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Diante de tais inovações pode-se observar que alguns estão implícitos na Lei nº 8.666/1993, como o interesse público e a proporcionalidade, ou na Lei nº 10.520/2002, como a celeridade; ainda outros constam expressamente no sistema normativo de licitações:

O princípio da motivação, com inspiração no Decreto-Lei nº 4.657/1942, é decorrente do Estado Democrático de Direito, pactuando que os agentes públicos, ao decidir, apresentem os fundamentos que os levarem a tal posicionamento. Encontra amparo no art. 2º, § único, VII, da Lei n. 9.784/99, *in verbis*:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

No que diz respeito à segurança jurídica, SILVA (2006, p. 133) vai aponta-la como uma ferramenta que se torna possível o conhecimento antecipado das consequências de atos e fatos. E sobre isso diz que:

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

O princípio da segurança jurídica é aplicado, por exemplo, no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal de 1988, segundo o qual "a lei não prejudicará o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito". Outrossim, no art. 976, II, do CPC prevê o incidente de resolução de demandas repetitivas, tendo como objetivo de proteger a isonomia e a segurança jurídica.

Esse princípio também está expresso no art. 169, §1º da Lei 14.133, *in verbis*:

Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

§ 1º Na forma de regulamento, a implementação das práticas a que se refere o caput deste artigo será de responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade e levará em consideração os custos e os benefícios decorrentes de sua implementação, optando-se pelas medidas que promovam relações íntegras e confiáveis, com segurança jurídica para todos os envolvidos, e que produzam o resultado mais vantajoso para a Administração, com eficiência, eficácia e efetividade nas contratações públicas.

Sendo assim, há segurança jurídica quando o Direito serve de instrumento de orientação, de proteção e de estabilidade nas relações jurídicas, de modo que o indivíduo possua melhor entendimento de seus direitos e deveres e das consequências de suas ações e omissões.

Sobre o princípio da economicidade, TORRES (1991, p. 37/44) trás o conceito de economicidade. Segundo ele:

“o conceito de economicidade, originário da linguagem dos economistas, corresponde, no discurso jurídico, ao de justiça. Implica na eficiência na gestão financeira e na execução orçamentária, consubstanciada na minimização de custos e gastos públicos e na maximização da receita e da arrecadação”.

Esse princípio vem expressamente previsto no art. 70 da Constituição Federal de 1988, e representa, em síntese, na promoção de resultados esperados com menor custo possível, *in verbis*:

“Art. 70 A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”.

Diante disso, a Administração pública há de buscar a opção mais vantajosa sob o ponto de vista econômico, obtendo o resultado esperado com menor custo possível, mantendo a qualidade, mediante soluções mais eficientes.

No que diz respeito ao princípio da competitividade, o art. 37, XXI da Constituição Federal de 1988 determina que as exigências e qualificações técnica e econômica devem ser indispensáveis para garantia do cumprimento das obrigações, *in verbis*:

“XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Na mesma senda, tem entendido o Tribunal de Contas da União: Acórdão 1556/2007-Plenário (Sumário) “A restrição à competitividade, causada pela ausência de informações essenciais no instrumento convocatório, é causa que enseja a nulidade da licitação” (BRASIL, 2010, p. 30).

Desse modo, é cristalino que o descumprimento de tal princípio na realização de procedimento licitatório causa nulidade da licitação.

O princípio da transparência está interligado com o princípio da publicidade tendo-o como um de seus maiores expoentes, previsto no caput do art. 37 da Constituição Federal de 1988, reforçado pelo art. 5º, inciso XXXIII, inciso XXXIV, b), *in verbis*:

Art. 37 “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 e, também, ao seguinte:”

Art. 5º XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

Desse modo, o poder público deve se mostrar transparente em seus atos, ademais, seu turno tem caráter vinculante, constituindo um dever de quem esteja à frente da Administração Pública e, simultaneamente, um direito subjetivo público do indivíduo e da comunidade.

O Princípio da Razoabilidade no Brasil, não está explicitamente incluído na Constituição Federal, mas está presente implicitamente em outros princípios constitucionais, como o devido processo legal, art. 5^a, LIV, da Constituição Federal.

Para o filósofo do Direito Hebert Hart (1994 apud BRAGA, 2008, p. 59):

[...] a razoabilidade se constitui em um importante elemento moral de interpretação e justificação das escolhas dos intérpretes-aplicadores, já que estes devem buscar um razoável acolhimento de suas decisões. Seu desenvolvimento se deu por conta do processo de abertura das normas jurídicas, transformando tal princípio em uma das virtudes judiciais.

Portanto, conclui-se que este princípio atua como informador do devido processo legal, a fim de que seja este utilizado de forma racional e moderada, com vistas à concepção de justiça social.

A exorbitância de princípios expressos na Lei é significativa para o ordenamento jurídico, pois, diferente de regras, diretrizes ou objetivos, como explica o doutrinador alemão Robert Alexy (2015, p. 90), os "princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes".

2.2 MODALIDADES E FINALIDADES

Na nova Lei de licitações as finalidades passam a ser tratadas como objetivos, todos foram mantidos, sendo adicionados dois novos, desta feita os objetivos são: Assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso, assegurar tratamento isonômico, incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável, sendo os novos objetivos, a justa competição, evitar contratações com sobrepreço, com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento.

Em relação às modalidades de licitação, a nova Lei trouxe importantes inovações. No diploma legal anterior, são contempladas as seguintes modalidades de licitação: concorrência, tomada de preços, convite, leilão, concurso, pregão e o regime diferenciado de contratações. A Lei nº 14.133/21 não previu a existência das modalidades convite, tomada de preços e o regime diferenciado de contratações, que estavam previstas na Lei nº 8.666/93, ainda que o artigo 87, §3.º, tenha introduzido uma solução que se assemelha à tomada de preços, e cria o diálogo competitivo.

Seguindo o pensamento de Dallari (2006, p. 92-100), deve-se reconhecer que as diferenças entre as diversas modalidades de licitação não se resumem a questões

acessórias, tais como âmbito da publicação ou prazo de divulgação. As diferenças procedimentais retratam a necessidade de adequar a disputa ao objeto a ser contratado.

As muitas modalidades representam as diversas formas de estruturar o procedimento de seleção da proposta mais vantajosa. Essas espécies de procedimentos distinguem-se entre si pela variação quanto à complexidade de cada fase do procedimento e pela variação quanto à destinação de cada uma dessas fases. Entretanto, qualquer que seja a modalidade de licitação, sempre nela se verifica determinadas etapas.

Previstas no art. 28 da nova Lei, as diversas modalidades de licitação não são fungíveis, ou seja, não podem ser substituídas por outra, mas são adequadas à satisfação de diferentes necessidades. Sendo estas: pregão; concorrência; concurso; leilão; e diálogo competitivo.

Ainda, com efeito o art. 6º dessa mesma Lei, encontra-se os conceitos de tais modalidades:

XXXVIII - concorrência: modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser:

- a) menor preço;
- b) melhor técnica ou conteúdo artístico;
- c) técnica e preço;
- d) maior retorno econômico;
- e) maior desconto;

XXXIX - concurso: modalidade de licitação para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, cujo critério de julgamento será o de melhor técnica ou conteúdo artístico, e para concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor;

XL - leilão: modalidade de licitação para alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance;

XLI - pregão: modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto;

XLII - diálogo competitivo: modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos;

Dessarte, nota-se que as modalidades concorrência, concurso, leilão e pregão foram mantidos, contudo sofreram alterações na sua aplicação. A concorrência deixou de guardar um valor para a sua aplicação, uma vez que deixaram de existir as modalidades de convite e tomada de preços. Além do mais, a concorrência pode ser processada também pelo critério de julgamento de maior desconto e maior critério econômico.

Em relação a modalidade de leilão, de acordo com o artigo 31, parágrafo primeiro, a nova Lei de licitações define expressamente como deve ser contratado o leiloeiro oficial, em caso de não ser escolhida a utilização de um servidor neste encargo:

Art. 31. O leilão poderá ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela autoridade competente da Administração, e regulamento deverá dispor sobre seus procedimentos operacionais.

§ 1º Se optar pela realização de leilão por intermédio de leiloeiro oficial, a Administração deverá selecioná-lo mediante credenciamento ou licitação na modalidade pregão e adotar o critério de julgamento de maior desconto para as comissões a serem cobradas, utilizados como parâmetro máximo os percentuais definidos na lei que regula a referida profissão e observados os valores dos bens a serem leiloados. (BRASIL, 2021).

Em conformidade com a nova Lei, o leiloeiro deve obrigatoriamente ser contratado mediante credenciamento ou licitação na modalidade pregão, na qual se adote o critério de julgamento de maior desconto para as comissões a serem cobradas. Em relação a modalidade concurso, as inovações foram poucas, porém é possível perceber algumas alterações. Nesse sentido Rodrigues (2021, p. 819), "a Lei 8.666/93, não prevê expressamente o critério de julgamento do concurso. Já na nova Lei de licitações há a previsão de que o critério de julgamento seja melhor técnica ou conteúdo artístico".

Segundo Rodrigues (2021, p. 819), o novo diploma legal prevê que "nos concursos destinados à laboração de projeto, o vencedor deverá ceder à Administração Pública todos os direitos patrimoniais relativos ao projeto e o direito de executar o projeto conforme o juízo de conveniência e oportunidade da administração".

No que tange à modalidade pregão a nova Lei de licitações prevê que naqueles casos em que a modalidade for admitida, ela será obrigatória. Anteriormente a obrigatoriedade era prevista em regulamento e não em Lei. Além das alterações realizadas em modalidades já existentes, a Lei nº 14.133/2021 criou a modalidade diálogo competitivo. Conforme Rodrigues (2021, p. 842), "o diálogo competitivo é a modalidade de licitação voltada para as contratações mais complexas, nas quais a Administração não possui de início as soluções e as características do negócio a ser firmado".

Nesta modalidade licitatória, terminada a realização de diálogos e a definição das soluções que atendam às necessidades da Administração, realiza-se a competição entre os licitantes pautados por critérios técnicos e isonômicos. O autor Calasans Júnior, entende que a instituição do diálogo competitivo foi equivocada e sobre isso diz que:

Este autor considera equivocada a criação dessa nova modalidade de licitação, por duas razões fundamentais: 1º razão: o diálogo competitivo, tal como disciplina na Lei 14.133/2021 não caracteriza, efetivamente, modalidade de licitação, assemelhando-se mais à manifestação de interesse, que a lei disciplina como instrumento auxiliar nas licitações; 2ª razão: o temor de que as "alternativas" de execução que venham a ser apontadas nos "diálogos competitivos" entabulados com proponentes "previamente selecionados", terminem por atender, de fato, apenas ou preponderantemente, aos interesses econômicos dos proponentes. (CALASANS, 2021, p. 92).

Contudo, o diálogo competitivo pode se tornar um importante instrumento na qual a administração pública dispõe para buscar junto aos entes privados informações para a constituição de licitações nos casos e que o objeto seja complexo.

Com relação às modalidades que foram extintas com o advento da nova Lei, Calasans (2021, p. 93), entende que a decisão do legislador foi acertada, como afirma o autor: "o convite vinha sendo utilizado para direcionar contratações, por meio de práticas nocivas ao interesse público".

Além disso, o mesmo autor entende que a extinção da modalidade tomada de preços foi equivocada, para ele poderiam existir licitações abertas para ampla concorrência e outras voltadas a licitantes previamente cadastrados e classificados de acordo com os valores das contratações.

Nesse cenário, o escólio de Justen Filho (2021, p.440), citando Adilson Abreu Dallari, destaca:

“(...) deve-se reconhecer que as diferenças entre as diversas modalidades de licitação não se resumem a questões acessórias, tais como âmbito de publicação ou prazo de divulgação. As diferenças procedimentais retratam a necessidade de adequar a disputa ao objeto contratado.

As diversas ‘modalidades’ representam, em verdade, diversas formas de estruturar o procedimento de seleção da proposta mais vantajosa. As diversas espécies de procedimentos distinguem-se entre si pela variação quanto à complexidade de cada fase do procedimento e pela variação quanto à destinação de cada uma dessas fases. ”

Diante disso, pode-se extrair a relevância da fase preparatória da licitação, uma vez que é em tal momento em que a Administração Pública irá planejar a execução de obra e contratação dos serviços e definirá a modalidade de licitação, o critério de julgamento, o modo de disputa e a adequação e eficiência a partir das junções possíveis desses parâmetros.

2.3 PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS DA LEI Nº 14.133/21 X LEI Nº 8.666/93

A integração dos diplomas legais de licitação e a extinção do convite e da tomada de preços permitiu ao legislador prever os prazos mínimos de publicação da licitação apenas quanto à natureza do objeto, regime de execução e critérios de julgamento e não mais a modalidade de licitação. Conforme previsto na nova lei de licitações, os prazos de publicação das licitações são os seguintes:

Art. 55. Os prazos mínimos para apresentação de propostas e lances, contados a partir da data de divulgação do edital de licitação, são de:

I - para aquisição de bens:

a) 8 (oito) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto;

b) 15 (quinze) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea "a" deste inciso;

II - no caso de serviços e obras:

a) 10 (dez) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto, no caso de serviços comuns e de obras e serviços comuns de engenharia;

b) 25 (vinte e cinco) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto, no caso de serviços especiais e de obras e serviços especiais de engenharia;

c) 60 (sessenta) dias úteis, quando o regime de execução for de contratação integrada;

d) 35 (trinta e cinco) dias úteis, quando o regime de execução for o de contratação semi-integrada ou nas hipóteses não abrangidas pelas alíneas "a", "b" e "c" deste inciso;

III - para licitação em que se adote o critério de julgamento de maior lance, 15 (quinze) dias úteis;

IV - para licitação em que se adote o critério de julgamento de técnica e preço ou de melhor técnica ou conteúdo artístico, 35 (trinta e cinco) dias úteis.

§ 1º Eventuais modificações no edital implicarão nova divulgação na mesma forma de sua divulgação inicial, além do cumprimento dos mesmos prazos dos atos e procedimentos originais, exceto quando a alteração não comprometer a formulação das propostas.

§ 2º Os prazos previstos neste artigo poderão, mediante decisão fundamentada, ser reduzidos até a metade nas licitações realizadas pelo Ministério da Saúde, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). (BRASIL, 2021).

Tal concentração dos prazos mínimos de licitação em critérios de julgamento, natureza do objeto e regime de execução pode simplificar a contagem dos prazos, em decorrência da sua padronização. O legislador acertou em prever a possibilidade de redução dos prazos de licitações no âmbito do Sistema único de Saúde, isso pautado no contexto da atual pandemia da Coronavírus.

A Lei trouxe ainda outras importantes alterações. Dentre tantas podemos destacar o seu art. 17, §1º, que trata da autorização da realização da etapa de habilitação antes das propostas. Mas para que isso aconteça, deve ser justificada a vantagem, além de estar previsto de forma clara no edital.

Outrossim, resulta na diminuição de custos operacionais de todo o processo licitatório, já que a Nova Lei, em seu artigo 17, §2 estabelece que as licitações devam acontecer por meios eletrônicos como regra, sendo a licitação presencial a exceção.

À vista disso, a Confederação Nacional de Municípios (CNM) elenca diversos pontos que, segundo entendimento de seus especialistas, facilita a gestão no âmbito municipal, sendo eles a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas; a simplificação nas modalidades licitatórias; a inversão de fases da licitação, oportunizando à administração pública que sejam realizados os lances antes da habilitação; a criação de procedimentos que objetivam auxiliar a licitação; a fixação de regras mais claras sobre a contratação direta.

Como forma de tentar suprir e diminuir as formas de corrupções dentro da licitação, na contratação direta tornou-se possível a fixação de valores de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para serviços de manutenção de veículos e obras de engenharia e R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) cabível às demais contratações.

Como supracitado, verifica-se que, hodiernamente, um dos principais imbróglios para alcançar a eficiência administrativa imposta pela Constituição se encontra em propiciar as compras públicas de forma precipite e eficiente, de tal forma que, em conjunto, impeça as práticas patrimonialistas e corruptas.

Sobre a antiga Lei, tem-se a ideia que a mesma tornou os processos licitatórios mais burocráticos, caros e ineficientes, o que gerou a necessidade de inúmeras alterações no referido texto legal, bem como a criação de diversos textos legais a versarem sobre o tema de maneira a complementá-la, como explica Luiz Carlos Bresser-Pereira (1996) em seu artigo “Uma nova lei de licitações” que o texto constitucional foi responsável por gerar uma administração extremamente burocrática, centralizada, hierárquica com regras rígidas e completamente voltada para administração direta sem, contudo, dar a atenção necessária para administração indireta, que necessita de regras menos rígidas para administrar com eficiência as empresas, sendo um retrocesso.

Araújo (2021) menciona que embora a Lei nº 14.133/2021 tenha surgido em razão da insatisfação com a Lei anterior, não promoveu uma ruptura completa no modelo de administração trazida pela Lei nº 8.666/1993.

Em completo a isso, no entender de Guimarães (2021), a nova Lei não foi capaz de suprir todas as expectativas ansiadas, no sentido de ser menos formalista, mais enxuta, menos burocrática.

3.0 APLICAÇÕES IMEDIATAS DA LEI Nº 14.133/21 NOS PROCESSOS EM CURSO

Segundo Araújo (2021), é viável a aplicação da Lei nº 8.666/93 nos processos licitatórios em curso, mesmo com a nova Lei em vigor. Isso se dá, pelo fato que embora já

produzindo efeitos, a nova Lei precisa de um tempo, nesse caso, dois anos, para sua total vigência e exclusão das demais leis.

Conforme se demonstrará, a Administração Pública poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com a nova Lei ou de acordo com a Lei antiga. Ademais, independentemente da escolha, esta deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta. Igualmente, é vedada, em todas as circunstâncias a aplicação combinada entre os regimes.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso decidiu por somente a aplicação da Lei nº 8.666:

(...) No mérito, assegura que não é aplicável as disposições da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, visto que o certame foi regido pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, bem como pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Também, "a anuência expressa ao conteúdo do edital mostra-se desnecessária, porquanto o edital faz lei entre as partes e a adesão ao certame implica na sua aceitação in totum, quando não impugnado no tempo oportuno(...)" (Tribunal de Justiça do Mato Grosso TJ-MT: XXXXX-76.2021.8.11.0000)

Destarte, há uma preocupação do legislador para promover a transição desses regimes, de tal forma, que ele deixa que cada órgão ou entidade da administração pública decida qual Lei aplicar em cada caso. Dessa forma, ao chegar ao fim dessa aplicação versátil, a nova Lei possa ter uma aceitação completa e eficaz, tendo em vista que estes já estarão acostumados e treinados.

Guimarães (2021) sugere que é o momento dos Estados, Municípios e do Distrito Federal desfrutarem de sua competência constitucional para a elaboração de normas específicas que visem tratar das peculiaridades de cada ente federado, sempre em conformidade com as normas gerais instituídas pela União, dando a entender que, embora se tenha entrado uma nova Lei, ainda se tem muito a discutir sobre o assunto.

Ademais, é sabido na forma do art. 191 c/c art. 193, inc. II, da Lei nº 14.133/2021, cumprirá à Administração optar, em cada processo de contratação, por um dos 2 regimes (Lei nº 14.133/2021 ou Lei nº 8.666/1993 e legislações correlatas), não sendo possível mesclá-los.

Com efeito, nesse mesmo artigo, até o término do prazo previsto no inciso II do art. 193, correspondente à 1º de abril de 2023, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com a Lei nº 14.133/2021 ou com as leis citadas no referido inciso (Lei nº 8.666/93, a Lei nº 10.520/02, e Lei nº 12.462/11), sendo que a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso II.

Todavia, percebe-se que a nova Lei se refere de uma unificação de diversos dispositivos legais e infra legais que atuavam das matérias de licitações e contratos administrativos, bem como uma forma de aprimorar os procedimentos já previstos pela Lei nº 8.666/1993 afins que a licitação seja mais célere e resguarde seus princípios basilares.

Acerca da possibilidade da aplicação da nova Lei nos processos em curso, o Tribunal de Contas da União – TCU, se manifestou no ACÓRDÃO Nº 2458/2021 – TCU – Plenário, sobre a possibilidade da utilização do art. 75 da nova lei de licitações por órgãos não vinculados ao Sistema de Serviços Gerais, do grupo chamado órgãos “não-Sisg”, em caráter excepcional e transitório, até que sejam concluídas as medidas necessárias ao efetivo acesso às funcionalidades do PNCP.

No mesmo sentido o PARECER n. 00002/2021/CNMLC/CGU/AGU, de lavra da Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos Administrativos da Advocacia-Geral da União (AGU), aprovado pelo DESPACHO n. 00406/2021/GAB/CGU/AGU, do Consultor-Geral da União, que estabeleceu a impossibilidade, salvo a edição de regra em sentido contrário, do “aproveitamento” dos atuais normativos que regulamentam a Lei nº 8.666, de 1993, para a nova Lei nº 14.133, de 2021:

Parecer n. 00002/2021/CNMLC/CGU/AGU

Não é possível a recepção de regulamentos das leis nº 8.666/93, 10.520/02 ou 12.462/11 para a Lei nº 14.133/21, enquanto todas essas leis permanecerem em vigor, independentemente de compatibilidade de mérito, ressalvada a possibilidade de emissão de ato normativo, pela autoridade competente, ratificando o uso de disposições regulamentares para contratações sob a égide da nova legislação.

O TCU, por sua vez, orientou que nesse período, como reforço à transparência que deve ser dada às contratações diretas, seja utilizado o Diário Oficial da União (DOU) como mecanismo adicional ao atendimento da diretriz legal, *in verbis*.

ADMINISTRATIVO. CONSULTA. VIABILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO ART. 75 DA LEI 14.133/21 ENQUANTO INVIÁVEL A COMUNICABILIDADE DIRETA ENTRE O SISTEMA CONTRATA E O PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CARÁTER TRANSITÓRIO E EXCEPCIONAL (TC 008.967/2021-0, Ministro Relator JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES)

No que diz respeito aos casos em que se torna necessária a publicação do Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP, a Consultoria do TCU concluiu, por meio de parecer sobre a impossibilidade de aplicação imediata da Lei nº 14.133/2021, *in verbis*:

Em suma, tendo em vista que a) a Lei nº 14.133/2021, em seu artigo 94, condiciona a eficácia dos contratos administrativos à sua indispensável publicação no PNCP; b) que o PNCP não se encontra regulamentado e nem em funcionamento; c) que o artigo 94 constitui uma regra jurídica; d) que o legislador não conferiu outros instrumentos aptos a substituir o PNCP; e) que a lei poderia prever exceções (como o fez no art. 176, parágrafo único para municípios pequenos) sendo a ausência delas neste caso uma omissão relevante; f) que, nos termos do artigo 191, é vedada a combinação da nova Lei com as Leis nº 8.666/93, 10.520/2002 e 12.462/2011; g) que o art. 54, §1º trouxe um requisito cumulativo e não alternativo de publicidade, de modo que não afeta a necessidade de divulgação no PNCP; h) que a não aplicação da nova Lei não acarretará nenhum prejuízo ao gestor ou ao interesse público, uma vez que o artigo 193 permite que a contratação possa ser efetuada seguindo os trâmites das Leis nº 8.666/93, 10.520/2002 e 12.462/2011, **conclui-se que, no que tange à realização das licitações e consequentes contratos administrativos, enquanto não estiver em funcionamento o PNCP, a Lei nº 14.133/2021 não possui eficácia técnica, não sendo possível sua aplicação** (PROCESSO: 008.967/2021-0)

Ocorre que, no segundo semestre de 2022, entrou em operação o Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP, podendo ser consultado por meio do endereço eletrônico <https://www.gov.br/pncp/pt-br>.

A partir de então, observou-se que não existe mais impedimento para a adoção imediata da Lei nº 14.133/21 nos processos em curso, podendo ser perfeitamente aplicado o art. 193 da Lei 14.133/21.

Cumprido ressaltar, que nos processos iniciados sob a égide da Lei nº 8.666/93, que já tenham os editais publicados, permanecem por elas regidas, bem como os contratos

respectivos e seus aditamentos durante toda a sua vigência, ou outro instrumento hábil, nos termos do art. 62 da Lei nº 8.666/93.

No mesmo sentido é a orientação da União Federal⁶¹, que estabelece que os processos licitatórios que tenham os editais publicados até 31 de março de 2023, sob a égide das Leis nº 8.666, de 1993, nº 10.520, de 2002, e dos arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 2011, inclusive as licitações para registro de preços (Decreto nº 7.892, de 2013), permanecem pelas por elas regidas, bem como os contratos respectivos e seus aditamentos durante toda a sua vigência, ou outro instrumento hábil, nos termos do art. 62 da Lei nº 8.666, de 1993.

No que diz respeito às dispensas e inexibilidade de licitação, os avisos ou atos de autorização/ratificação de contratação por dispensa de licitação publicados até 31 de março de 2023, sob a égide da Lei nº 8.666, de 1993, permanecem por ela regida, inclusive os contratos respectivos e seus aditamentos durante toda a sua vigência, ou outro instrumento hábil, nos termos do art. 62 da Lei nº 8.666, de 1993.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O principal objetivo do presente trabalho acadêmico é tratar da possibilidade da aplicação imediata da lei nº 14.133 que entrou em vigor e possui prazo de *vacatio legis* de dois anos, enquanto a lei nº 8.666 produz efeitos até o término desse período. Assim, é sabido que duas leis não podem, conjuntamente, regulamentar o mesmo procedimento licitatório, pois iria causar uma insegurança jurídica para as partes licitantes.

Desta forma, verifica-se a impossibilidade de uma aplicação conjunta das leis por parte do gestor público, devendo ele escolher se a contratação valerá dos comandos da Lei nº 14.133/2021, inclusive subsidiariamente, ou se valerá da Lei nº 8.666/93, da Lei nº 10.520/2002 e dos artigos 1º a 47-A da Lei nº 12.462/2011, inclusive subsidiariamente.

A opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta. O que ocorre por uma razão clara, pois se existem dois regimes licitatórios aplicáveis, os fornecedores interessados só saberão qual foi aplicado se o edital certamente o indicá-lo.

Ademais, em qualquer caso, é vedada a combinação entre as leis. Assim, não é possível a recepção de regulamentos das referidas leis enquanto todas essas leis

⁶¹ Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/comunicados/comunicado-no-10-2022-transicao-entre-a-lei-no-14-133-de-2021-e-as-leis-no-8-666-de-1993-no-10-520-de-2002-e-os-arts-1o-a-47-a-da-lei-no-12-462-de-2011>. Acesso em 05/02/2023.

permanecerem em vigor, independentemente de compatibilidade de mérito, ressalvada a possibilidade de emissão de ato normativo, pela autoridade competente, ratificando o uso do regulamento para contratações sob a égide da nova legislação.

Em resposta à problemática do presente estudo, conclui-se que, é possível a aplicação imediata da Lei nº 14.133/21 nos procedimentos licitatórios em curso, desde que indicada expressamente no edital e cumpra todos os requisitos necessários.

Entretanto, caso se opte por utilizar a lei antiga vale ressaltar que o contrato respectivo (e todos os seus termos aditivos posteriores) será regido pelas regras neles previstas durante toda a sua vigência, mesmo após a revogação da legislação anterior.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. Senado Notícias. Nova Lei de Licitações vai à sanção presidencial. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/03/10/nova-lei-delicitacoes-vai-a-sancao-presidencia>. Acesso em: 20 out. 2022.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARAÚJO, Aldem Johnston Barbosa. O que muda com a nova Lei de Licitações. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-21/aldem-johnston-muda-lei-licitacoes>. Acesso em: 21 out. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 out. 2022.

_____. Lei Federal nº 10.520/2002, de 17 de julho de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 21 out. 2022.

_____. Lei Federal nº 12.462/2011, de 4 de agosto de 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

_____. Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 21 out. 2022.

_____. Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

_____. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

CALASANS JUNIOR, José. Manual da Licitação: com base na Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021. Barueri: Atlas, 2021

DALLARI, Adilson Abreu. Aspectos Jurídicos da Licitação. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

DOTTI, Marinês Restelatto; Aplicabilidade da Nova Lei de Licitações. 2021. Disponível em: <https://www.ordemjuridica.com.br/opiniao/aplicabilidade-da-nova-lei-de-licitacoes>

GUIMARÃES, Edgar; Nova Lei de Licitações, a hora e a vez de estados e municípios. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-21/edgar-guimaraes-leilicitacoes>. Acesso em: 21 out. 2022.

JÚNIOR, Janary. Nova Lei de Licitações é sancionada por Bolsonaro com 26 vetos. 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/742288-nova-lei-de-licitacoes-esancionada-por-bolsonaro-com-26-vetos/>. Acesso em: 20 out. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

_____. Coluna da Gazeta do Povo: mas temos muito mais a falar sobre licitação. 2015. Disponível em: <http://justenfilho.com.br/tags/lei-8666/>. Acesso em: 20 out. 2022.

_____. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

LE GOFF, Jacques. História e memória. Tradução de Bernardo Leitão et al. Campinas: Editora da Unicamp, 1990.

MADEIRA, Jéssica. Os princípios na Nova Lei de Licitações. Disponível em: <https://www.fecap.br/2021/08/09/artigo-os-principios-na-nova-lei-de-licitacoes/>. Acesso em: 11 jan. 2023

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Uma Nova Lei de Licitações. Disponível em: [https://www.bresserpereira.org.br/articles/1996/736.Uma Nova Lei de Licitações.pdf](https://www.bresserpereira.org.br/articles/1996/736.Uma%20Nova%20Lei%20de%20Licita%C3%A7%C3%B5es.pdf). Acesso em: 07 dez. 2022.

RODRIGUES, Rodrigo Bordalo. Nova Lei de licitações e contratos administrativos: principais mudanças. São Paulo: Expressa, 2021.

SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. Rio de Janeiro, Revista do TCE/RJ, nº 22, jul/1991, pp. 37/44.

TUTELA PROVISÓRIA NO PROCESSO TRIBUTÁRIO

YASMIN DA SILVA BITENCOURT:

Mestranda em Direito Processual e
Constitucional Tributário. Advogada.

Resumo: O presente trabalho pretende analisar o instituto da tutela provisória previsto no Código de Processo Civil Brasileiro (CPC), e algumas das implicações decorrentes da concessão da referida tutela em lides tributárias. A tutela provisória tem fundamento constitucional e decorre dos princípios do acesso à justiça, da efetividade da tutela jurisdicional e do devido processo legal. Neste sentido, enquanto tutela, trata-se de instituto diferenciado por estar diretamente relacionado a efetividade do processo. No caso específico do contencioso tributário, o autor do pedido de tutela de urgência deverá demonstrar a urgência do seu pleito, geralmente caracterizada pela iminência de sua inscrição na dívida ativa e Execução Fiscal, bem com todos os danos e prejuízos a serem suportados pelo contribuinte decorrentes de cobrança de crédito tributário indevido. Já para a tutela de evidência o contribuinte deverá demonstrar a ocorrência de uma das situações previstas no inciso 311 do CPC. Dito isto, serão feitas ao longo do trabalho reflexões sobre o pedido de tutela de urgência (e suas espécies) e de evidência em processos tributários.

Palavras-chave: Tutela Jurisdicional. Tutela Provisória. Processo Tributário. Código de Processo Civil.

Abstract: This paper aims to analyze the institute of preliminary injunction provided for in the Brazilian Civil Procedure Code (CPC), and some of the implications arising from the granting of such guardianships in tax disputes. The preliminary injunction has a constitutional foundation that stems from the principles of access to justice, the effectiveness of judicial protection and due process of law. In this sense, as a provisional, it is a differentiated institute considering that it is directly related to the effectiveness of the process. In the specific case of tax disputes, the taxpayer of the preliminary injunction must demonstrate the urgency of his claim, generally characterized by the imminence of his registration in the active debt and Tax Enforcement, as well as all damages and losses to be borne by the taxpayer. For the protection of evidence, the author must demonstrate the occurrence of a situation provided for in article 311 of the CPC. That said, reflections will be made throughout the work on the request for preliminary injunction (and its types) and on evidence in tax proceedings.

Keywords: Judicial Protection. Preliminary Injunction. Tax Law Procedure. Civil Procedure Code.

1. INTRODUÇÃO

O processo judicial tributário não se resume a Ação de Execução Fiscal uma vez que existem outras ações, de iniciativa do fisco (*ações exacionais*) e também de iniciativa do contribuinte (*ações antiexacionais*).

É cediço o entendimento de que *“um dos elementos essenciais do processo é a sua duração. Assim, quando a duração do processo se estende, começa a existir o perigo efetivo de que o pronunciamento final chegue tarde demais e já não seja mais efetivo para a parte que o requereu. É justamente neste ponto que deve ser garantida a utilidade da decisão final por meio de medidas antecipatórias e cautelares.”*⁶²

A tutela provisória tem fundamento constitucional que decorre dos princípios do acesso à justiça, da efetividade da tutela jurisdicional e do devido processo legal. A tutela jurisdicional deve ser a mais célere e efetiva possível, sem deixar de garantir o contraditório e a ampla defesa.⁶³

Tem, então, o condão de reestabelecer o equilíbrio entre as partes, como nos ensina Nelson Luiz Pinto:

A antecipação de tutela apresenta-se, neste aspecto, não apenas como um meio para assegurar o resultado efetivo e satisfatório da prestação jurisdicional, mas também como forma de assegurar o equilíbrio, a igualdade processual, a identidade de armas e de poderes, visando a propiciar um verdadeiro contraditório, sem que uma das partes se veja impossibilitada de litigar, assegurando o resultado do processo em razão da desproporcionalidade de condições e de poderes entre os litigantes, em decorrência, principalmente, de pressões econômicas e de ameaças, verdadeira coação do litigante "mais forte" sobre o "mais fraco"⁶⁴

Consta na exposição de motivos do Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 (CPC), que *“sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade”*.

62 LEÃO, Fernanda Teles de Paula, *O regime de tutelas do Código de Processo Civil e a redefinição do conteúdo normativo do artigo 170-A do Código Tributário Nacional*. Tese de mestrado junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2021. p. 72.

63 SEGUNDO, Hugo de Brito Machado, *Processo Tributário*. 10. ed., São Paulo: Atlas, 2018, p. 484.

64 PINTO, Nelson Luiz. *A antecipação de tutela como instrumento de efetividade do processo e de isonomia processual*. São Paulo: RT, 2011. p. 618.

O CPC alterou a sistemática das tutelas provisórias – estas são espécie de tutela jurisdicional (que possui aptidão para satisfazer, assegurar a pretensão do autor de maneira liminar) e são baseadas em cognição sumária.

Luiz Guilherme Marinoni afirma que “a tutela deve expressar a necessidade do direito material e, em outros termos, reflete o bem da vida buscado pelo jurisdicionado.”⁶⁵

Conforme preceitua o CPC, a tutela provisória pode ser entendida como *“o conjunto de técnicas que permite ao magistrado, na presença de determinados pressupostos, que gravitam em torno da presença da “urgência” ou da “evidência”, prestar tutela jurisdicional, antecedente ou incidentalmente, com base em decisão instável (por isso, provisória) apta a assegurar e/ou satisfazer, desde logo, a pretensão do autor, até mesmo de maneira liminar, isto é, sem prévia oitiva do réu.”*⁶⁶

Neste sentido, as tutelas provisórias – enquanto tutela diferenciadas por estarem relacionadas a efetividade do processo, contemplam tanto a *“existência de procedimentos específicos voltados a atender as peculiaridades de dada relação jurídica material, quanto a regulamentação de tutelas sumárias típicas, precedidas de cognição exauriente e destinadas a evitar que o tempo possa comprometer o resultado do processo.”*⁶⁷

A tutela provisória, enquanto modalidade de tutela diferenciada, essencialmente marcada pelo fator tempo⁶⁸, é concedida com base em cognição sumária, ou seja, sujeitas a posterior confirmação ou retificação do Magistrado, não estando, pois, sujeitas aos efeitos do instituto da coisa julgada material.

Em relação a tutela provisória, o legislador de 2015 resguardou duas diferentes situações. A primeira em relação a situações de urgência (quando houver perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo) e em relação a constatação do direito alegado de plano.

António Santos Abrantes Geraldês traz a seguinte lição:

65 MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 69.

66 BUENO, Cassio Scarpinella, *Manual de direito processual civil - volume único*. 8 ed. São Paulo: Editora SaraivaJur, 2022. p. 575..

67 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 25.

68 GENARO, Leandro Lopes. *Tutela Provisória em matéria Tributária*. Tese de mestrado junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2017.

"Entre uma decisão, porventura mais segura, mas tardia e uma outra, mais célere e eficaz, apesar de fundada num critério de julgamento menos rigoroso e, por isso, potenciador de maiores riscos de insegurança, o legislador não hesitou em dar prevalência à celeridade, em situações em que os prejuízos emergentes da demora do processo definitivo superem os que resultem da concessão da medida cautelar"⁶⁹

Ainda segundo Jose Roberto dos Santos Bedaque *"Em substituição ao longo processo de cognição plena. com todas as garantias a ele inerentes, surge a ideia de uma tutela mais rápida. com cognição limitada. que possibilite à parte obter antecipadamente o resultado da atuação jurisdicional. Afirma-se, mesmo, que o futuro do processo civil será dominado pelos provimentos urgentes e provisórios"*⁷⁰

Assim, a tutela provisória pode ser de urgência ou de evidência. A primeira poderá ser concedida de forma cautelar ou antecipada, podendo ocorrer de forma antecedente ou incidental e tendo a urgência como pressuposto para seu deferimento sendo que ambas possuem como fundamento o perigo da demora do provimento jurisdicional. A segunda é cabível nas hipóteses previstas no art. 311 do CPC.

A tutela cautelar terá como objetivo assegurar o direito do autor, enquanto que a tutela antecipada objetiva justamente a antecipação do direito pleiteado. Nesta linha, é o entendimento de Cassio Scarpinella Bueno:

Assim, para evitar as discussões, riquíssimas e abundantes no CPC de 1973, mas que, em termos de prática de processo, isto é, de realização e proteção efetiva de direitos são de questionável utilidade e, com isto, celebrar o que é novo, indo além da mera nomenclatura, a tutela provisória cautelar merece ser compreendida como as técnicas que buscam assegurar o resultado útil do processo. A tutela provisória antecipada, por sua vez, são as técnicas que permitem satisfazer, desde logo, a pretensão do autor.⁷¹

No processo tributário, o autor do pedido de tutela de urgência deverá demonstrar a urgência do seu pleito, geralmente caracterizada pela iminência de sua inscrição na dívida

⁶⁹ GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. Coimbra: Editora Almedina, 1998. p. 87.

⁷⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 119.

⁷¹ BUENO, Cassio Scarpinella, *Manual de direito processual civil - volume único*. 8 ed. São Paulo: Editora SaraivaJur, 2022. p. 578.

ativa e Execução Fiscal, bem com todos os danos e prejuízos a serem suportados pelo contribuinte.

A concessão da tutela provisória de urgência será justificada pela existência de:

“a) dano concreto: aquele certo e não hipotético; **b) dano atual:** o iminente ou que já está ocorrendo; **c) dano grave:** de grande ou média intensidade e que tenha aptidão para perturbar ou impedir a fruição do direito; **d) dano irreparável ou de difícil reparação:** as consequências são impossíveis ou de extrema dificuldade para serem reparadas.”⁷²

Assiste razão a afirmação de Marcos Destefenni ao dizer que *“o direito de acesso à jurisdição estatal também significa direito à obtenção de uma tutela jurisdicional efetiva, prestada em prazo razoável, quer dizer, sem dilações indevidas.”*⁷³

2. TUTELA PROVISÓRIA ANTECIPADA NO PROCESSO TRIBUTÁRIO

O CPC divide a tutela de urgência em tutela de urgência antecipada e tutela de urgência cautelar, que podem ser pleiteadas de forma antecedente ou incidental nos termos do art. 294, parágrafo único, do CPC.

Claudio Carneiro esclarece que *“a tutela antecipatória visa satisfazer uma situação que não pode esperar até o pronunciamento final, sob pena de tornar ineficaz a tutela definitiva.”*⁷⁴ O objetivo é, portanto, proteger o direito que está em perigo frente a demora da prestação jurisdicional, antecipando parcial ou totalmente o direito pleiteado.

O principal fundamento da antecipação de tutela é o fator tempo. Na hipótese de a tutela antecipada ser requerida em caráter antecedente, a petição inicial deverá ser aditada no prazo previsto no CPC sendo que o não aditamento da petição implica a extinção do processo sem julgamento de mérito.

O CPC simplificou os procedimentos para a concessão de tutela antecipada. O art. 303 do CPC preceitua que ao ajuizar ação de rito comum, poderá o autor verificar que sua

⁷² LEÃO, Fernanda Teles de Paula, *O regime de tutelas do Código de Processo Civil e a redefinição do conteúdo normativo do artigo 170-A do Código Tributário Nacional*. Tese de mestrado junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2021. p. 77.

⁷³ DESTEFENNI, Marcos. *Natureza constitucional da tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 294-295.

⁷⁴ CARNEIRO, Claudio. *Processo tributário: administrativo e judicial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. P. 112.

demanda é urgente a partir da existência de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo:

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo:

I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;

II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334 ;

III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335 .

[...]

Em relação ao CPC de 1973, a diferença é que na tutela antecipada antecedente há a possibilidade de estabilização da decisão que a defere, que se dará quando a decisão que a deferiu não for atacada por recurso do réu, nos termos do art. 304 do CPC:

A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303 , torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

Aqui não haverá coisa julgada, sendo que os efeitos da decisão estabilizada poderão ser afastados através de ação que pleitear a revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada, que deverá ser proposta no prazo de 2 (dois) anos por quaisquer das partes interessadas.

Em lides tributárias que buscam em última análise a extinção da relação tributária, a estabilização não se verifica uma vez que a tutela antecipada somente suspenderá a exigibilidade do crédito tributários, nos termos do art. 151 do Código Tributário Nacional (CTN, sendo certo que a extinção do crédito tributário somente se verifica nas hipóteses previstas no art. 156 do CTN.

Existem ainda outras situações em que a estabilização da tutela antecipada é de difícil verificação tendo em vista que é pouco comum que a procuradoria deixe de recorrer de decisões que lhe forem contrárias.

O exemplo supramencionado é comumente aplicável a alíquota da Cofins incidente sobre insumos utilizados na área da saúde, isto porque de acordo com o § 3º do art. 2º da Lei n. 10.833, de 2003, com redação dada pela Lei n. 11.196, de 2005, o Poder Executivo poderá reduzir a zero a alíquota da COFINS sobre a receita de alguns insumos utilizados na área da saúde.⁷⁵

Assim, o Poder Executivo está autorizado a *reestabelecer*, via decreto, o percentual que foi reduzido, o que é diferente de *majorar* o percentual da alíquota. Frente a possível violação ao § 3º do art. 2º da Lei n. 10.833, de 2003, poderá o contribuinte ingressar com o pedido de tutela antecipada na forma do art. 303 do CPC, pleiteando a inexigibilidade do pagamento da Cofins com a alíquota majorada.⁷⁶

Neste caso, em relação aos requisitos da tutela antecipada, nos termos do art. 303 do CPC, a urgência resta demonstrada perante a iminência do lançamento do tributo com a alíquota majorada. A demonstração do perigo de dano e risco ao resultado útil do processo reside no fato de que somente com a concessão da tutela antecipada o contribuinte não será prejudicado com a majoração indevida da COFINS.

3. TUTELA PROVISÓRIA CAUTELAR NO PROCESSO TRIBUTÁRIO

A tutela cautelar antecedente tem sua disciplina previstas nos arts. 305 a 310 do CPC e tem como fundamento a preservação de direito objeto de discussão, tendo como objetivo evitar danos e principalmente garantir o resultado útil do processo.

Nas palavras de Claudio Carneiro a *“tutela provisória de urgência de natureza cautelar presta-se para acautelar o estado de pessoa ou coisa, assegurando o resultado útil do processo.”*⁷⁷

Tendo em vista que a distinção entre a tutela antecipada e tutela cautelar é uma zona cinzenta, o legislador do CPC previu a aplicação do princípio da fungibilidade das

75 NUNES, Cleucio Santos. Curso Completo de Direito Processual Tributário. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 614

76 Idem, Ibidem, p. 615.

77 CARNEIRO, Claudio. *Processo tributário: administrativo e judicial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. P. 110.

formas, de modo que o juiz poderá receber como tutela cautelar o requerimento de tutela antecipada, e vice-versa, nos termos do parágrafo único do art. 305 do CPC.

Nos termos do art. 305 do CPC *“a petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.”*

Caberá ao requerente o aditamento da inicial no prazo de 30 dias da efetivação da tutela cautelar deferida sendo que o não aditamento da petição implica a perda da eficácia da cautela anteriormente concedida.

Exemplo típico de tutela cautelar em processo tributário é a hipótese de pleito do contribuinte que objetiva a anulação de auto de infração que cobra tributo de maneira indevida tendo em vista sua inexigibilidade nas hipóteses de imunidade. Nestes casos a autoridade fiscal não tem legitimidade para constituir o crédito tributário por meio do lançamento de ofício via auto de infração, e conseqüentemente tornar o crédito tributário exigível pelo fisco.

Ao ser autuado, poderá o contribuinte apresentar impugnação pela via administrativa ou poderá ainda optar por levar tal demanda para apreciação pelo poder judiciário. Em matéria tributária, a motivação do pedido de tutela cautelar é, na maioria das vezes, justamente a ameaça de inscrição em dívida ativa de crédito tributário indevido.

De forma recorrente, em lides tributárias, a diferença em relação a tutela antecipada é que nesta o contribuinte pretende a suspensão da exigibilidade do crédito tributário ainda não lançado, pretendendo então a antecipação do reconhecimento do seu direito de não pagamento de exação indevida.

Diz-se que *“a tutela cautelar se tornou meramente instrumental, já que não possui fim em si mesma, isto é, está atrelada a um processo principal e, por isso, não visa satisfazer concretamente a pretensão do autor, mas sim assegurar o resultado útil e eficaz do provimento jurisdicional definitivo.”*⁷⁸

Em lides tributárias, o objetivo da tutela cautelar é proteger o direito principal de alegar a nulidade do lançamento tributário. Nos ensinamentos de Luiz Guilherme Marioni:

A tutela cautelar é direito da parte, correlacionado com o próprio direito à tutela do direito. Em razão deste direito, a jurisdição tem o

⁷⁸ CARNEIRO, Claudio. *Processo tributário: administrativo e judicial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. P. 112.

dever de dar tutela cautelar à parte que tem o seu direito à tutela do direito submetido a perigo de dano.

O titular do direito ao ressarcimento, que vê o infrator se desfazer dos seus bens para futuramente não poder ser alcançado pela execução, tem ameaçado o seu direito à tutela ressarcitória e, por isso, tem direito à tutela de segurança (cautelar) da tutela ressarcitória.

Ora, da mesma forma que tem dever de prestar tutela ressarcitória, a jurisdição tem dever de conceder tutela que seja capaz de garantir a efetividade da tutela ressarcitória.

Em outros termos, a jurisdição tem o dever de tutelar o direito provável – ameaçado por dano – à tutela do direito (p. ex., tutela ressarcitória). 79

Em última análise, o que o autor pretende é que seja concedida tutela cautelar que impeça a Fazenda Pública de prosseguir nos atos legais para a consumação do pagamento do crédito tributário. 80

No caso específico daqueles que desenvolvem atividade empresária, o perigo de dano é evidente frente aos efeitos da inscrição em dívida ativa, bem como a negatização do nome do contribuinte frente aos órgãos de proteção de crédito e em cadastros tributários (Cadin), óbice a emissão de CDA, impossibilidade de celebrar contratos com o poder público, entre outros. O requisito da urgência aqui se materializa pelo risco de dano irreparável ou de difícil reparação uma vez que as constringências decorrentes da cobrança de créditos tributários indevidos prejudicam e em alguns casos, inclusive, inviabilizam a realização de atividade empresarial, gerando reflexos em toda a sociedade, com redução da quantidade de empregos, da geração de renda e inclusive da própria arrecadação.

Em relação ao resultado útil do processo, nos termos do art. 310 do CPC, o indeferimento da tutela não obsta que o autor siga com o pedido principal, excetuadas as hipóteses de indeferimento da tutela pelo reconhecimento de decadência ou de prescrição.

79 MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela de evidência. 1 ed ebook. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017. p. 38.

80 NUNES, Cleucio Santos. Curso Completo de Direito Processual Tributário. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 624.

4. TUTELA PROVISÓRIA DE EVIDÊNCIA NO PROCESSO TRIBUTÁRIO

A tutela provisória de evidência, enquanto provimento de natureza provisória, visa o atendimento imediato do pedido do Autor frente a notória presença do seu direito.

Hugo de Brito Machado Segundo didaticamente esclarece que *“presente, de forma muito intensa, a fumaça do bom direito, o juízo defere a tutela provisória, mesmo que não haja forte perigo da demora. É o que subjaz, a propósito, à figura das tutelas provisórias de evidência.”* 81

A tutela de evidência tem previsão descrita no art. 311 do CPC, que determina seu cabimento nas seguintes hipóteses:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

A tutela de evidência visa afastar de maneira provisória situação incompatível com as normas de direito material. Neste sentido, Humberto Theodoro Junior afirma que:

“A tutela de evidência não se funda no fato da situação geradora do perigo de dano, mas no fato de a pretensão de tutela imediata se

81 SEGUNDO, Hugo de Brito Machado, *Processo Tributário*, 10. ed., São Paulo: Atlas, 2018, p. 485.

apoiar em comprovação suficiente do direito material da parte. justifica-se pela possibilidade de aferir a liquidez e certeza do direito material, ainda que sem o caráter de definitividade, já que o debate e a instrução processuais ainda não se completaram.[...]

Mesmo abstraindo o risco de dano material imediato, a tutela de evidência parte do princípio de que a duração do processo não deve redundar em maior prejuízo para quem já demonstrou, *satisfatoriamente*, melhor direito dentro do conflito material a ser no final composto por provimento definitivo.”⁸²

Assim, na tutela de evidência a urgência não é o requisito fundamental para a concessão e sim a plausibilidade das alegações ou provas apresentadas pelo autor.

A previsão contida no inciso I é recorrente em lides tributárias em que o contribuinte alega abuso do direito de defesa pela Fazenda, que, embora presente, pode não ficar patente para o magistrado, cabendo ao autor requerer a tutela de evidência.⁸³

O inciso II também é recorrente em processos tributários quando não resta alternativa ao contribuinte senão ingressar com pedido judicial pleiteando a suspensão da exigibilidade de tributo no qual os tribunais superiores firmaram tese pela sua não incidência.

A previsão do inciso IV encontra exemplo na seara tributária quando, em sede de ação anulatória, a Fazenda se vê incapaz de rebater alegação de nulidade do lançamento do crédito tributário.

Sobre o tema, Eduardo Arruda Alvim tece as seguintes considerações:

“A tutela provisória da evidência caracteriza-se, dessa forma, como um mecanismo de redistribuição do ônus do tempo processual. Caracterizada a probabilidade do direito e presente alguma das hipóteses dos incisos do art. 311 do CPC/2015, o peso do tempo do processo será transferido do autor (que antes deveria aguardar todo o trâmite processual, até final decisão de mérito) para o réu (que se verá privado do bem da vida provisória e antecipadamente). São

⁸² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 675

⁸³ NUNES, Cleucio Santos. *Curso Completo de Direito Processual Tributário*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 631.

situações de direito material em que evidentemente não faria sentido privar o autor da tutela imediata.”⁸⁴

5. EXIGÊNCIA DE CAUÇÃO PARA CONCESSÃO DA TUTELA

O §1º do art. 300 do CPC, autoriza a exigência pelo juiz de “*caução real ou fidejussória idônea*” para a concessão de tutela provisória fundamentada na urgência:

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

Referido dispositivo assegura o correlato direito de o contribuinte antecipar-se e oferecer caução, de modo a resguardar-se em relação as constringências decorrentes da inadimplência.

Nesta hipótese e tratando-se de lide tributária, o contribuinte não pleitearia a suspensão da exigibilidade do crédito tributário mediante a apresentação de caução, na contramão da jurisprudência sedimentada no Superior Tribunal de Justiça.

O pleito do contribuinte objetivaria a concessão da tutela de urgência, tendo em vista a presença dos requisitos processuais da urgência e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, mediante a apresentação de caução como contracautela de eventuais danos, e conseqüente suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151. Inciso V do CTN.

Dessa forma, tendo em vista a possibilidade de apresentação de caução como contracautela com o objetivo de garantir eventuais danos à Fazenda e, restando demonstrado a probabilidade do direito e o perigo da demora no caso concreto, o contribuinte poderá requerer a concessão de tutela de urgência, esta que poderá ser revogada sem causar nenhum prejuízo a Fazenda.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O CPC de 2015 buscou operacionalizar a efetividade na prestação da tutela jurisdicional.

⁸⁴ ALVIM, Eduardo Arruda, *Tutela Provisória*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 72.

A tutela provisória é concedida com base em cognição sumária, ou seja, pende sobre ela posterior confirmação ou retificação do Magistrado, não estando, pois, sujeita aos efeitos do instituto da coisa julgada material.

Nos termos do art. 294 do CPC, as tutelas provisórias podem se fundamentar em evidência ou urgência, sendo que estas podem ter natureza cautelar ou antecipada, podendo ser requerida em caráter antecedente ou incidental.

A tutela provisória de evidência, enquanto provimento de natureza provisória, visa o atendimento imediato do pedido do Autor frente a notória presença do seu direito.

No processo tributário, o autor do pedido de tutela de urgência deverá demonstrar a urgência do seu pleito, geralmente caracterizada pela iminência de sua inscrição na dívida ativa e Execução Fiscal, bem com todos os danos e prejuízos a serem suportados pelo contribuinte.

Estando presentes os requisitos que autorizam o deferimento da tutela de urgência, quais sejam, o perigo de dano e risco ao resultado útil do processo, é incorreto condicionar tal deferimento à realização de caução.

Referida situação ocasionaria uma dupla inconstitucionalidade, primeiro ao restringir o acesso aos tribunais e em segundo ao violar o princípio da igualdade, discriminando-se em relação a contribuintes com menores recursos.

Em lides tributárias, a estabilização da tutela antecipada é de difícil verificação tendo em vista que é pouco comum que a procuradoria deixe de recorrer de decisões que lhe forem contrárias.

Em relação a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, a tutela e a caução estão previstas em incisos distintos do art. 151 do CTN, e condicionar a concessão de liminares ao depósito implica, logicamente, tornar inexistente referidos provimentos judiciais.

O §1º do art. 300 do CPC assegura o correlato direito de o contribuinte antecipar-se e oferecer caução, de modo a resguardar-se em relação as constringências decorrentes da inadimplência.

Tendo em vista a possibilidade de apresentação de caução como contracautela que tem com o objetivo garantir eventuais danos à Fazenda e, restando demonstrado a probabilidade do direito e o perigo da demora no caso concreto, o contribuinte poderá requerer a concessão de tutela de urgência.

Caberá ao contribuinte analisar o que é mais viável frente ao caso concreto: (i) a distribuição de ação de rito ordinário com pedido de tutela provisória ou (ii) a impetração de mandado de segurança no qual poderá ser deferida medida liminar.

A escolha do contribuinte dependerá de uma série de variáveis das quais destacam-se: o decurso de prazo superior a 120 dias da data da prolação do ato impugnado e a necessidade de dilação probatória, o que excluiria a opção pelo mandado de segurança.

REFERÊNCIAS

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 4. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.
- BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
- BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm
- BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm
- BUENO, Cassio Scarpinella, **Manual de direito processual civil - volume único**. 8 ed. São Paulo: Editora SaraivaJur, 2022.
- GENARO, Leandro Lopes. **Tutela Provisória em matéria Tributária**. Tese de mestrado junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2017.
- GERALDES, António Santos Abrantes. **Temas da reforma do processo civil**. Coimbra: Editora Almedina, 1998. p. 87.
- LEÃO, Fernanda Teles de Paula, **O regime de tutelas do Código de Processo Civil e a redefinição do conteúdo normativo do artigo 170-A do Código Tributário Nacional**. Tese de mestrado junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2021.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- NUNES, Cleucio Santos. **Curso Completo de Direito Processual Tributário**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- PINTO, Nelson Luiz. **A antecipação de tutela como instrumento de efetividade do processo e de isonomia processual**. São Paulo: RT, 2011.
- SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Processo Tributário**. 10. ed., São Paulo: Atlas, 2018,

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E OS PRINCÍPIOS DO DIREITO CIVIL

EMILLY ARAÚJO PIMENTEL:

Academia do curso de Direito da
universidade de Gurupi – UNIRG

VERÔNICA PRADO DISCONZI

(Orientador)

Resumo: O presente estudo apresenta uma abordagem sobre a origem do Direito Civil, a evolução histórica e seus princípios, com isso podemos acompanhar as constantes mudanças no decorrer da história e a importância dos influenciadores do código através de pesquisas, livro e vários outros artigos científicos relacionados. O direito civil evoluiu de uma referência técnica formal focada no patrimônio para uma referência focada nas pessoas. O direito civil protege os indivíduos em relacionamentos pessoais com valores sociais em mente, em vez de uma consideração insensível de herança. O presente trabalho busca esclarecer o surgimento do Direito Civil e seu desenvolvimento ao longo dos anos para chegar no atual Código, destacando seus princípios e a importância deles.

Palavras-chave: Direito Civil. Código Civil. Evolução histórica. Princípios.

Abstract: The present study presents an approach on the origin of Civil Law, the historical evolution and its principles, with this we can follow the constant changes in the course of history and the importance of the influencers of the code through research, book and several other related scientific articles. Civil law has evolved from a formal technical reference focused on heritage to a reference focused on people. Civil law protects individuals in personal relationships with social values in mind, rather than a callous consideration of inheritance. The present work seeks to clarify the emergence of Civil Law and its development over the years to arrive at the current Code, highlighting its principles and their importance.

Keywords: Civil right. Civil Code. Historic evolution. Principles.

INTRODUÇÃO

O Direito atual, tanto em termos de organização como de compreensão da base dos principais conceitos atualmente aplicáveis, é uma herança do direito romano. Portanto, considerando o impacto do direito romano no direito existente, percebemos que a codificação também teve um papel importante, o que levou à organização e desenvolvimento do sistema Codex para o direito brasileiro. O Código Civil foi o primeiro

deles, promulgado em 1916 e, após longas discussões, foi substituído pelo atual Código Civil de 2002.

No direito civil, os princípios orientadores são as principais regras que ajudam os operadores a resolver conflitos. Esses princípios permanecem primordiais porque geralmente orientam, condicionam e esclarecem a interpretação de todas as outras normas jurídicas e até influenciam a interpretação de outras normas importantes. O direito civil tem três princípios básicos: ética, sociabilidade e operacionalidade.

Para elaborar o presente artigo com objetivo de aprofundar o assunto de forma clara e concisa, diversos estudos foram realizados pelo método qualitativo, através de pesquisas bibliográficas em doutrinas, código e sites como: Scielo, Jusbrasil, etc; com base em outros artigos científicos e trabalhos acadêmicos, além das técnicas legislativas aplicadas nos termos gerais e conceitos jurídicos incertos.

1 DO DIREITO

Na história romana, o conhecimento e a interpretação das normas legais eram limitados aos sacerdotes. Somente no final do século IV a.C. Surgiram os especialistas leigos conhecidos como juristas, figuras importantes na história do direito romano, cujo respeito vinha de uma notória sabedoria. As atividades desses juristas incluem apresentar condutas litigiosas a magistrados e partes, preparar documentos legais e comentar provocações de particulares e magistrados. A partir do século I a.C, essas opiniões tornaram-se legais. Entre os juristas da época, destacam-se Sabino, Ulpiano e Caio como autores de uma das mais importantes obras do direito romano clássico, as Instituciones.

Com o tempo, porém, os poderes dos juristas foi diminuindo a ponto de se preocupar cada vez mais com as ações do imperador. Este foi o período entre 230 e 530, que marcou o declínio da ciência jurídica, pois o imperador não conseguiu realizar pesquisas jurídicas e começou a copiar as obras dos juristas clássicos e seus métodos.

A partir de 530, o imperador Justiniano nomeou um grupo de juristas para redigir uma compilação dos melhores julgamentos da história jurídica romana, chamada Digesto ou Pandecta. Esta fase foi marcada pela intenção do imperador de restaurar a unidade religiosa e política de Roma e, embora não tenha alcançado esse objetivo, deu uma importante contribuição para a história do direito: O Digesto reúne as opiniões e escritos mais importantes sobre o jurisprudentia do direito romano Home clássico. Justiniano também foi responsável por organizar a coleção completa de todas as constituições imperiais, as regras feitas pelo imperador, o chamado código. A compilação original foi perdida, e Justiniano ordenou um novo código de leis, portanto, uma coleção das regras mais importantes do imperador, especialmente o reinado, que se refere ao final do período do direito clássico e início do período de direito pós-clássico.

Além disso, Justiniano ordenou uma nova versão das Instituciones for Gaius, que se tornou a Academia de Justiniano. Nos anos seguintes, até pouco antes de sua morte, Justiniano também instituiu novas regras e uma nova constituição imperial, que mais tarde foi publicada como novela. Conhecido como Código de Justiniano ou Corpus Iuris Civilis (Instituição de Direito Civil), foi a base da Constituição do Império. Com as leis atualmente instituídas, principalmente no que diz respeito ao direito privado, percebemos que a codificação desempenhava um papel importante antes de Justiniano. Historicamente, o Código de Hamurabi se destacou e foi reconhecido como o primeiro conjunto de normas escritas, só mais tarde na segunda etapa do direito romano, a Lei das Doze Tábuas, que era o documento básico do direito ocidental, e o Código de Hamurabi é caracterizada por uma combinação de uso e costume. Em Portugal, especialmente na Universidade de Coimbra, o direito romano foi adaptado, e como desenvolvimento histórico podemos citar primeiro o Decreto de Alfoncine de 1446, cujas disposições determinavam o direito romano naquilo que a lei não dispunha.

Atualmente, o código é caracterizado como o núcleo da organização da vida social. É uma organização que fornece um ponto de partida para o desenvolvimento da interpretação e do raciocínio jurídico. É um marco na cultura jurídica que promove a compreensão do direito, mesmo que seja necessário recorrer a leis complementares que complementam o Código. Por exemplo, as seções gerais dos códigos civil e penal trazem normas que enquadram o pensamento jurídico e a aplicação do direito nessas áreas. No que diz respeito ao código atual, uma vantagem se destaca: o código pode ser adaptado e atualizado devido a fatos da vida cotidiana que não podiam ser previstos quando a lei foi redigida. É essa característica que perpetua o código e facilita a aplicação ordenada da lei em busca de sua finalidade básica, que é regular a vida social.

No entanto, o sistema de código também tem uma desvantagem: o dispositivo que altera o código precisa ter um cuidado redobrado, ou então comprometerá sua lógica. Como resultado, os legisladores muitas vezes preferem editar a lei em vez de alterar o código, o que leva a uma diversidade de normas que pode tornar confuso e difícil para o código coexistir com os chamados microssistemas. Microssistemas, também conhecidos como regulamentos, referem-se a leis abrangentes envolvendo setores específicos e facilmente identificáveis do sistema jurídico.

2 EVOLUÇÃO DO DIREITO CIVIL

No Brasil, com a promulgação da Constituição do Império em 1824, para atender às necessidades do Brasil da época, propôs-se a formulação de um código civil e um código penal. Em meados de 1855, o governo imperial entendeu que seria interessante integrar o direito civil em 1858 pelo jurista Teixeira de Freitas antes da codificação.

O mesmo jurista foi então contratado para redigir o código civil prescrito pela constituição imperial. No entanto, os juristas unificaram o direito civil e comercial, e o projeto não foi aprovado. A Nabuco Araújo foi atribuída esta tarefa, que não foi concluída até sua morte. O Código Civil Brasileiro foi adiado novamente. Já em 1889, o Ministro da Justiça de Cândido de Oliveira nomeou uma comissão para desenvolver um projeto. No entanto, com o advento da república, o comitê foi dissolvido.

Em 1893 Coelho Rodriguez também propôs um projeto de Código Civil, que foi concluído em 1893, mas também não aprovado. No entanto, após servir como Presidente da República, Campos Salles nomeou o pernambucano Clóvis Beviláqua para a tarefa em 1899. No final do mesmo ano, ele apresentou um projeto de lei que, após 16 anos de debates e críticas, foi aprovado para promulgação em 1º de janeiro de 1916 e entrou em vigor um ano depois.

No entanto, o Código Civil de 1916 não atendeu plenamente às necessidades da época, reconhecendo a necessidade de ajuste, e devido às múltiplas mudanças sociais e econômicas, os juristas designados propuseram o anteprojeto do Código das Obrigações em 1941. Criticado, o projeto não teve sucesso principalmente porque violou o padrão orgânico de codificação da lei, que seria infringido se fosse aprovado um código separado que regulamentasse apenas as relações obrigatórias.

De 1963 a 1991, propostas de revisão do Código Civil foram apresentadas e tramitaram no Congresso Nacional. Até que, em 1991, o último projeto foi desarquivado na Câmara dos Deputados e revisado, tendo recebido seu parecer final em 1997, com ressalvas de que deveria ser revisto, considerando o advento da Constituição Federal de 1988. Em 2002, portanto, o Código Civil foi sancionado pelo presidente da República e entrou em vigor em todo o país um ano depois.

O Código Civil de 2002 divide-se em duas partes: uma geral e uma especial. A parte geral é formada por três livros: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos. A parte especial divide-se em do direito das obrigações, do direito de empresa, do direito das coisas, do direito de família, do direito das sucessões e o livro complementar, que apresenta as disposições finais e transitórias.

3 PRINCÍPIOS DO DIREITO CIVIL

A eticidade no novo direito civil e se conjuga com o princípio da boa-fé objetiva e visa orientar a conduta dos sujeitos jurídicos com atitude correta, leal e honesta, ao invés de se contentar apenas com as intenções das partes. O agente pratica o ato de acordo com a lei.

De fato, a moralidade impõe aos participantes do comércio legítimo uma obrigação geral de cooperar, operando de forma defensiva e proativa, ou seja, evitando fingimentos e criando deveres específicos.

O princípio da integridade contratual, consagrado no art. 422, que se aplica a todos os tipos de contratos e se aplica desde a fase pré-contratual até o término do contrato e as fases pós-contratual.

Por exemplo, o art. 113 estabelece que os negócios jurídicos devem ser interpretados de boa fé e no uso do lugar da celebração; art. O artigo 187 afirma que os titulares de direitos cometeram atos ilícitos no exercício de direitos que extrapolam os limites impostos por sua finalidade econômica ou social, boa vontade ou bons costumes, e o art. 128, que trata da validade da condição de resolução.

O princípio da sociabilidade revela a diferença entre o código de 1916 e o código atual, pois o individualismo não é mais válido. O Código Civil de 2002 privilegia os valores humanos básicos, repetindo o significado de ser humano consagrado na Constituição Federal, ou seja, possuindo características antropocêntricas. O princípio da sociabilidade é limitado ao direito civil. Em outras palavras, o coletivo supera o individual.

O princípio da sociabilidade era sinal não apenas de ruptura com o individualismo, mas também do aspecto hereditário que prevalecia e prevalecia nas relações jurídicas estabelecidas sob os auspícios do Código Civil de 1916.

O princípio da sociabilidade se manifesta como uma exigência da vida contemporânea no centro de uma grande cidade, onde várias pessoas dividem a mesma residência, refletindo o comportamento de uma pessoa.

A visão individualista do Código Civil de 1916 não era mais suficiente para atender às novas necessidades da sociedade brasileira, que precisava de um estatuto que proibisse atos contrários aos seus interesses e valorizasse a solidariedade social.

A sociabilidade é especialmente manifestada na arte. 421 e 422, bem como a função social da propriedade e as regras sobre usucapião, reduzem o prazo estabelecido pela antiga legislação.

A adoção de princípios éticos levou ao fim do formalismo jurídico excessivo, porém, sem abandonar a tecnologia jurídica e a história jurídica.

O formalismo é reduzido porque, por exemplo, no contexto de um contrato, a interpretação deve ser guiada pela boa-fé. A ética traz princípios de honestidade e integridade que devem envolver as partes.

Os princípios éticos estimulam os profissionais do direito a ir além da mera subordinação e, portanto, devem utilizar conceitos básicos como moralidade, ética, integridade, honestidade, lealdade, confiança e os conceitos de interpretação que se pretende obter. Originalmente conceito e escopo indefinidos.

Por último está a operacionalidade. Esse princípio se reflete no interesse do comitê em estabelecer soluções na especificação que facilitem sua interpretação e aplicação, principalmente no que diz respeito à precisão conceitual.

Sem dúvida, a hipótese mais convincente é a diferença entre prescrição e decadência. O prazo de prescrição e o prazo de decadência para um único dispositivo estão listados no Código Civil de 1916.

O princípio da operabilidade dá aos juízes maior flexibilidade para aplicar efetivamente as normas que contêm cláusulas gerais ou conceitos incertos em uma análise caso a caso com base em circunstâncias objetivas ao buscar uma solução mais equitativa. A valorização é prevalente na sociedade de hoje.

O princípio de operabilidade sob o foco material está incorporado na mera constante de pronúncia na especificação. Do lado processual, é representado por interpretação, permitindo a inclusão de um caderno de encargos, tendo em conta a sua elaboração e posterior aplicação. Pode-se considerar, ainda, que o princípio da operabilidade é de grande relevância para conferir maior poder de interpretação aos magistrados e verificar a efetiva necessidade de tutela jurisdicional em casos específicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a evolução do direito civil, vale resaltar que nesta fase, com o surgimento da Constituição Federal de 1988, princípios constitucionais e direitos fundamentais estão consolidados no ordenamento jurídico brasileiro.

Diante dos novos ideais produzidos pelo Iluminismo, o direito civil regulou o desenvolvimento das relações obrigatórias e seus contratos, inspirou as grandes revoluções da indústria, da França e dos Estados Unidos no século XVIII, e desencadeou o surgimento e a codificação do constitucionalismo. Legislação sob a constituição do mundo ocidental. Código Napoleônico. Em nosso país, desde a ordenação até os primórdios da fundação do Estado, a necessidade de legislação civil intensificou-se durante o segundo período de governo, que culminou no direito civil unificado, que foi substituído pelo primeiro direito civil em 1916. O diploma brasileiro, de caráter individualista, remonta a Roma.

A nova legislação civil de 2002 trouxe mudanças importantes para adequá-la às novas demandas de uma sociedade pós-moderna. Emprega os princípios da ética,

sociabilidade e operacionalidade; além das técnicas legislativas de cláusulas gerais e conceitos jurídicos incertos.

O Código Civil de 2002 é uma prova de mudança. Dado o atraso em sua versão e a velocidade da mudança social, pode não ser a legislação ideal, mas é utilizável e tem boas ferramentas para adaptá-la às vicissitudes de hoje, especialmente dando aos xerifes a liberdade de tomar decisões na hora da sentença. melhor solução para o caso.

REFERÊNCIAS

LÔBO, Paulo. Direito Civil. Editora Saraiva. 2017.

ZANONI, Péricles Jandy. Direito Civil: Dos primórdios a constitucionalização – Dimensões históricas, filosóficas, políticas, econômicas – um ensaio. Uniandrade, Revista Jurídica. Vol. 02, N° 27, p.16-39, 2017. Disponível em: <https://revista.uniandrade.br/index.php/juridica/article/view/947/700>. Acesso em 03 de set de 2022.

TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo. Aspectos da Constituição de Caio Mário ao Direito Civil Brasileiro. Ministro Oscar Saraiva, Informativo Jurídico da Biblioteca. Vol. 16, N° 1, p. 1-74, Jan/jul. 2004. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/informativo/article/download/179/149>. Acesso em 03 de set de 2022.

ESCANE, Fernanda Garcia. Os Princípios Norteadores do Código Civil de 2002. Justiça e Cidadania, Revista Eletrônica Direito. Vol. 4, N° 1, 2013. Disponível em: http://docs.uninove.br/arte/fac/publicacoes/pdf/v4-n1-2013/Fernanda_Escane2.pdf. Acesso em 05 de set de 2022.

PIERI, David Lacerda. A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Brasileiro. 2008. 70 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/handle/11422/9667>. Acesso em 03 de set de 2022.

COSTA, Dilvanir José da. Trajetória da Codificação Civil. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. 2003. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1495/1424#:~:text=Esse%20aborioso%20empreendimento%20passou%20%C3%A0,jur%C3%ADdica%2C%20suplanta%20o%20C%C3%B3digo%20Napole%C3%A3o>. Acesso em 17 de out de 2022.

GISCHKOW, Emílio Alberto Maya. Autonomia do Direito Agrário. Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre. N° 1.p. 147-168. 1972. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/67993>. Acesso em 03 de set de 2022.

A SEPARAÇÃO DE PODERES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: ORIGENS E POSSIBILIDADE DE EDIÇÃO DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS TRATANDO SOBRE O TEMA.

RAUL QUEIROZ DE MENEZES: Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife da UFPE, Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes, Advogado e ocupante do cargo efetivo de Agente Legislativo da Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco, onde assessora a Comissão de Constituição, Legislação e Justiça.

RESUMO: O presente artigo faz uma análise sobre a separação de Poderes, abordando seus fundamentos e sua previsão na ordem jurídico-constitucional brasileira de 1.988. Ao longo do estudo, o autor analisará, também, a possibilidade ou não de serem alteradas por Emenda Constitucional dispositivos que versem sobre o tema, já que é expressamente listado como uma das cláusulas pétreas.

Palavras-chave: Separação de Poderes. Separação Funcional. Freios e Contrapesos. Controle Recíproco. Cláusula Pétreas. Possibilidade de alteração. Precedentes.

1.INTRODUÇÃO

O presente estudo é fruto de pesquisa realizada na área do Direito Constitucional, com análise centrada na separação de Poderes. O interesse pelo tema surgiu há bastante tempo, já durante aulas de Direito Constitucional no início da Faculdade, quando do tempo do primeiro contato com a ideia de que os para o bom exercício do Estado, é interessante que haja uma separação das funções (*tripartição de poderes, de Montesquieu*), bem como um controle de um Poder sobre o outro, a fim de evitar concentração excessiva e corrigir eventuais abusos (*checks and balances*).

O interesse aumentou quando o autor da presente obra, após aprovação em concurso público da Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco, passou a assessorar a Comissão de Constituição, Legislação e Justiça daquela casa legislativa, elaborando pareceres a projetos de lei e propostas de Emenda à Constituição Estadual em que o tema da separação de Poderes era assunto indispensável para a elaboração dos estudos necessários à execução das minutas de pareceres.

Por fim, este autor traz à baila a discussão a respeito da extensão da separação de Poderes enquanto cláusula pétreas. Será que qualquer alteração que impacte na distribuição de Poderes entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário afronta a cláusula pétreas da separação de Poderes, devendo ser reputada inconstitucional ? Ou há espaço

para que seja alterado algum desenho institucional realizado pelo constituinte originário, sem que haja mácula à separação de Poderes ? A resposta a tais questionamentos será dada ao longo do presente artigo.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Considerações sobre a separação de Poderes

De início, imperioso destacar que a contenção do potencial uso abusivo e autoritário do poder político exercido pelo Estado tem sido uma preocupação constante da humanidade. Como evitar que o governante viole os direitos e liberdades das pessoas, persiga desafetos e beneficie protegidos, e use o poder para seu próprio benefício em detrimento da coletividade? O axioma de Lord Acton, de que o poder corrompe e o poder absoluto corrompe absolutamente, permanece incontestável na história.

Ana Paula de Barcellos traz boa indagação a respeito não apenas da vertente da separação dos Poderes como “freios e contrapesos”, mas também da vertente da separação funcional de poderes. Assim dispõe a doutrinadora carioca:

“Ao lado dessas preocupações, que procuram conter ou limitar o exercício do poder político, desenvolveu-se também uma outra, a respeito da organização do exercício desse poder, ocupando-se de sua funcionalidade, isto é: daquilo de positivo que ele possa fazer para a sociedade, e não apenas dos males que possa causar.

Assim, a pergunta é: como o exercício do poder político pode/deve organizar-se para atingir melhor seus fins e levar a cabo algo que possa ser considerado um governo bom?

Essas duas preocupações – o limite do poder e a melhor organização possível do seu exercício – se entrelaçam em alguma medida, já que uma exigência inicial de um governo bom (seja qual for o sentido que se queira atribuir a bom) é que ele não seja abusivo e arbitrário, respeitando os direitos e liberdades das pessoas.”⁸⁵

Ademais, importante destacar que quando se fala em “separação de Poderes”, estamos tratando de uma divisão horizontal dos Poderes, das funções, que não deve ser confundida com uma divisão territorial do Poder, típica de um Estado Federal. Assim leciona Ana Paula de Barcellos a respeito do tema:

⁸⁵ BARCELLOS, Ana Paula de Curso de direito constitucional / Ana Paula de Barcellos. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. P. 303

“A separação de Poderes é frequentemente descrita como uma divisão/separação horizontal de Poderes. É possível cogitar ainda de uma divisão vertical ou territorial, classificação por vezes identificada como “formas de Estado” que, em geral, ocupa-se de descrever como o poder político se distribui pelo território, identificando três principais modelos: os sistemas federativos, os Estados regionais e os Estados unitários mais ou menos descentralizados.

Também a divisão territorial ou vertical, sobretudo quando haja uma efetiva separação entre vários centros de poder no território, como acontece na Federação, tem por objetivo, entre outros, dividir o poder político para controlar.”⁸⁶

Como o presente artigo não tem por objeto a separação de Poderes do ponto de vista espacial, territorial, dentro de um Estado Federal, assunto já abordado por este autor em outros artigos e livros, não se aprofundará a análise de tal tema, centrando-se o estudo, por óbvio, na separação de Poderes dita horizontal, separação das funções estatais.

Neste diapasão, importante trazer distinções entre dois Sistemas de Governo consagrados no mundo atualmente: Parlamentarismo e Presidencialismo. Nas palavras de Ana Paula de Barcellos:

“O *primeiro* deles é o *parlamentarismo*. Na tradição britânica, já referida, sua instituição não decorreu de um ato deliberado, mas de uma paulatina construção institucional e consolidação de costumes. A principal marca do parlamentarismo é a responsabilidade política do Governo – *i.e.*, dos Ministros – perante o Legislativo. Para isso, o Governo assume as mais importantes e efetivas competências do Executivo, remanescendo ao Chefe de Estado (monarca ou Presidente) um papel mais simbólico e cerimonial.

Todas as decisões relevantes são tomadas ou referendadas pelo Governo, que responde por elas diante do Parlamento e, por isso, só assume ou permanece no poder enquanto tiver a sua confiança. Diante de impasses entre o Governo e o Legislativo, ou os Ministros renunciam coletivamente e assume uma nova composição, com o apoio do Parlamento; ou se dissolve este para que, convocadas

86 BARCELLOS, Ana Paula de Curso de direito constitucional / Ana Paula de Barcellos. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. P. 304

eleições, forme-se nova maioria ou coalizão que sustente o Governo existente ou promova sua substituição”⁸⁷

Prosegue a autora, agora tratando acerca do Presidencialismo:

“O *segundo* tipo puro de sistema de governo é o *presidencialismo* – este, sim, produto de uma decisão consciente, com certidão de nascimento específica: a Constituição dos EUA de 1787. Neste sistema de governo, o Executivo não é composto por derivação, a partir da maioria parlamentar; ao contrário, ele tem uma investidura própria e autônoma: seu Chefe é eleito pelo povo, direta ou indiretamente, para um mandato fixo, que não pode ser abreviado pela simples insatisfação política do Poder Legislativo.

Como o Presidente tem um título democrático próprio para governar, não é necessário cindir o Executivo, que permanece uno: o Presidente é Chefe de Estado e de Governo. Somente em hipóteses muito graves é que se admite a remoção do Presidente antes do fim do seu mandato: pelo voto de uma elevadíssima maioria, o Legislativo pode declarar o impedimento (*impeachment*) do Presidente, tendo em vista a prática de ilicitudes tão graves que são aproximadas da noção de crimes (tanto que são chamados, no Brasil, de *crimes de responsabilidade*).”⁸⁸

Percebe-se, portanto, que a separação de Poderes tanto está presente na ideia de que os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário, na experiência brasileira pós-1891, quando havia um Poder Moderador) devem estabelecer limites recíprocos uns aos outros, quanto na própria ideia da “tripartição de Poderes”, proposta por Monstequieu, e que consagra a divisão funcional do Poder.

Se acima citamos exemplos de relação entre o Executivo e o Legislativo, com os contornos que lhe são próprios, seja no Parlamentarismo, seja no Presidencialismo, também é importante citar exemplo de Separação de Poderes entre o Legislativo e o Judiciário. Eis decisão do STF que trata do tema, ao vedar controle excessivo de CPI sobre atuação de membros do Poder Judiciário:

87 BARCELLOS, Ana Paula de Curso de direito constitucional / Ana Paula de Barcellos. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. P. 312

88 BARCELLOS, Ana Paula de Curso de direito constitucional / Ana Paula de Barcellos. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. P. 313

“O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional”⁸⁹

Por fim, necessário citar que a escolha do sistema de governo é norma de reprodução obrigatória, e sua modificação no âmbito de um Estado ou Município viola cláusula pétreia. Sobre o tema, assim leciona Gilmar Mendes:

A adoção de medidas parlamentaristas pelo Estado -membro, quando no âmbito da União se acolhe o presidencialismo, também é imprópria, por ferir o princípio da separação de Poderes, como desenhado pelo constituinte federal. As fórmulas de compromisso entre ambos os regimes somente podem ser estabelecidas na Constituição Federal.⁹⁰

2.2 Dispositivos Constitucionais que tratam sobre a Separação de Poderes

Pela própria abrangência da separação de Poderes, que tanto versa sobre a separação funcional quanto sobre o controle de um Poder sobre o outro, diversos são os dispositivos constitucionais a respeito do tema. Vamos, neste ponto, abordar alguns dos dispositivos, tecendo alguns comentários sobre cada um deles.

De início, podemos citar artigo clássico a respeito da separação de Poderes no direito brasileiro, que garante a independência e também a harmonia entre os Poderes da União:

“Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”⁹¹

Do ponto de vista da separação funcional de Poderes, imprescindível citar alguns dispositivos constitucionais que trazem a previsão das competências de cada um dos Poderes. Neste ponto, opta o autor por apenas citar os dispositivos, a fim de evitar uma

⁸⁹ “STF, *DJU*, 12 maio 2000, MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello

⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 741.

⁹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 02.05.2022.

desmedida extensão do tamanho deste estudo. Seriam eles, dentre outros, todos da CF/88, o artigo 48 para o Poder Legislativo, artigo 84 para o Executivo, artigos 102 e 109 para o Poder Judiciário.

Por outro lado, podemos listar, também, dispositivos que consagram justamente a fórmula de “freios e contrapesos”, com os mecanismos desenhados pelo constituinte originário com a finalidade de garantir um controle recíproco dos Poderes entre si. De início, podemos citar o poder de veto a projetos de lei, garantido ao Poder Executivo:

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

V - vetar projetos de lei, total ou parcialmente;”

Ora, se ao Legislativo foi garantida, primordialmente, a função de legislar, como garantir que o exercício de tal prerrogativa por parte do Legislativo não seria executado de forma abusiva? Pois bem, a forma encontrada foi, dentre outras, assegurar que o Poder Executivo poderia vetar os projetos (atente-se o leito para o fato de que o veto incide sobre projetos e não sobre leis) que fossem inconstitucionais ou contrários ao interesse público. Percebe-se, no caso, flagrante instrumento de controle de um Poder sobre o outro, evitando arbítrios e abusos.

De idêntica maneira, ao Poder Legislativo também foi garantida a possibilidade de controlar exercícios abusivos de posições jurídicas por parte de outros Poderes. Como exemplo podemos citar os seguintes dispositivos:

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

[...]

III - autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias;”

Assim sendo, no caso dos tratados internacionais não basta que o Poder Executivo, ao representar a República Federativa do Brasil no plano internacional (é sempre importante traçar a distinção entre a República Federativa do Brasil, sujeito de direito público internacional e a União, sujeito de direito público interno), assine um Tratado para que tal acordo passe a vincular o país. É preciso que o Congresso Nacional, exercendo claro

mecanismo controlador, manifeste sua vontade, para que, só então, o Presidente da República ratifique tal tratado em âmbito internacional. Assim se manifestou o STF sobre a matéria:

“O exame da vigente CF permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto.”⁹²

O outro dispositivo colacionado acima também é manifestação da separação de Poderes em sua vertente de “freios e contrapesos”, já que assegura ao Congresso Nacional o poder de autorizar ou não que o Presidente e o Vice-Presidente da República se afastem do território nacional por mais de 15 dias. Tal previsão, inclusive, é tida pelo STF como norma essencial à Federação, sendo, portanto, de reprodução obrigatória por parte dos Estados-Membros, que não podem prever que a autorização deva ocorrer para qualquer período de afastamento do País, incidindo na espécie o Princípio da Simetria. Vejamos decisão do STF a respeito do tema:

“E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – GOVERNADOR E VICE-GOVERNADOR DO ESTADO – AFASTAMENTO DO PAÍS “EM QUALQUER TEMPO” – NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO PRÉVIA DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA, SOB PENA DE PERDA DO CARGO – ALEGADA OFENSA AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E SUPOSTA TRANSGRESSÃO AO MODELO NORMATIVO ESTABELECIDO PELA VIGENTE CONSTITUIÇÃO (ART. 49, III, E ART. 83) – MEDIDA CAUTELAR ANTERIORMENTE DEFERIDA PELO PLENÁRIO DESTA SUPREMA CORTE – REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO TEMA – PRECEDENTES – AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. – A exigência de prévia autorização da Assembleia Legislativa para o Governador e o Vice-Governador do Estado ausentarem-se, em qualquer tempo,

92 . ADI 1.480 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 4-9-1997, P, DJ de 18-5-2001.

do território nacional mostra-se incompatível com os postulados da simetria e da separação de poderes, pois essa restrição – que não encontra correspondência nem parâmetro na Constituição Federal (art. 49, III, c/c o art. 83) – **revela-se inconciliável com a Lei Fundamental da República, que, por qualificar-se como fonte jurídica de emanção do poder constituinte decorrente, impõe ao Estado-membro, em caráter vinculante, em razão de sua índole hierárquico-normativa, o dever de estrita observância quanto às diretrizes e aos princípios nela proclamados e estabelecidos** (CF, art. 25, “caput”), sob pena de completa desvalia jurídica das disposições estaduais que conflitem com a supremacia de que se revestem as normas consubstanciadas na Carta Política. Precedentes.93

2.3 (Im)possibilidade de modificação de dispositivos que versem sobre a separação de poderes

Após termos analisado o que vêm a ser as cláusulas pétreas e como elas se relacionam com a mutabilidade ou não da Constituição Federal, bem como após tecermos análise com maior grau de detalhamento acerca de uma cláusula pétrea em espécie (separação de Poderes), cumpre determinar se a impossibilidade de uma Emenda Constitucional modificar a estrutura de separação de Poderes posta pelo constituinte originário é absoluta ou se comporta alguma flexibilização.

Neste sentido, a doutrina entende que não há uma impossibilidade absoluta de uma Emenda Constitucional alterar dispositivos que versem sobre a separação de Poderes, desde que mantido o núcleo essencial de tal limitação material ao poder de reforma constitucional. Corroborando tal entendimento, o STF já analisou modificações realizadas no texto constitucional por parte do poder reformador que, em tese, enfraqueciam prerrogativas de algum dos Poderes constituídos, e entendeu que não houve violação à cláusula pétrea da separação de Poderes, como se demonstrará a seguir.

Cite-se um exemplo dado pela Professora Ana Paula de Barcellos:

“A Emenda Constitucional nº 32/01 restringiu a competência do Chefe do Poder Executivo para editar medidas provisórias. Embora houvesse diversas vozes na doutrina que reputavam inconstitucional a sistemática das sucessivas e ilimitadas reedições, fato é que a praxe contava com a chancela do STF33 e, dessa forma, integrava na prática

93 ADI 5373, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 24/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-229 DIVULG 16-09-2020 PUBLIC 17-09-2020

o elenco de competências do Poder Executivo. É interessante observar que a atividade legislativa do Poder Executivo integra o rol de controles recíprocos. Nada obstante, a referida emenda restringiu essa competência, sem que se falasse em inconstitucionalidade por ruptura do modelo de separação de Poderes instituído pelo constituinte originário.”⁹⁴

Outro exemplo dado tanto pela doutrinadora acima citada como pelos grandes professores Luis Roberto Barroso (cujo livro colacionamos excerto abaixo) e Daniel Sarmento envolve a criação do CNJ. Vejamos:

“A questão, no entanto, já foi debatida em mais de uma ocasião, inclusive em ação direta movida contra a Reforma do Judiciário (EC n. 45/2004), na parte em que criou o Conselho Nacional de Justiça. A Corte entendeu inexistir violação ao princípio porque o CNJ integra a estrutura do Poder Judiciário e a presença, em sua composição, de um número minoritário de membros de fora do Judiciário – e não egressos diretamente da estrutura interna dos outros dois Poderes, ainda quando por eles indicados – não caracterizava ingerência de um Poder em outro.”⁹⁵

A doutrina⁹⁶ advoga, portanto, que o fato de a “separação de Poderes” ser cláusula pétrea não significa que qualquer dispositivo da CF/88 que estruture a relação entre os Poderes seja imutável, seja impassível de ser modificada. Ao revés, a eventual inconstitucionalidade da Emenda Constitucional (por violação à cláusula pétrea da separação de Poderes) somente ocorrerá caso o núcleo daquele preceito for afetado. Tal mácula à separação de Poderes pode ocorrer por meio de exacerbada concentração de Poderes em um dos Poderes ou por meio de esvaziamento de instâncias de controle recíproco de um Poder sobre o outro ou esvaziamento de suas competências típicas.

94 BARCELLOS, Ana Paula de Curso de direito constitucional / Ana Paula de Barcellos. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. P. 322

95 95 BARROSO, Luís Roberto ; Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo / Luís Roberto Barroso. – 9. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020., p. 183

96 96 BARROSO, Luís Roberto ; Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo / Luís Roberto Barroso. – 9. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020., p. 182

Valiosa a lição de Daniel Sarmento⁹⁷ e Cláudio Pereira de Souza Neto, para quem:

“Diante deste contexto, a cláusula pétrea da separação de poderes deve ser pensada sem fetichismos institucionais que inibam qualquer possibilidade de experimentalismo democrático na busca de arranjos estruturais mais adequados aos desafios do Estado contemporâneo. Tais arranjos não devem ser banidos apenas por não se espelharem em visão tradicional e ortodoxa da separação de poderes, desde que não importem em concentração excessiva de poderes nas mãos de qualquer órgão ou autoridade estatal, e se mostrem compatíveis com os valores referidos no parágrafo anterior.”

No entanto, tema bastante palpitante e que por vezes ganha força no debate público brasileiro diz respeito à mudança do sistema de governo brasileiro, saindo do Presidencialismo e passando para o Parlamentarismo ou Semi-Presidencialismo. Enquanto os dois primeiros sistemas já foram abordados em tópico anterior, o Semi-Presidencialismo é explicado por Márcio Nuno Rabat⁹⁸ da seguinte maneira:

A experiência política e institucional de alguns países foi sendo vista, com o tempo, como dificilmente integrável em qualquer dos dois desenhos de sistema de governo acima descritos, merecendo designação própria. Essa experiência discrepante se assemelha ao desenho parlamentarista fundamentalmente por distinguir chefe de governo (frequentemente chamado de primeiro-ministro) de chefe de Estado (frequentemente chamado de presidente da República) e por ser o governo (primeiro-ministro e seu gabinete) formado a partir da correlação de forças presente no parlamento e dependente de sustentação da maioria parlamentar para subsistir. No entanto, o presidente da República guarda legitimidade democrática própria, decorrente da eleição popular direta para exercício do cargo por período fixo, e exerce atribuições políticas mais amplas que o chefe de Estado em sistemas propriamente parlamentaristas. Os sistemas de governo com essas características têm sido designados de semipresidencialistas

⁹⁷ Souza Neto, Cláudio Pereira de Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho; Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento. – Belo Horizonte : Fórum, 2012.

-- 1. ed. -- Belo Horizonte : Fórum, 2012. P. 269

⁹⁸ RABAT, Márcio Nuno, LUGAR DO SEMIPRESIDENCIALISMO ENTRE OS SISTEMAS DE GOVERNO, disponível em : <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/40872> , acesso em 14 de agosto de 2022.

Em relação a tal mudança, não há ainda resposta concreta acerca de haver ou não afronta à Separação de Poderes. Se, por um lado haveria uma espécie de enfraquecimento do Poder Executivo, por outro é possível defender que a referida modificação não seria tendente a abolir a separação de Poderes, que continuaria a existir, apenas com contornos distintos. É um debate rico e sem resposta pré-definida, que, caso venha a ocorrer, atrairá a atenção de toda a população brasileira para o julgamento por parte do STF. No tocante a tal tema, Ana Paula de Barcellos⁹⁹ assim se manifesta:

Uma questão mais específica nesse debate envolve saber se emenda constitucional poderia alterar o sistema de governo para instituir um parlamentarismo, no lugar do atual sistema presidencialista. Além da previsão do art. 60, § 4º, III, são relevantes para examinar essa pergunta duas outras: a do art. 2º, que descreve os Poderes como *independentes*, já mencionada;³⁶ e a do art. 2º do ADCT, por força da qual a escolha do sistema de governo foi submetida a consulta popular após a promulgação da Constituição de 1988, que optou pela manutenção do presidencialismo.

Existem diferentes posições na matéria e a questão está posta para apreciação perante o STF por meio de um mandado de segurança, impetrado em 1997, por força do qual se pretendia impedir a tramitação de proposta de emenda constitucional que instituiria um parlamentarismo no País, sob o argumento de que a proposta violaria cláusula pétrea³⁶. Para alguns, o resultado do plebiscito teria complementado a opção do constituinte originário na matéria, que seria não apenas no sentido da adoção de uma separação de Poderes qualquer, mas do presidencialismo como o único modelo – ainda que admitindo variações internas – de separação de Poderes admitido no sistema brasileiro. Ou seja: apenas um novo poder constituinte originário poderia produzir essa alteração.

Outros sustentam, porém, que a alteração seria possível, já que a cláusula pétrea é a separação de poderes, e não o presidencialismo, e ela pode assumir outras formas; mas dependeria, em qualquer caso, de submissão e aprovação específicas da população em nova consulta popular, de modo a que se respeitasse a manifestação anterior. A premissa hermenêutica aqui, de certo modo, é a de que

⁹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de Curso de direito constitucional / Ana Paula de Barcellos. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. P. 323

não se deve interpretar de forma ampliativa as cláusulas pétreas, tendo em conta a restrição que elas impõem às maiorias de cada momento histórico.

3. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, percebe-se que a separação de Poderes tem importância tão grande para o funcionamento do Estado Democrático de Direito no Brasil que o constituinte originário resolveu alça-la à posição de cláusula pétrea. Ao longo do artigo foi citada a diferenciação existente entre a concepção de separação de Poderes enquanto divisão funcional das funções estatais e a concepção da separação de Poderes do ponto de vista do federalismo, com a separação de poder entre os entes federados, sendo a primeira das concepções a abordada neste estudo.

Ademais, também foi explicada a diferença entre a separação de Poderes em sua vertente de separação funcional de funções e em sua vertente de *"checks and balances"* ou *"freios e contrapesos"*, que garante um sistema de controle recíproco entre os três Poderes da República, evitando arbítrio por parte de um poder sobre o outro. Foram analisados dispositivos constitucionais que consagram uma e outra vertente da separação de Poderes.

Por fim, o estudo analisa a questão da viabilidade de serem alterados dispositivos constitucionais que versem sobre separação de Poderes, contanto que as Emendas que o façam não sejam tendentes a abolir o núcleo essencial da separação de Poderes, realizando, por exemplo, uma excessiva concentração de Poderes nas mãos de um dos Poderes constituídos, ou esvaziando a função de algum deles.

REFERÊNCIAS

STF, *DJU*, 12 maio 2000, MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de Curso de direito constitucional / Ana Paula de Barcellos. – Rio de Janeiro: Forense, 2018

RABAT, Márcio Nuno, LUGAR DO SEMIPRESIDENCIALISMO ENTRE OS SISTEMAS DE GOVERNO, disponível em : <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/40872> .

BARROSO, Luís Roberto ; Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo / Luís Roberto Barroso. – 9. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.,

Souza Neto, Cláudio Pereira de Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho; Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento. – Belo Horizonte : Fórum, 2012.-- 1. ed. -- Belo Horizonte : Fórum, 2012

COVID-19: PANDEMIA E SEUS REFLEXOS NOS CONTRATOS DE TRABALHO INTRODUZIDOS PELAS MEDIDAS PROVISÓRIAS Nº 927/2020 E 936/2020

MARIA CAROLINE DE SOUSA VANDERLEIZ:
Bacharelanda em Direito pela Universidade
Federal do Tocantins – UFT¹⁰⁰

ALESSANDRO DE PAULA CANELO¹⁰¹

(orientador)

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico se debruça ao estudo das Medidas Provisórias 927/2020 e 936/2020 como instrumentos utilizados pelo governo federal, no ápice da pandemia do COVID-19, para garantir emprego e renda, bem como manter os postos de trabalho. Ora o mundo se viu abalado pela acelerada propagação do novo corona vírus, causado pelo SARS-CoV-2, logo, em um curto intervalo de tempo se disseminou de maneira globalizada, obrigando os países a tomarem medidas de prevenção e meios de minimizar o contágio.

A Organização Mundial da Saúde – OMS declarou estado de pandemia em escala mundial e orientou como principal forma de prevenção o isolamento social. Dessa forma, por se tratar de um vírus influenza para o qual não tinha vacina ou medicação eficaz, não restava alternativa para conter a situação de calamidade senão seguir as orientações da OMS e das autoridades de saúde.

Assim, prefeitos e governadores editaram decretos locais que, determinavam o fechamento do comércio, não considerado essencial, para que diminuísse a circulação de pessoas de maneira eficaz, com o intuito de conter a disseminação da doença. Logo, o que setor mais afetado fora a economia, bem como, as empresas e, conseqüentemente, os postos de trabalho ameaçados.

Tem-se por objetivo geral analisar as MPs no que tange aos reflexos e interferências nas relações de trabalho bem como, verifica-las sob os aspectos de constitucionalidade e controle de convencionalidade. Os objetivos específicos são pautados em examinar a evolução histórica dos direitos trabalhistas, bem como a criação dos organismos internacional de proteção ao trabalhador e ponderar, minuciosamente, cada item previsto

100 Contato: carol.vanderleiz@gmail.com

101 Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins – UFT / ESMAT.

no texto das duas medidas provisórias e verificar a opinião doutrinária, a saber, as principais polêmicas em torno dos mesmos.

Nota-se, neste cenário, uma dicotomia de bens jurídicos a serem protegidos. De um lado, a saúde pública atrelada à vida e do outro, o giro econômico que é atrelado ao crescimento do país e a garantia de emprego e renda. Desse modo, as medidas tomadas se concentraram em garantir que o trabalho não fosse afetado de maneira a gerar o caos durante o período pandêmico que, por sua vez já é de calamidade pública.

No segundo capítulo será abordado o direito de sindicalização sob a ótica da Constituição Federal de 1988, da convenção nº 87 da OIT e as mudanças advindas com a lei nº 13.467/2017, a reforma trabalhista, no que tange ao princípio da unidade e da liberdade sindical.

Na vez seguinte, será exposto estudo metucioso sobre as regras determinantes constantes na MP 927/2020 e 936/2020, bem como a opinião doutrinária sobre os dispositivos. Por derradeiro, será verificado o controle de convencionalidade sobre as MPs no que diz respeito à proteção dos direitos trabalhistas que vigoram no ordenamento jurídico brasileiro, bem como o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do conteúdo das medidas provisórias e sua aplicabilidade com o fito de manutenção de emprego e renda no período de calamidade.

O método utilizado no presente ensaio foi a base doutrinária formada por professores, magistrados, advogados e bacharéis em direito, notoriamente gabaritados a comentar a aplicação do direito material frente à situação de calamidade, bem como o entendimento da jurisprudência do STF no que diz respeito à análise de constitucionalidade das medidas provisórias e o controle de convencionalidade.

2. NORMAS CONSTITUCIONAIS E A LIBERDADE SINDICAL COLETIVA.

2.1. Contexto Histórico

No final do século XVIII surgiu no Continente Europeu um movimento que acendeu grandes mudanças sociais e econômicas, isso ocorreu a partir da substituição do modo de produção manufatureiro e artesanal, para ceder lugar às grandes indústrias mecanizadas. Esse fenômeno diz respeito ao período da Revolução Industrial, iniciado na Inglaterra, estendendo-se logo em seguida para outros países orientais e ocidentais (FILHO, 2001).

As relações de trabalho e emprego se consolidaram com o advento da 1ª Revolução Industrial, período em que há uma enorme ascensão das indústrias após a invenção da

máquina a vapor, movimentando uma grande massa de pessoas que migravam da zona rural para os grandes centros urbanos em busca de novas oportunidades de trabalho.

Desse modo, há uma ruptura do trabalho manufaturado passando a ser substituído pelo industrial. Na visão de NAPOLEONI:

(...) a própria essência da tecnologia capitalista reside no fato de que é invertida a relação entre o trabalho e o instrumento; enquanto, inicialmente, o instrumento é precisamente instrumento em sentido próprio, agora é exatamente o contrário; é o trabalho que se torna instrumento e, portanto, o termo de mediação com o qual o sistema das máquinas – que agora não está mais na posição de instrumento – entra em contato com a coisa, com o objeto trabalhado, com o processo. (1981, p. 88)

Assim, foi um tempo bastante conturbado para o proletariado no que tange a proteção e garantias no ambiente de trabalho, o qual era considerado sub-humano, com jornadas que chegavam a 18 horas diárias. O trabalhador era visto como “objeto” que compunha o sistema industrial, apto a operar as máquinas e apenas isto.

O fenômeno da industrialização acarretou mudanças significativas nas relações sociais, principalmente, nas relações de trabalho. E conseqüentemente, a estrutura de trabalho existente até o momento não teve mais como prosperar no cotidiano dos grupos sociais da época.

Antes da revolução da indústria, o trabalho artesão predominava, ou seja, todo o trabalho era produzido manualmente e distribuído também dessa forma, sendo assim, o próprio artesão produzia e distribuía o produto ao consumidor. Com a Revolução Industrial, a figura do artesão perdeu espaço na sociedade, pois não dispunha de capacidade produtiva para competir com grandes produtores que predominavam na época.

Assim, os artesãos que tiveram seu espaço drasticamente reduzido no mercado de trabalho, representavam uma importante parcela da classe operária, compondo, elevada quantidade de mão de obra. Prejudicados pelo avanço da industrialização, esses artesãos passaram a ter as piores condições de vida possíveis, chegando a viver até em condições de miséria.

Um dos efeitos da industrialização foi a divisão da sociedade em duas classes: de um lado, os burgueses que eram detentores do capital, e do outro o proletariado, que vendia sua força de trabalho, o qual recebia baixos salários como pagamento.

Como consequência das dificuldades impostas pela industrialização, começaram a insurgir movimentos e formação de organizações sociais destinadas a reivindicar proteção nas relações laborais, como a definição da jornada de trabalho e a abolição da discriminação do trabalho feminino, desse modo, o povo clamava por proteção legislativa com o objetivo de romper e erradicar com as formas existentes nas relações de trabalho da época, a saber, eram precárias e desumanas, às quais se submetiam os trabalhadores.

Era bastante comum ocorrer acidentes de trabalho que invalidassem o operário, uma vez que as primeiras máquinas eram experimentais, logo o manuseio era arcaico e, conseqüentemente precário, ora não havia treinamento adequado para a segura operacionalização do equipamento.

A primeira legislação de cunho protecionista ao trabalhador foi proposta por Otto Von Bismarck na Alemanha em 1881, que previa proteção quanto aos acidentes de trabalho, pensões em caso de invalidez, até mesmo por velhice e, ainda previa a criação dos primeiros sindicatos.

Na vez seguinte, em 1917, a Constituição Mexicana se torna um exemplo de proteção às relações de trabalho, como por exemplo, a limitação da jornada de trabalho a 8 (oito) horas diárias, regulamentação do trabalho feminino e infantil, garantia ao direito de férias, entre outros. Mais tarde, outras Constituições também passaram a reconhecer tais direitos trabalhistas. (BAHIA, 2020)

Logo, era extremamente importante a existência de um organismo internacional com intuito de garantismo do bem estar dos trabalhadores. Para MAIOR:

No Tratado de Versalhes há um reconhecimento expresso de que o desprezo pelas condições de trabalho e de vida dos trabalhadores, advindas do modelo capitalista de produção, que se desenvolveu em nível mundial, foi uma das causas principais da deflagração. Prova contundente e insofismável disso são os termos do próprio Tratado e a preocupação expressa de encontrar uma solução para o problema a partir da criação de instituições voltadas à formulação de direitos aos trabalhadores. (2011, p. 251)

Nota-se que a Organização Internacional do Trabalho – OIT, teve sua criação no marco histórico pós 1ª Guerra Mundial, especificamente em 1919. Em sua gênese, fora concebida como um órgão independente da Sociedade das Nações, logo sua criação antecede a própria Organização das Nações Unidas, criada no mesmo contexto pós-guerra.

Sobre a criação e estrutura da OIT, comenta FÉLIX:

A Organização Internacional do Trabalho - OIT foi fundada em 1919 no Tratado de Versalhes e, incorporada à ONU em 1946, é a única das agências do Sistema das Nações Unidas com uma estrutura tripartite, composta de representantes de governos e de organizações de empregadores e de trabalhadores. É responsável pela formulação e aplicação das normas internacionais do trabalho (convenções e recomendações). O Brasil participou como membro fundador da OIT e participa da Conferência Internacional do Trabalho desde sua primeira reunião. Hoje a OIT conta com 185 países-membros. A OIT é composta de 03 órgãos: a Conferência Internacional do Trabalho; o Conselho de Administração e a Repartição Internacional. (2020, online)

Haja vista o projeto de um organismo internacional com intuito de proteger as relações de trabalho já era cogitada antes mesmo do fim da 1ª Guerra. Todavia, em 1946, a OIT torna-se um órgão especial dentro da estrutura da ONU, tendo como objetivo primordial a proteção das relações de emprego num âmbito internacional, promovendo assim, a igualdade entre o homem e a mulher, bem como a dignidade como eixo fundamental a reger a relação jurídica de trabalho.

2.2. Normas Constitucionais – Constituição Federal de 1988.

Antes de adentrar ao assunto proposto no presente trabalho acadêmico, é importante norteá-lo com embasamento constitucional, uma vez que a Constituição Federal de 1988, lei de maior hierarquia no ordenamento jurídico brasileiro, deve ser parâmetro para todas as leis e atos normativos infraconstitucionais. Logo os princípios constitucionais são normas que baseiam todos os ramos do Direito Brasileiro, pois devem obedecer ao regramento da nossa Carta Magna.

A existência de uma Constituição em um país é algo memorável, ora, mesmo que esta traga defeitos no bojo de seu texto, é melhor do que se não existisse. Assim, se evita o exercício do poder arbitrário que atenta contra as liberdades e os direitos fundamentais. Desse modo, ainda que esta Constituição não seja de veras adequada, mesmo assim é a gênese para a concepção de um Estado de Direito. (ATALBITA, 2001)

A Constituição Federal, em todos os seus princípios, garantias e direitos fundamentais se pauta a um propósito em especial, que é a garantia do Estado aos direitos de todos os brasileiros, haja vista que tem-se em um país democrático de direito, mas para que isso ocorra é necessário assegurar o respeito e moralidade a todos os brasileiros.

Segundo ARRUDA:

A Constituição não é apenas um limite negativo à atuação do Estado, mas um texto de encargos, o que obriga o Estado a dirigir suas atividades à prestação e empenho na satisfação das necessidades econômicas, culturais e sociais de seu povo, além de ser uma fonte de disciplina das relações entre seus cidadãos. (1999, p. 39)

Percebe-se que o Estado tem o dever de promover a satisfação das necessidades mínimas, com o intuito de garantia mínima existencial à qualidade de vida, bem como proteger e garantir direitos fundamentais. Assim, as relações de emprego devem ser protegidas, ora o direito ao trabalho é considerado direito fundamental expresso na CF/88 como direito social.

Desse modo, a tutela estatal existe para que todos tenham uma vida digna e respeitável pautada nos princípios básicos de dignidade humana. Embora seja um conceito de valor abstrato para concepção e definição, é considerada uma realidade existente na vida de todo ser humano, haja vista, quando há violação à dignidade, é possível visualizá-la notadamente. (SARLET, 2001)

Nesse sentido, se posiciona BAHIA:

As lições obtidas com a derrocada do fascismo motivaram inovações e releituras das normas constitucionais, inaugurando o direito constitucional contemporâneo. Diante do tratamento desumano vivenciado pelos regimes totalitários, o plano normativo consagrou a dignidade da pessoa humana como eixo central desta nova fase do Direito Constitucional. Essa construção teórica irradiou-se em outros grupos de direitos fundamentais, como os direitos à fraternidade, à democracia e à paz. (2020, p. 41)

Ainda pontua SARLET:

Quando se fala – no nosso sentir equivocadamente – em direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna. (2001, p. 71)

É o mínimo necessário de respeito e dignidade no qual o indivíduo deve ser tratado em todos os aspectos inerentes à sua vida, no que tange ao direito ao trabalho. A dignidade da pessoa humana é um princípio abrangente e deve ser observado e abraçado em toda a prestação estatal nos mais diferentes aspectos que são garantidos pela carta magna.

Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, afirma MORAES:

Concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Noção, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (2020, p. 52)

O art. 6º da Constituição expressa que direito ao trabalho como direitos sociais, assim, a proteção ao trabalho é dever do Estado, uma vez que é garantidor e promotor dos direitos fundamentais de todos os brasileiros e dos estrangeiros que aqui residam, para que tenham acesso ao mínimo de qualidade digna de vida. Já o art. 7º, I, nos traz o princípio da proteção das relações de trabalho contra despedida arbitrária:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

A Constituição cidadã consagra a proteção às minorias e aos menos favorecidos, como direito fundamental, assim destaca-se a dignidade humana e a isonomia, ora, deve haver o mínimo de bem estar e vida com qualidade, bem como a garantia de igualdade real. Cabe ressaltar que, o rol destinado aos direitos sociais do trabalhador, expresso entre os artigos 7º a 11 da CF, é exemplificativo e, são direcionados pelo princípio da igualdade entre os trabalhadores urbanos e rurais.

Nota-se que as normas de proteção ao trabalho já estão positivadas há um lastro temporal considerável, assim, o texto constitucional, especialmente o art. 7º, se preocupa com a melhoria das condições sociais do trabalho, bem como, proteger as relações de

emprego, minimizando, o possível, das situações impositivas e arbitrárias, ora, o trabalhador é considerado vulnerável.

2.3 A liberdade sindical e a Reforma Trabalhista

O princípio da unidade sindical, consagrado pela CF/88, traz em sua acepção uma série de discussões, uma vez que a doutrina majoritária entende que tal imposição é contrária ao Estado Democrático de Direito.

Os direitos sociais foram projetados em âmbito internacional, com a criação da OIT, que enaltece a liberdade de sindicalização e, realiza um trabalho de promoção de justiça social, ascensão de direitos trabalhistas e ampliação do tratamento mais humano no que tange às relações de trabalho. Ora tais ações são promovidas por meio de projetos, a nível internacional, bem como incentivo aos países membros para que legislem a esse respeito. (FELIX, 2020)

A Organização Internacional do Trabalho – OIT defende o princípio da liberdade sindical, contudo a CF, em seu artigo 8º, II, se contrapõe a tal princípio restringindo o espaço geográfico para criação de sindicatos que defendem a mesma categoria:

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município; (BRASIL, 1988).

Tal dispositivo consagra o princípio unidade sindical, ou seja, o trabalhador não pode escolher livremente a qual sindicato se filiar, pois é vedada a criação de mais de um sindicato que represente o mesmo grupo de trabalhadores em um mesmo lugar. No entanto a CF também afirma que nenhum obreiro é obrigado a associar-se ou permanecer associado a nenhum sindicato, assim temos a liberdade sindical.

Logo, a lei nº 13.467/2017, conhecida como reforma trabalhista, se mostrou contrária à unidade sindical, adotada pela CF/88, trazendo liberdade de sindicalização e o fim da contribuição sindical anual compulsória. Assim prevê o art. 579 da CLT:

O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do

sindicato representativo da mesma categoria ou profissão, ou inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação. (BRASIL, 2017)

Como se nota, o Brasil é signatário do Pacto de San José da Costa Rica, o qual adota o princípio da norma mais benéfica em detrimento da maléfica, assim, no entendimento de PIOVESAN tal princípio de conceitua como:

Intepretação e aplicação da normatividade de direitos humanos, ficando afastados os princípios interpretativos tradicionais, como o princípio da norma posterior que revoga a anterior com ela incompatível, ou o princípio da norma especial que revoga a geral no que apresenta de especial. (2000, p. 26)

Trata-se da possibilidade da lei retroagir ou ultra-agir para aplicação daquela que for considerada mais benéfica ao caso concreto. Todavia percebemos que o princípio da unidade sindical contraria o disposto na Convenção nº 87 da OIT, que por sua vez defende a plena liberdade sindical, contudo cabe ressaltar que tal norma internacional não fora ratificada pelo Brasil, logo não passou pelo crivo constitucional para alcançar o status de emenda constitucional.

A concepção de liberdade sindical fora abordada, pela primeira vez, pela Convenção nº 87 da OIT. Dando aos trabalhadores e empregadores a flexibilização e julgamento de conveniência, ao decidirem as instituições representativas de cada classe trabalhista, bem como federações e confederações, bem como a liberdade de associarem-se a tais instituições, eleição de seus representantes e elaboração de documentos, os regimentos internos. (FELIX, 2020)

Nesse sentido, ensina VALTICOS:

O primeiro aspecto destes princípios é o da liberdade individual, ou seja, do direito dos indivíduos – trabalhadores e empregadores, sem nenhuma classe de distinção – de constituir organizações de sua escolha e de filiar-se, com a única condição de ser conforme ao estatuto destas organizações. As únicas exceções autorizadas referem-se aos membros das forças armadas e da polícia. A consequência principal desta regra é que o Estado não possa impor a existência de uma única organização sindical. Cabe aos próprios trabalhadores escolher se, de fato, eles preferem a unidade ou o pluralismo sindical. O segundo aspecto da liberdade sindical é o da liberdade coletiva, ou seja, da autonomia interna, assim como externa, dos sindicatos, particularmente com relação ao Estado. Os

sindicatos devem deste modo ter o direito de elaborar seus estatutos e regulamentos, de escolher seus representantes e de organizar suas gestões e suas atividades; as autoridades devem abster-se de intervir. (1989, p. 64).

A reforma trabalhista por sua vez, advinda com a Lei 13.467/17, trouxe maior ênfase aos acordos individuais e coletivos colocando-os em posição de supremacia, contudo traz pontos em comum com as normas da OIT no que tange à liberdade sindical, todavia, a ratificação de tais normas e sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro traria confronto ao princípio da unidade sindical que ora é defendido pela Constituição.

Nota-se que fora mais abrangente e profunda do que seu projeto, ora trouxe modificações na CLT acrescentando artigos e modificando redações. Contudo, pelas alterações trazidas em seu texto, alguns doutrinadores afirmam que a reforma não tem, em se bojo, princípios norteadores do direito do trabalho, em especial o princípio da proteção ao trabalhador, como parte hipossuficiente. Sobre este aspecto, pontuam DELGADO; NEVES DELGADO:

[...] também se apresenta como um processo de desarticulação do conjunto normativo de proteção aos direitos trabalhistas firmados na perspectiva do Sistema Internacional de Direitos Humanos, circunstância que possibilita a submissão da referida lei eventual juízo de constitucionalidade e também ao eventual juízo de convencionalidade – igualmente denominado de controle de convencionalidade. (2018, p. 72)

Para os autores, a reforma traz uma ideologia contrária à regulamentação trabalhista vigente no país, bem como é a concretização de projetos anteriores que tinham tal objetivo, ou seja, flexibilizar direitos por meio de negociações coletivas, logo é retrocesso.

Para a professora e juíza NAHAS:

Acho que a reforma trabalhista é necessária. Temos que parar de entender o direito do trabalho como o direito aplicável unicamente ao operário, às horas extras e às anotações em CTPS. O direito do trabalho está além disso. Não há Estado sem a regulamentação adequada do direito do trabalho, pois é a veia que pulsa a economia. Deveria ter uma abrangência muito maior, com a inclusão de várias relações jurídicas ainda não regulamentadas de forma adequada. Precisamos de uma reforma mais profunda e estrutural, não só do direito individual do trabalho, mas também do direito coletivo,

sindical e processual. Todavia, não é a reforma do direito do trabalho que trará a solução para a crise econômica, mas sim uma reforma política, cultural, educativa e tributária no País. (2018, online)

Várias ações que objetivam a inconstitucionalidade das normas trazidas pela lei nº 13.467/2017 são objeto de apreciação no Supremo Tribunal Federal, bem como reclamações encaminhadas à OIT, sob o pretexto de transgressão às normas e convenções internacionais de proteção ao trabalhador.

Por derradeiro, o direito de sindicalização também foi acrescido na reforma trabalhista, em seus artigos 611-A e 611-B, os quais permitem as negociações coletivas se sobrepondo à legislação. Sobre tal aspecto afirma o Min. Augusto César Leite de Carvalho:

[...] as novidades trazidas com a Lei n. 13.467/2017, intitulada reforma trabalhista, desafiam a progressividade das normas regentes do Direito do Trabalho – consagrada no direito das gentes e no art. 7º, caput, da Constituição – quando invertem o sinal da negociação coletiva para incentivá-la como meio de retroceder na escala de proteção aos direitos sociais (a outro propósito não serve o novo art. 611-A da CLT (2018, p.30)

Os limites sobre as negociações coletivas no que tange à sobreposição ao legislado, assim dispostas nos artigos 611-A e 611-B da CLT, serão abordados adiante, em capítulo específico, sob os aspectos do controle de convencionalidade.

3. REGRAS ESPECIAIS DETERMINANTES E ANÁLISE DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS 927/2020 E 936/2020.

O mundo, no final do ano de 2019, se viu ameaçado pelo surgimento do novo coronavírus, cientificamente denominado Sars-Cov-2, causador da doença Covid-19, a qual, rapidamente se espalhou pelo globo terrestre, chegando ao Brasil em meados de março de 2020.

Desse modo, as autoridades de saúde, em específico a Organização Mundial da Saúde – OMS vem alertando a população sobre as principais formas de prevenção e meios para evitar a disseminação do vírus, uma delas é o isolamento social. Tal meio de prevenção consiste em manter distância de pelo menos 1 (um) metro de distância entre as pessoas, pois assim se evita o contágio do vírus. No início do surto, governadores e prefeitos, por meio de decretos, determinaram regras para frear a circulação de pessoas, o lockdown tem por objetivo impedir o trânsito desnecessário de pessoa e, além disso, interromper completamente, por um curto período de tempo, qualquer atividade considerada não essencial e, assim, diminuir a possibilidade de propagação da doença.

Apesar do alto custo econômico, a medida é considerada eficaz, pois auxilia na redução da curva de crescimento de novos casos e aumenta o tempo de reorganização do sistema de saúde local, uma vez que evita a aceleração descontrolada de infecções e óbitos.

A partir daí instaurou-se verdadeira situação de calamidade pública, não apenas com a preocupação quanto à saúde e o possível colapso do Sistema Único de Saúde - SUS, mas também com as dificuldades que esta pandemia poderia e ainda pode significar para o mundo do trabalho, razão pela qual se fez necessário, em caráter de urgência, a revisão das regras trabalhistas tão recentemente modificadas. Sob este enfoque, MARTINEZ; POSSÍDIO assinalam que:

as regras celetistas serão insuficientes para resolver os dilemas que surgirão em razão da nova ordem instalada. O contexto é diferente de tudo o que se concebeu para a edição daquelas regras. O momento atual assemelha-se a um dos filmes de ficção científica norte-americanos, aos quais se assiste com incredulidade e até certa admiração com a capacidade inventiva de seus criadores. Os dispositivos celetistas servirão, por óbvio, para esse primeiro momento de caos e mesmo assim, com suas regras afrouxadas, capazes, dessa forma, de serem lançadas sobre os fatos sociais com adequação e razoabilidade, como compete aos operadores do direito fazer, como intérpretes das normas que são, somente a partir do que se terá a efetiva subsunção do fato à regra. (2020, p. 25)

Com isso, fez-se imprescindível a criação de diferentes medidas de urgência para enfrentamento do problema e para adequação à nova rotina de isolamento e quarentena recomendada pela OMS, dentre as quais se destacaram a Medida Provisória nº 927/2020, publicada em 22/03/2020 e a Medida Provisória nº 936/2020, publicada em 01/04/2020 que estabeleceram medidas trabalhistas que poderiam ser adotadas pelos empregadores para preservação do emprego e da renda.

Assim pontuam FILHO; FERNANDES:

Ao longo do período de desenvolvimento de estratégias de enfrentamento da emergência de saúde pública, o Direito do Trabalho tem sido, sem dúvidas, uma das áreas mais dramaticamente afetadas em dezenas de países. Diante da profusão legislativa observada entre os meses de março e abril de 2020, este trabalho destina-se a apresentar ao público um panorama geral das alterações concernentes à seara juslaboralista no Brasil. (2020, online)

Ante a situação de pandemia e crise na saúde pública que o mundo vem enfrentando, o governo brasileiro se posicionou ao seu enfrentamento, todavia com ênfase e preocupação quanto ao setor da economia, ora houve medidas de isolamento social, assim, tal setor seria afetado diretamente.

Os olhares se voltavam para a questão da saúde pública, todavia, quando o Brasil, como os demais países do mundo, se viu completamente despreparado para uma situação catastrófica como esta, era necessária uma análise minuciosa do cenário nacional. Ora, por um lado a pandemia, mas por outro, a garantia dos postos de trabalho e, o giro econômico comprometido.

Acerca da crise, pontuam MARTINEZ; POSSÍDIO:

Os cidadãos começam a sentir os efeitos deletérios do Coronavírus na economia e no mercado de trabalho. O isolamento social, como medida necessária à contenção desse contagioso vírus, apesar de imperioso, produz consequências danosas e de grandes proporções, já sendo possível identificar no Brasil as primeiras manifestações dessa desordem social. Estabelecimentos comerciais começam a fechar suas portas por determinação de autoridades públicas e, com isso, têm o seu faturamento diretamente atingido (2020: pág. 12).

Nota-se que a preocupação para com a manutenção das relações de emprego e dos postos de trabalho é válida. Uma vez que, se os esforços se concentrassem integralmente no combate ao vírus e os outros problemas fossem negligenciados, haveria um efeito negativo e devastador no futuro.

Dessa forma, as primeiras medidas adotadas pelo governo federal foram sim, voltadas ao combate e enfrentamento para minimizar a propagação do vírus. Todavia, após os decretos de isolamento social, fechamento dos serviços não essenciais, entre outros, sobreveio a edição das medidas provisórias nº 927/2020 e 936/2020, destinadas à flexibilização das leis trabalhistas, todavia com o objetivo veemente de garantir os postos de emprego e, também trazer meios necessários à sobrevivência das empresas ante a situação de crise generalizada. (BARROS; BRANDÃO, 2020)

3.1. MP 927/2020

Tal ato do Poder Executivo Federal foi editado no dia 22 de março de 2020 e, teve validade de 120 dias para apreciação do Congresso. Todavia, após o decurso desse prazo todas as disposições nela contidas perderam eficácia, pois não fora convertida em lei.

A MP 927/2020 autorizou os empregadores a adotar medidas para amenizar os efeitos negativos advindos do estado de calamidade pública nos postos de trabalho. Em

outras palavras, foi editada para garantir emprego e a renda e para que as empresas pudessem lidar com o período de crise sem demitir o quadro de funcionários se utilizando de alternativas à legislação trabalhista.

A presente MP previa a migração para o trabalho a distância, antecipação de férias individuais, concessão de férias coletivas, suspensão de férias de profissionais da saúde e serviços essenciais, aproveitamento e antecipação de feriados, adiamento do recolhimento de FGTS, suspensão de exigências em segurança e saúde no trabalho e regime especial de compensação de horas.

Nesse sentido, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA e da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho – ANPT, pontuaram que:

Na hipótese sob exame, o afastamento dos sindicatos de negociações, entre empregadores e empregados, com o potencial de causar sensíveis prejuízos a estes últimos, contraria a própria lógica subjacente ao Direito do Trabalho, que parte da premissa da desigualdade estrutural entre os dois polos da relação laboral. (STF, 2020)

Cabe observar que a doutrina acerca desse entendimento, além do parecer da Organização Internacional do Trabalho em relação à violação de suas Convenções nº 98 e nº 154, a qual segue exposto:

Convenção nº 98 versa sobre o direito à sindicalização e de negociação coletiva e foi ratificada pelo governo brasileiro em 1952, sendo promulgada e passando a ter validade em 1953; Convenção nº 154 a expressão “negociação coletiva” compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com o fim de alcançar um ou todos os seguintes objetivos: fixar as condições de trabalho e emprego; regular as relações entre empregadores e trabalhadores; regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores. (BRASIL, 1953)

Todavia, os dispositivos da MP nº 927/2020 não estavam em conformidade com a Constituição, em seus artigos 7º, caput, incisos VI e XXVI e art. 8, VI, uma vez que o art. 2º da referida Medida Provisória, promove a inversão das fontes normativas do Direito do

Trabalho, com a supremacia do acordo individual de trabalho entre empregado e empregador sobre a negociação coletiva, prejudicando não apenas os seus preceitos fundamentais de cunho eminentemente social, mas também instrumentos normativos internacionais que o Brasil é signatário, tendo tais normas também status constitucional, sendo as Convenções Internacionais nº 98, 151 e 154, da OIT, ratificadas pelo Brasil, em exame de convencionalidade.

3.1.1. Teletrabalho

A OIT traz um conceito simplificado de teletrabalho:

forma de trabalho efetuada em lugar distante do escritório central e/ou do centro de produção, que permita a separação física e que implique o uso de uma nova tecnologia facilitadora da comunicação. (OIT, 2012)¹⁰²

Então, é um método que permite com que a produção seja eficaz e, ainda diminui a disseminação da Covid 19, uma vez que traz flexibilidade na prestação do trabalho, podendo ser realizado de maneira remota e, evitando a aglomeração que por sua vez é o principal fator que contribui para a transmissão viral.

Segundo (PINEL, 1998) o instituto do teletrabalho é diferente do home Office, embora sejam semelhantes no contexto, o home Office é o trabalho remoto de forma predominante e não esporádica. Logo o teletrabalho, durante a pandemia poderia ocorrer em alguns dias da semana, em forma de rodízio para reduzir o número de funcionários no prédio da empresa.

Com o advento da reforma trabalhista, a CLT, ocorrida em 2017, agora disciplina o teletrabalho em um capítulo inteiro, compreendido entre os artigos 75- A a 75-E, e assim conceitua o instituto:

Art. 75-A. A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo. Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo. Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do

102 Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <<http://www.teletrabalhador.com/conceituacao.html>> Acesso em 30.03.2021.

empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho. (BRASIL, 2017).

É importante ressaltar que a MP 927/2020 dispunha em seu artigo 4º, caput:

Art. 4º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregador poderá, a seu critério, alterar o regime de trabalho presencial para o teletrabalho, o trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância e determinar o retorno ao regime de trabalho presencial, independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos, dispensado o registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho. (BRASIL, 2020)

Assim, não seria necessária a anuência do trabalhador nem tampouco acordo individual ou coletivo, logo se o empregador assim o quiser, será adotada esta modalidade para desenvolvimento das atividades laborais. Seria exigida apenas a comunicação ao trabalhador, por escrito, no prazo mínimo de antecedência de 48 horas.

Sobre a aquisição dos equipamentos para o desempenho das atividades, assim dispõe o artigo 4º, §3º e §4º da MP 927/20:

§ 3º As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, pela manutenção ou pelo fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância e ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado serão previstas em contrato escrito, firmado previamente ou no prazo de trinta dias, contado da data da mudança do regime de trabalho. § 4º Na hipótese de o empregado não possuir os equipamentos tecnológicos e a infraestrutura necessária e adequada à prestação do teletrabalho, do trabalho remoto ou do trabalho a distância: I - o empregador poderá fornecer os equipamentos em regime de comodato e pagar por serviços de infraestrutura, que não caracterizarão verba de natureza salarial; ou II - na impossibilidade do oferecimento do regime de comodato de que trata o inciso I, o período da jornada normal de trabalho será computado como tempo de trabalho à disposição do empregador. (BRASIL, 2020)

Para a aquisição da infraestrutura, dos equipamentos de trabalho, ou até mesmo sua manutenção, considerada necessária ao teletrabalho, deveria constar na alteração contratual no prazo de até 30 dias posteriores à alteração da nova modalidade e, caso

houvesse pagamento de algum equipamento ou estrutura por parte do trabalhador, o valor deveria ser reembolsado pelo empregador.

Caso o empregado não possuísse os equipamentos necessários, na forma do §4º, o empregador poderia fornecê-los em comodato para que este desempenhasse suas atividades e, tal fornecimento não seria considerado como quaisquer verbas para fins ou natureza salarial. Caso não fosse possível o comodato dos equipamentos ou da estrutura de trabalho, o período acertado contratualmente para a jornada seria computado como sendo tempo à disposição do empregador.

Outra inovação foi a autorização de trabalho à distância para estagiários e aprendizes, vedado pela Lei 11.788/08, já que necessária a supervisão, houve a flexibilização para permitir que também os estagiários e aprendizes pudessem trabalhar à distância, devendo ser supervisionados também à distância. (MARTINEZ; POSSÍDIO, 2020)

Há ressalva expressa na MP 927/2020 para que não se apliquem as regulamentações sobre teleatendimento e telemarketing ao teletrabalho, em razão das particularidades em relação àqueles, sobretudo jornada de trabalho diferenciada. (GANASSOLI, 2021)

3.1.2. Adiantamento de Férias Individuais

No que tange à concessão das férias individuais o empregador deveria informar ao empregado sobre a antecipação de suas férias com antecedência de, no mínimo, quarenta e oito horas, por escrito ou por meio eletrônico, com a indicação do período a ser gozado pelo empregado, flexibilizando os requisitos do artigo 135 da CLT. As férias, no entanto, não poderiam ser concedidas em períodos inferiores a cinco dias corridos e poderiam ser concedidas pelo empregador ainda que o período aquisitivo não tenha transcorrido completamente. (DINIZ, 2020)

Conforme previa o art. 6º da MP:

Art. 6º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregador informará ao empregado sobre a antecipação de suas férias com antecedência de, no mínimo, quarenta e oito horas, por escrito ou por meio eletrônico, com a indicação do período a ser gozado pelo empregado.

§ 1º As férias - não poderão ser gozadas em períodos inferiores a cinco dias corridos; e II - poderão ser concedidas por ato do empregador, ainda que o período aquisitivo a elas relativo não tenha transcorrido.

§ 2º Adicionalmente, empregado e empregador poderão negociar a antecipação de períodos futuros de férias, mediante acordo individual escrito.

O §3º do artigo 6º determina que o empregador dê prioridade de férias aos trabalhadores que estão no grupo de risco do corona vírus (idosos e pessoas com doenças crônicas, pessoais com imunidade baixa).

Estabelece o §4º do mesmo artigo que durante o estado de calamidade pública o empregador poderá suspender as férias ou licenças não remuneradas dos profissionais da área da saúde ou aqueles que desempenham funções essenciais, mediante comunicado formal a ser entregue ao trabalhador com antecedência de 48 horas, por escrito ou por meio eletrônico.

Acerca do pagamento das férias pode ser feito a critério do empregador até o 5º dia útil do mês subsequente ao início do gozo das férias, ou seja, data já legalmente estabelecida para recebimento do salário, não havendo qualquer ônus antecipado à empresa que conceder férias individuais. (LOURENCINI, 2020)

Além disso, o terço constitucional de férias pode ser pago pelo empregador, a seu critério, no momento do pagamento da remuneração relativa às férias ou até a data que é devida a gratificação natalina (art. 1º da Lei nº 4.749/65), ou seja, até 20 de dezembro.

É importante frisar que cabe ao empregador decidir se antecipa ou não férias do empregado, portanto, se assim decidir o empregador, resta ao empregado acatar a decisão. (DINIZ, 2020)

3.1.3. Concessão de Férias Coletivas

Em relação às férias coletivas a MP 927/2020 flexibilizou o prazo de comunicação, para 48 horas de antecedência que antes era de 15 dias, o limite de períodos anuais e a duração mínima desses períodos, que na CLT (art. 139) são apenas 2 períodos anuais de no mínimo 10 dias. A MP dispensou também a comunicação prévia ao órgão do Ministério da Economia e aos sindicatos. (LOURENCINI, 2020)

Não há, portanto, alteração em relação ao pagamento do terço constitucional e da respectiva remuneração de férias, mantendo-se os demais termos conforme artigo 135 da CLT.

Conceder férias coletivas ou individuais, a depender do tamanho da empresa, nesse período de crise, no qual os governos estaduais e municipais, por meio de decretos,

determinam o fechamento do comércio não essencial, vem a ser uma válvula de escape para que as empresas cumpram os decretos e, ao mesmo tempo evitem demissões em massa. Tal medida beneficia também os serviços que permanecem em funcionamento, pois os decretos determinam a redução ou rodízio do número de funcionários para que possa haver o distanciamento social, logo, a concessão de férias traz esta possibilidade. (GANASSOLI, 2021).

Tal medida, fora motivo de debate, uma vez que as férias são concedidas ao trabalhador para que este possa, nelas, descansar e gozá-las como bem entender. Haja vista a intenção da CLT, para que este seja avisado sobre a concessão, com antecedência é, justamente para que possa programá-las, bem como lhe é assegurado o pagamento acrescido a um terço. (SARAIVA; TONASSI; LINHARES, 2020)

Contudo, verifica-se excepcionalidade no que tange à concessão das férias no período da pandemia, em relação ao disposto na CLT. Podendo assim, concedê-las aos trabalhadores que já tinham o período aquisitivo tanto quanto aos que ainda não faziam jus. Logo, o período das férias, embora já programadas, deixa o trabalhador confinado em isolamento social, não podendo delas desfrutar conforme seu objetivo, ou até mesmo, em virtude da situação de crise, adiá-las. (FILHO; FERNANDES, 2020)

3.1.4. Antecipação dos feriados

A antecipação dos feriados não religiosos tanto federais, estaduais, municipais e distritais, se tornou uma alternativa para manutenção dos empregos e empresas nesse período de calamidade devendo o empregador notificar por escrito ou por meio eletrônico os empregados, com quarenta e oito horas de antecedência, indicando os feriados que estão sendo antecipados. (LOURENCINI, 2020)

Tal medida tem que ser autorizada pelo empregado por meio de acordo individual escrito com o empregador, caso concorde com a antecipação. Há também autorização do artigo 13, §1º da MP nº 927/2020 para que os feriados não religiosos possam ser utilizados para compensação de saldo em banco de horas.

Todavia, antecipar o feriado religioso, traz limitação ao trabalhador no que tange ao exercício de prática religiosa aos seus adeptos. Ora, em respeito ao direito fundamental que assegura a liberdade religiosa, a antecipação somente pode ocorrer com a anuência escrita do trabalhador. (FILHO; FERNANDES, 2020)

Por outro lado, antecipar feriados se torna uma medida deveras eficaz no que tange o combate à disseminação do vírus, permitindo aos trabalhadores que fiquem em

casa e flexibilizando às empresas a rotatividade dos funcionários mantendo assim a obediência aos decretos dos entes federativos. (FLÁVIO; CALCINE, 2020)

3.1.5. Banco de Horas

A MP 927/2020 determinou a criação de banco de horas exclusivo para o período de calamidade onde o prazo para compensação das horas constantes de banco de horas será de até 18 meses, contados do encerramento do estado de calamidade pública (31/12/2020), prazo este que antes era de até 6 meses para acordos individuais e até 1 ano se fosse por força de acordo ou convenção coletiva (art. 59, §2º e §5º da CLT). (LOURENCINI, 2020).

Sobre o assunto FILHO; FERNANDES explanam:

Outra providência passível de adoção é o recurso a uma modalidade especial de banco de horas. Este peculiar regime admite a compensação de horas de trabalho no prazo de até dezoito meses, contados da data de encerramento do estado de calamidade pública (cuja duração foi estabelecida até 31/12/2020 pelo Decreto Legislativo n.º 06/20) (2020, online)

A compensação das horas deve ser feita por prorrogação de até 2 horas na jornada, não podendo a jornada exceder dez horas diárias. A compensação pode ser determinada pelo empregador independente de autorização em convenção coletiva ou acordo individual ou coletivo de trabalho.

3.1.6. Suspensão das exigências administrativas em segurança e saúde do trabalho

No referido ponto houve flexibilização da realização de exames médicos ocupacionais, clínicos e exames complementares, com exceção do exame demissional, que devem ser realizados em até 60 dias após o fim da calamidade. Foram flexibilizados ainda, os treinamentos periódicos dos empregados, por ocasião das normas regulamentadoras, que podem ser realizados em até 90 dias do encerramento do estado de calamidade, podendo ainda ser feitos por ensino à distância. (LOURENCINI, 2020).

Nesse sentido:

Ademais, fica suspensa as exigências em segurança como treinamentos periódicos e eventuais dos atuais empregados, que serão realizados no prazo de 90 dias do encerramento da calamidade pública, ou então podem ser feitos na forma de ensino a distância,

por supervisão do empregador para garantir que tais atividades sejam executas de forma segura.

Além do mais, as comissões internas de prevenção de infortúnios poderão ser mantidas até o fim da calamidade e os processos eleitorais em curso poderão ser suspensos. (GANASSOLI, 2020, online)

Tal flexibilização trazida pela medida provisória se direciona às exigências de segurança que são consideradas de rotina e, que não colocariam em risco a saúde e segurança do trabalhador, pois a preocupação com o bem estar e saúde são indispensáveis, principalmente em um momento de crise na saúde pública. (CANDIDO, 2020).

Além do que, alguns treinamentos, por sua natureza, poderão ocorrer de forma remota, sendo supervisionados pelo empregador, logo o objetivo é que se resguarde a segurança do trabalhador, todavia com o intento de evitar a aglomeração e contágio.

3.1.7. Suspensão do contrato de trabalho e salário do empregado.

O ponto mais polêmico da MP 927/2020 residiu em seu artigo 18, onde previa a possibilidade de suspensão do contrato de trabalho, por meio de acordo individual pelo prazo de até 120 (cento e vinte) dias, para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional não presencial oferecido pelo empregador, sendo facultativa a concessão ao trabalhador, pelo empregador, de ajuda compensatória mensal, sem natureza salarial. (LOURENCINI, 2020)

O art. 18 da MP 927/2020 trouxe tamanha afronta aos direitos trabalhistas que fora revogado no dia seguinte a sua publicação, pela MP 928/2020. Ora permitia que o trabalhador fosse aproveitado em qualificação profissional sem percepção de salário por um período de até 4 (quatro) meses. Isso faria com que o mesmo fosse exposto a uma terrível miserabilidade. (FILHO; FERNANDES, 2020)

Acerca do referido dispositivo pontua GANASSOLI:

[...] a MP 927/2020 em seu art. 18, prevê a suspensão do contrato de trabalho por até 4 meses, mediante negociação individual, deixando muitos trabalhadores preocupados em relação ao seu salário.

A proposta seria conceder um curso de qualificação que diante do cenário atual, podem não ser prestados e apenas dar a possibilidade de uma ajuda de custo, a qual não está vinculada com o salário

mínimo. Acerca disso, a MP 928/2020 revogou o art. 18 da MP 927/2020. (2020, online)

Dessa forma, o empregado poderia permanecer por até quatro meses sem o recebimento de salário, o que, por evidente, gerou uma enorme repercussão social e levou à revogação desse dispositivo por nova Medida Provisória de n. 928, de 23 de março de 2020 (artigo 2º). Já que o salário está nitidamente atrelado à ideia de alimentos e subsistência, ou seja, o labor sem a contraprestação salarial gera a escravidão violando os mais basilares direitos humanos.

3.1.8. Acidente de trabalho

O artigo 29 da MP 927/2020 traz que os casos de contaminação pelo corona vírus não serão considerados ocupacionais, exceto se comprovado onexo causal. Ao assim proceder, não há presunção de que a contaminação é equiparada a acidente de trabalho, pelo fato de que o vírus se dissemina exponencialmente e o risco de contágio é potencialmente alto. (LOURENCINI, 2020)

Assim, dispunha o art. 29:

Art. 29. Os casos de contaminação pelo coronavírus (**COVID-19**) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexocausal. (BRASIL, 2020).

É deveras um ponto positivo destacado na medida provisória, uma vez que o intuito é a proteção ao trabalhador. Ora, caso seja confirmado que contraiu o vírus enquanto laborava, a doença será considerada como acidente de trabalho. Logo, temos esse caráter protetivo explícito na referida medida provisória. (FILHO; FERNANDES, 2020)

Assim sendo, se comprovado o nexo entre a doença e o trabalho, é possível a caracterização como acidente de trabalho e todos seus efeitos (percebimento de benefício acidentário, estabilidade de emprego, recolhimento do FGTS do período de afastamento e dano moral e material, se for o caso).

Logo, caso verificado que o trabalhador adquiriu a doença em decorrência e, em estrita motivação pela sua atividade laborativa, fará jus aos benefícios assegurados ao empregado vítima de acidente de trabalho, sendo assim, caso afastado por tempo superior a 15 dias, receberá do INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, benefício de auxílio doença por acidente de trabalho, que por sua vez isenta o empregado da carência de 12 contribuições, como é o caso de um auxílio doença comum. (LOURENCINI, 2020).

Todavia, não é regra que o contágio por COVID 19 é considerado como acidente de trabalho. Nesse sentido:

Importa salientar que a COVID -19, infecção viral ocasionada através de contágio do corona vírus, não é considerado como doença/acidente do trabalho. Existem exceções, em casos comprovados diante de má conduta por parte da organização empresarial, as quais colaboraram de fato com o contágio, há necessidade de nexos de causa (que é muito difícil). (CANDIDO, 2020, online)

Percebe-se que, o trabalhador, como parte hipossuficiente na relação de trabalho, fica adstrito a um ônus probante abstruso, para que possa-se configurar o contágio como acidente ocupacional. Conforme a autora é bastante difícil provar o nexo causal entre a contaminação e o ambiente de trabalho. Logo, divergindo de outros posicionamentos doutrinários, não é um ponto que protege o trabalhador.

Comprovar nexo de causalidade entre a contaminação pelo corona vírus e o ambiente em que se exerce a atividade para que se tenha direito ao auxílio doença por acidente de trabalho é, deveras uma missão extremamente difícil ao trabalhador. Pois este terá que arguir e juntar provas da má organização da empresa, desleixo e descaso na condução de sua atividade durante a pandemia, e, ainda convencer de que tal omissão é motivo do contágio. Logo, quase impossível. (CANDIDO, 2020)

Vale ressaltar que a MP nº 927/2020 perdeu sua eficácia, por não ter sido convertida em lei. Logo, suas regras tiveram validade jurídica entre 22/03/2020 a 19/07/2020. Respeitando ainda, o prazo estipulado na própria MP para a calamidade pública, até 31/12/2020.

3.1.9 MP 936/2020

Medida Provisória 936, de 1º de abril de 2020, que entre outras providências, instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública.

Em 06 de julho, o presidente transformou a MP 936 na Lei nº 14.020/2020, que autoriza a redução de jornada e de salários e a suspensão dos contratos enquanto durar o estado de calamidade pública decretado até 31 de dezembro de 2020 em razão da pandemia.

Dentre as principais ações da MP nº 936/2020 estão o benefício emergencial de preservação do emprego e da renda, a redução proporcional de jornada de trabalho e

salário de até 70%, por até 90 dias (art. 7º), e a suspensão contratual, por até 60 dias (art. 8º). (NUNES, 2020)

Em 13 de julho, por meio do Decreto nº 10.422/2020, prorroga os prazos para celebrar os acordos de redução proporcional de trabalho e para efetuar o pagamento dos benefícios emergenciais de que trata a Lei nº 14.020/2020, citada acima.

O Decreto nº 10.470, publicado no DOU do dia 24 de agosto de 2020 prorroga mais uma vez os prazos para celebrar acordos de redução proporcional de jornada de trabalho e de salário, bem como de suspensão temporária de contrato de trabalho e para efetuar o pagamento dos benefícios emergenciais da Lei 10.020/2020.

Contudo, no dia 13 de outubro de 2020, por meio do Decreto 10.517/2020, o prazo é novamente prorrogado, ficando definido:

I – Redução de jornada/salário – pode ser acrescido de mais 60 dias, ou seja, o empregador que já tiver firmado acordos anteriormente poderá acordar mais um período de redução, de forma que somado aos períodos anteriores já cumpridos totalize no máximo 240 dias (90 dias do primeiro acordo + 30 dias do segundo + 60 dias do terceiro + 60 dias do quarto);

II – Suspensão do contrato de trabalho:

a) pode ser acrescido de mais 60 dias, por exemplo: a empresa que já suspendeu os contratos de trabalho por 60 dias no primeiro acordo e mais 60 no segundo, mais 60 no terceiro, poderá agora acordar a suspensão por mais 60 dias, totalizando 240 dias (60 + 60 + 60 + 60); (BRASIL, 2020)

Assim, se a empresa que firmou anteriormente acordo de suspensão de contrato de 60 dias + 60 dias (cento e vinte dias) e também acordo de redução de jornada/salário de 60 dias (totalizando cento e oitenta dias), agora poderá firmar novo acordo de redução de jornada/salário ou novo acordo de suspensão de contrato por mais 60 dias, de forma que, no total (acordos anteriores mais o novo acordo), não ultrapasse duzentos e quarenta dias. (NUNES, 2020)

3.1.10 BEm – Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda

O BEm é um benefício de cunho financeiro pago pelo Governo Federal aos empregados que sofreram a redução de jornada de trabalho e de salário ou suspensão

temporária do contrato de trabalho em decorrência da situação de crise instalada no país por consequência do novo corona vírus.

Segundo FILHO; FERNANDES:

O Benefício é devido a partir da data do início da redução da jornada de trabalho e de salário ou da suspensão do contrato, observado o seguinte: 1) caberá ao empregador informar ao Ministério da Economia acerca do acordo individual, no prazo de dez dias, contado da data da celebração do acordo, sob pena de arcar com a remuneração integral do período; 2) o pagamento do Benefício ocorre apenas durante o período de redução de jornada e salário ou suspensão do contrato; 3) a primeira parcela do Benefício será paga no prazo de trinta dias, contado da data da celebração do acordo, desde que informada no prazo de dez dias anteriormente mencionado. (2020, online).

O valor pago referente ao BEm é baseado nos últimos três salários do trabalhador e corresponde a um percentual do seguro-desemprego. Todavia, oscila entre duzentos e sessenta e um reais e vinte e cinco centavos até mil oitocentos e treze reais e três centavos, conforme o tipo acordado e o percentual de redução tratado junto ao empregador.

Para o professor NARDELLI:

Ocorre que tal previsão se torna vital ao enfrentamento da crise, vez que a intermediação dos sindicatos para essa negociação tornaria o acordo inviável, dada a impossibilidade de convocações de assembleias para deliberação quanto aos pontos estabelecidos pelas empresas, tornando o processo extremamente moroso e burocrático.

A contrapartida do Governo com o pagamento do Benefício Emergencial mostra-se suficiente para compensação de eventuais prejuízos que possam ser questionados pelos empregados. (2020, p. 01)

Nota-se que o benefício emergencial traz em sua acepção uma ambiguidade deveras positiva, pois, além de garantir que o empregador pudesse aderir e se adequar aos decretos estaduais e municipais que fecharam os serviços não essenciais, pôde também garantir que o tempo em que o trabalhar permanecer com o contrato suspenso, não tivesse sua renda comprometida e, o mais importante, a manutenção dos postos de trabalho.

Outro ponto positivo é a possibilidade de cumulação da percepção de até dois benefícios, em caso de duplicidade de contratos de trabalho e, suspensão em ambos. Assim o trabalhador estaria assegurado eficazmente em suas relações de emprego e com a renda garantida.

3.1.11 Redução da jornada de trabalho e de salários

Um dos pontos mais polêmicos da MP 936/2020 é a redução da jornada de trabalho, isso porque ainda na MP 927/2020 o governo havia sugerido a suspensão do contrato de trabalho e dias depois acabou revogando o artigo que tratava do tema.

A irredutibilidade salarial (art. 7º, VI) e a autonomia da vontade coletiva (art. 7º, XXVI) são princípios constitucionais, disciplinados como verdadeiros direitos sociais, pertencentes aos trabalhadores urbanos e rurais, com a finalidade de melhoria da sua condição social (art. 7º, caput). (NUNES, 2020)

Partindo de tal premissa, somente há que se admitir a possibilidade de redução salarial, com fundamento na autonomia privada coletiva, se resultar algum benefício para as partes, especialmente para os trabalhadores, principais destinatários da proteção constitucional. Não evidenciada a concessão de vantagem aos empregados, em contrapartida à alteração contratual lesiva decorrente da norma coletiva, encontra-se vedada a redução salarial.

No entanto, após a reforma trabalhista que entrou em vigor em 2017, passou a ser permitido que o empregador faça a redução da jornada de trabalho e do salário, por convenção coletiva ou por meio de acordo individual com o empregado.

A justificativa para a criação da MP 936/2020 foi reduzir o número de demissões, garantir a continuidade de atividades laborais e empresariais e reduzir o impacto social da situação provocada pela pandemia.

Agora para que ocorra a redução da jornada com o benefício emergencial, o valor do salário-hora deverá ser mantido. Além disso, a redução só poderá ser feita por acordo individual expresso, nos percentuais de 25%, para todos os trabalhadores, e de 50% e 70%, para os que recebem valor inferior ou igual a R\$ 3.135,00 (três mil cento e trinta e cinco reais). É importante ressaltar que, em nenhuma circunstância, as reduções podem fazer com que um trabalhador receba menos do que o salário mínimo de R\$ 1.045 por mês (mil e quarenta e cinco reais). (NUNES, 2020)

Para quem recebeu em 2020 mais de dois tetos do RGPS: R\$ 12.202,12 (doze mil duzentos e dois reais e doze centavos) e com curso superior — configurados como hiper

suficientes na CLT — e que já realizam acordos individuais, os percentuais de redução serão acordados entre as partes (mantidos em 25%, 50% e 70%), tendo direito ao benefício emergencial. Outros percentuais, somente por meio de acordo coletivo. (NUNES, 2020)

Falando em acordo coletivo no qual são incluídos os empregados com salário entre R\$ 3.135,00 (três mil cento e trinta e cinco reais) e R\$ 12.202,12 (doze mil duzentos e dois reais e doze centavos), obrigatoriamente, a medida poderá ser negociada para todos os colaboradores em percentuais diferentes, num prazo de redução inicialmente de 90 dias, posteriormente prorrogado por até duzentos e quarenta dias, comunicando com, no mínimo, dois dias corridos de antecedência. (BEZERRA, 2020)

O texto prevê que a jornada de trabalho deverá ser restabelecida quando houver cessação do estado de calamidade pública, encerramento do período pactuado no acordo individual ou antecipação pelo empregador do fim do período de redução pactuado, o que ocorrer primeiro.

Nesse contexto:

O trabalhador que houver pactuado a redução da jornada e salário ou a suspensão contratual será beneficiado por garantia provisória de emprego, que perdurará durante a redução ou suspensão e, após sua cessação, por período equivalente àquele acordado para a duração da medida. (FILHO; FERNANDES, 2020, online).

Assim, o colaborador terá garantia provisória no emprego durante o período de redução e após o restabelecimento da jornada por período equivalente ao da redução, a dispensa sem justa causa que ocorrer durante o período de garantia provisória no emprego sujeitará o empregador ao pagamento, além das parcelas rescisórias previstas na legislação em vigor, de indenização no valor de 100% do salário a que o empregado teria direito no período de garantia provisória no emprego. Esta regra não se aplica às hipóteses de dispensa a pedido ou por justa causa do empregado. (FILHO; FERNANDES, 2020)

Outro ponto que merece destaque da MP 936/2020, diz que as reduções realizadas não impactam o cálculo do décimo terceiro salário e das férias. Assim, caso o colaborador fosse demitido, o cálculo do décimo terceiro proporcional, por exemplo, deveria ter como base a remuneração paga antes do início da aplicação da MP. (SANTOS, 2020)

3.2 Da Suspensão

Anterior à edição da MP 936/2020 que, por sua vez previu a redução de salário e jornada de trabalho, bem como a modalidade de suspensão do contrato de trabalho, a CLT previa, em seu artigo 476-A:

Art. 476-A. O contrato de trabalho poderá ser suspenso, por um período de dois a cinco meses, para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador, com duração equivalente à suspensão contratual, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho e aquiescência formal do empregado, observado o disposto no art. 471 desta Consolidação. (BRASIL, 2001)

No que tange ao artigo 8º da MP 936/2020, enquanto perdurar o estado de calamidade pública o empregador poderá acordar a suspensão em caráter temporário do contrato de trabalho de seus empregados pelo prazo máximo de 60 dias, em até dois períodos de 30 dias, de maneira fracionada.

Assim, os empregados que ganham remuneração igual ou inferior a R\$ 3.135,00 (três mil cento e trinta e cinco reais), e os que possuem curso superior completo com vencimento igual ou superior a R\$ 12.202,12 (doze mil duzentos e dois reais e doze centavos), a suspensão poderá ser tratada de forma individual. Nas demais faixas salariais, a suspensão somente poderá ocorrer por meio de acordo coletivo. (LOURENCINI, 2020)

Sobre a suspensão, pontuam FILHO; FERNANDES:

A suspensão contratual deve ser levada a sério. Se houver prestação de serviços durante o período, ainda que por teletrabalho, sua pactuação será descaracterizada e o empregador será responsável pelo pagamento da remuneração e dos encargos sociais referentes a todo o período. (2020, online)

É exigível acordo individual escrito para a suspensão, encaminhado ao trabalhador com tempo mínimo de dois dias de antecedência, e comunicação ao sindicato em até 10 dias de sua celebração. Em igual prazo, os acordos, individual ou coletivo, devem ser registrados junto ao Ministério da Economia. Isso possibilita a percepção do Benefício.

Empresas que possuem receita anual de até R\$ 4,8 milhões (valor bruto) no ano de 2019, receberá do Governo Federal a quantia equivalente a 100% do seguro desemprego

ao trabalhador. O empregador, por sua vez, não se obriga ao pagamento da ajuda compensatória. (BEZERRA, 2020)

Já nas empresas com receita superior a R\$ 4,8 milhões (valor bruto) no ano de 2019, a participação do Governo será de 70% do seguro desemprego, logo, o empregador será responsável pela cota de valor correspondente a 30% do salário do empregado. Tal importância possui caráter indenizatório, assim, não constitui base para recolhimento de IR, FGTS e INSS. (BEZERRA, 2020)

Segundo a Nota Técnica SEI nº 51520/2020/ME anunciada pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho, explica aos empregadores no que tange às férias e o pagamento do 13º salário dos trabalhadores que aderiam ao acordo para suspensão do contrato de trabalho, em decorrência do estado de calamidade pública. Segundo ela, o período de suspensão não será levado em consideração para o cálculo do 13º salário, todavia, computar-se-á para o período aquisitivo de férias. (DIAS; BARROS, 2020)

Logo, o período aquisitivo terá início após o término da referida suspensão. Exemplificando, um empregado que teve uma suspensão de contrato de trabalho por 60 dias, poderá ter seu período aquisitivo acrescentado a mais 60 dias, dessa forma poderá ser de até dois meses.

Visto isto, incute-nos analisar a suspensão contratual prevista do artigo 476-A da CLT, que tem diferentes pressuposições. Poderá ser concedida por período de 2 a 5 meses devido à participação, em caráter obrigatório, do trabalhador em programa ou curso de cunho voltado a qualificação profissional ofertado pelo empregador, com duração correspondente ao período correspondente à suspensão contratual.

É certo que só pode ser aceita conforme autorização constante em norma coletiva e, com a anuência formal do trabalhador, que pode ocorrer em uma única vez por um período de dezesseis meses. O requisito que caracteriza a suspensão da CLT é a participação obrigatória em curso profissionalizante, o qual, em virtude da pandemia, será realizado, exclusivamente, de forma tele presencial e, terá sua duração de um até três meses, em conformidade com o artigo 17, I, da MP 936/2020.

3.3. Controle de Convencionalidade

É certo que o Poder Judiciário, bem como os juízes singulares, por força do art. 5º, § 2º, CF/88, têm o dever, de verificar o controle de convencionalidade das leis infraconstitucionais, ainda dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos ratificados sob força de emenda constitucional. Tal controle deve ocorrer de ofício, sob

pena de ser, o Brasil, responsabilizado internacionalmente. Assim dispõem o art. 5º, § 2º, CF/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 1988)

Nesse sentido, por meio do controle de convencionalidade, aplicado na via difusa, logo, por qualquer juízo ou tribunal, os tratados internacionais, bem como as convenções da OIT, devem ser cultivados no âmbito interno sob a rege do princípio pro homine, ou seja, deve ser acatada pelo magistrado, a norma que mais ofereça proteção ao trabalhador e, assim, afastar a aplicabilidade daquela que contrariam as convenções da OIT e dos demais organismos de proteção internacional do trabalho. (MAZZUOLI, 2013).

Nesse sentido, pontua BAHIA:

A supremacia material, de essência, ou de conteúdo, está presente em qualquer tipo de ordenamento constitucional, flexível ou rígido, tendo em vista que a Constituição é a lei fundamental de um país e deve ser protegida para a própria manutenção das instituições. Entretanto, a supremacia formal, de estereótipo, a posição no topo da hierarquia das leis, está relacionada intimamente à rigidez constitucional, sendo um princípio importante para nortear a realização da fiscalização de constitucionalidade das normas infraconstitucionais. (2020, p. 626).

Percebemos que o controle de convencionalidade é operado na via difusa, logo em consonância com o controle constitucional, uma vez que este também pode ser difuso. Assim, é notório que as normas internas devem ser adequadas à CF/88, sendo que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, ratificados pelo Brasil, sob o crivo do art. 5º, § 3º, CF, têm forma de EC, logo os demais, mesmo não sendo ratificados, possuem hierarquia de lei infraconstitucional federal.

A lei nº 13.467/2017 alterou o texto da CLT, a saber, mais de 100 artigos sofreram modificações, inclusive o artigo 611-A dispõe sobre a autonomia das negociações. Assim,

os acordos ganharam mais força, inclusive se sobrepondo à própria legislação quando versarem:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II - banco de horas anual; III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015; V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; VI - regulamento empresarial;

VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho; VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; X - modalidade de registro de jornada de trabalho; XI - troca do dia de feriado; XII - revogado

XII - (Vigência encerrada) XII - enquadramento do grau de insalubridade; XIII - (Vigência encerrada) XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; IV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; XV - participação nos lucros ou resultados da empresa. (BRASIL, 2017)

Assim, as MPs n. 927/2020 e 936/2020, são radicais quanto à reforma trabalhista de 2017, uma vez que afastam a negociação coletiva e, enaltece o acordo individual, no que tange à redução de salário. Logo, não se trata apenas do negociado coletivo sobre a legislação, o que é apregoadado na reforma trabalhista, mas a supremacia do acordo individual sobre o negociado coletivo e sobre a legislação. Desse modo, verifica-se a radicalização das duas MPs indo além, mesmo da reforma.

A OIT já se posicionou, quanto à reforma trabalhista de 2017, declarando a violação dos dispositivos às Convenções nº 98 e 154, ambas, ratificadas pelo ordenamento Brasileiro, ora, as normas trazidas pela MP 927/2020 e 936/2020, que em seu texto são

mais ousadas, certamente serão contrárias a tais Convenções internacionais. (PORTO, 2020).

A Corte IDH emitiu um documento acerca das medidas adotadas, durante a pandemia, com intuito de proteger os postos de trabalho, a saber, expressas nas MPs 927/2020 e 936/2020. Assim dispõe a Declaração nº 01/2020 da CIDH:

[...] tomadas no âmbito do Estado de Direito, em plena observância aos instrumentos interamericanos de proteção dos direitos humanos e à jurisprudência deste Tribunal. [...] o cuidado para que se preservem os postos de trabalho e se respeitem os direitos trabalhistas de todos os trabalhadores e trabalhadoras. (CIDH, 2020)103

Tal declaração alerta os países a tomarem medidas com cuidado, ora, a proteção ao trabalhador deve ser preservada, e, determina que nenhuma ação que vise o combate a pandemia e a preservação dos postos de trabalho podem ir além das convenções internacionais de proteção ao trabalhador, bem como não podem violar direitos trabalhistas e a negociação de forma coletiva.

No que tange a possibilidade de redução salarial, por acordo individual, previsto na MP 963/2020, viola frontalmente a CF/88, quando prevê a irredutibilidade de subsídio e, em especial, fere o princípio da proteção e da segurança jurídica. Desse modo, fora objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, arguida pela Rede Sustentabilidade. Embora a previsão de redução de salários, via acordo individual fira diretamente a CF/88, o STF decidiu pela constitucionalidade de tal previsão, adotando uma visão restritiva no que se refere aos direitos sociais (PORTO, 2020).

É certo que o STF, em plenário, decidiu sobre a constitucionalidade da MP 936/2020, em especial, quanto à redução salarial por acordo individual, quando apreciou a ADI nº 6363, vejamos:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E DO TRABALHO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA CAUSADA PELA DISSEMINAÇÃO DO VÍRUS COVID 19. MEDIDA PROVISÓRIA 936/2020. REDUÇÃO DE JORNADA, DE REMUNERAÇÃO E SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR ACORDO

103 CORTE IDH. Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20 de 9 de abril de 2020. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf. Acesso em: 20. 07. 2021.

INDIVIDUAL 1. Situação emergencial gerada pela pandemia reconhecida pela Organização Mundial da Saúde. Inevitabilidade de uma recessão econômica de grande porte, com risco de quebra sequencial de empresas e desemprego em massa. 2. Medida provisória que admite redução de jornada, de remuneração e suspensão de contrato de trabalho, por meio de acordo individual, para empregados que preencham os seguintes requisitos: (i) perceber salário igual ou inferior a R\$ 3.135,00; ou (ii) ser portador de diploma de nível superior e titular de salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (art. 12 da MP 936/2020). Exigência de acordo ou convenção coletiva para os demais. 3. Previsão de redução de jornada e de remuneração por acordo individual altamente reguladas, mediante as seguintes condições: (i) limite máximo de 90 dias; (ii) garantia de emprego pelo tempo de duração da redução e por igual período, uma vez superada ela; (iii) preservação do valor salário/hora de trabalho; (iv) percentuais de redução limitados a 25%, 50% ou 70%; (v) pagamento estatal de Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda ("benefício emergencial"), no mesmo percentual da redução, incidente sobre o valor do seguro-desemprego. Garantia, em qualquer hipótese, de pagamento do salário mínimo. 4. Autorização de suspensão do contrato de trabalho por acordo individual também altamente regulada, prevendo as seguintes condições: (i) limite máximo de 60 dias; (ii) garantia de emprego pelo tempo de duração da suspensão e por igual período, uma vez encerrada ela; (iii) manutenção de todos os benefícios concedidos pelo empregador a seus empregados; (iv) pagamento, pelo Poder Público, de benefício emergencial correspondente a 100% do valor do seguro-desemprego, se a empresa tiver auferido, em 2019, receita bruta inferior a R\$ 4.800.000,00; ou (v) pagamento, pelo Poder Público, de benefício emergencial correspondente a 70% do valor do seguro-desemprego, a ser percebido pelo empregado cumuladamente com ajuda compensatória de 30% do seu salário, custeada pela empresa, se ela tiver auferido receita bruta superior a R\$ 4.800.000,00 em 2019. Garantia, em qualquer hipótese, de pagamento do salário mínimo. 5. A leitura do direito do trabalho à luz da Constituição, além de garantir os direitos expressos no texto constitucional, deve observar os seguintes princípios e objetivos: (i) preservar o emprego e aumentar a empregabilidade; (ii) formalizar o trabalho, removendo os obstáculos que levam à informalidade; (iii) melhorar a qualidade geral e a representatividade dos sindicatos; (iv)

desonerar a folha de salários; e (v) acabar com a imprevisibilidade do custo das relações do trabalho. 6. A urgência na implementação das medidas aqui examinadas inviabiliza a exigência de negociação coletiva, que deve ser ponderada com o direito ao trabalho e a garantia do emprego, valores igualmente protegidos pela Constituição. Os sindicatos não têm condição de participar, a tempo e a hora, do imenso volume de acordos resultantes da crise sanitária, econômica e humanitária trazida pela pandemia. Diante disso, impor a negociação coletiva constitui meio inadequado à consecução do próprio fim a que se destina: a tutela do empregado, a proteção do emprego e a segurança jurídica. 7. Ante a impossibilidade de adoção ampla de negociação coletiva nos casos nela previstos, a própria medida provisória instituiu intensa regulação protetiva do empregado. 8. Nego referendo à cautelar e fixo a seguinte tese de julgamento: “É possível, extraordinariamente, afastar a exigência de negociação coletiva, em situação emergencial e transitória, nas hipóteses previstas na MP 936/2020, tendo em vista que a rigorosa regulação pelo Poder Público minimiza a vulnerabilidade do empregado e que a negociação coletiva poderia frustrar a proteção ao emprego. (ADI nº 6.363 Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. Data de julgamento: 06.04.2020)104

Assim, embora boa parte da doutrina tenha criticado a referida medida provisória, alegando violação aos princípios constitucionais da proteção ao trabalhador e da segurança jurídica, a Suprema Corte decidiu pela constitucionalidade do diploma baseando-se nos referidos princípios. Ora os eixos defendidos pela MP 936/2020, se pautam na preocupação de garantir os postos de trabalho e, assim manter a renda.

Vale ressaltar que, a MP 936/2020 foi convertida na Lei nº 14.020/2020 e, embora tenha trazido algumas alterações em seu texto, manteve seu objetivo primordial, a saber o programa de manutenção de emprego e renda.

No que tange às alterações, a mais importante delas é a possibilidade de prorrogação do benefício emergencial e, tal ação poderá ser realizada a critério do Chefe do Poder Executivo Federal, por meio de decreto. Podendo, ainda, estender os prazos de redução da jornada de trabalho, proporcionalmente, bem como o salário ou até mesmo a suspensão do contrato de trabalho, em caráter temporário.

104 STF. ADI nº 6.363 Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. Data de julgamento: 06.04.2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6363.pdf>> Acesso em: 25.07.2021.

A MP determinava a redução da jornada de trabalho e o salário pelo prazo máximo de 90 dias e o contrato de trabalho pelo tempo limite de 60 dias. Com o advento da Lei nº 14.020/2020, há discricionariedade do Poder Executivo de ampliar esses prazos.

Outra alteração importante foi a expressa do art. 12 que, determina quem pode realizar os acordos individuais ou negociações coletivas. Anteriormente, a MP determinava um limite em relação ao salário, ou seja, empregados que recebem entre R\$ 3.135,00 (três mil cento e trinta e cinco reais) e R\$ 12.202,12 (doze mil duzentos e dois reais e doze centavos).

Com a lei, os requisitos são: trabalhadores que recebem salário de até R\$ 2.090,00 (dois mil e noventa reais) com receita bruta maior que R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais). Com salário igual ou inferior a R\$ 3.135,00 (três mil, cento e trinta e cinco reais e renda bruta igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00. Os trabalhadores portadores de diploma que recebem igual ou mais que o dobro do valor correspondente aos benefícios da Previdência Social, ou seja, R\$ 12.202,12 (doze mil duzentos e dois reais e doze centavos). Utilizando o ano calendário de 2019.

Os acordos individuais e as negociações coletivas firmadas na vigência da MP 936/2020 permanecem sob as regras nela determinantes.

CONCLUSÃO

A pandemia causada pelo novo corona vírus trouxe um cenário completamente extraordinário no que tange à normalidade do ordenamento jurídico e das relações de trabalho. Nessa conjuntura, o governo federal, se ateu a seguir as medidas no combate ao vírus e, ao mesmo tempo, preocupado com o andar da economia, ora ser o setor diretamente atingido com a paralização do comércio, editou dois diplomas: a MP 927/2020 e 936/2020.

A MP 927/2020 teve vigência entre 22/03/2020 a 19/07/2020, ora não fora convertida em lei. Dispunha sobre normas de caráter emergencial com o fito de flexibilizar a atuação das empresas, no que tange o combate à pandemia e, assim evitarem demissões em massa. Tais medidas foram: a opção pelo tele trabalho, adiantamento de férias individuais, concessão de férias coletivas, antecipação de feriados, Suspensão das exigências administrativas em segurança e saúde do trabalho, banco de horas, entre outros.

Por outro lado, a MP 936/2020, posteriormente convertida na lei nº 14.020/2020, se preocupou, com maior ênfase, na manutenção dos postos de trabalho e, se pauta em três principais eixos: benefício emergencial de preservação do emprego e da renda, redução da jornada de trabalho e salário e, possibilidade de suspensão do contrato de trabalho por meio de acordo individual.

A maior polêmica doutrinária sobre os referidos diplomas se dá em virtude da segurança jurídica e do princípio constitucional da proteção ao trabalhador, bem como da garantia fundamental aos direitos sociais previstos na CF/88 e os documentos internacionais de proteção ratificados pelo Brasil.

O art. 18 da MP 927/2020 previa uma descabida suspensão do contrato de trabalho, por um período de até 120 (cento e vinte) dias para participação em curso qualificador, todavia, sem perseguição salarial. Tal dispositivo fora revogado logo após a publicação da medida provisória, pois atentava contra o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o caráter salarial tem cunho alimentar.

No que tange ao controle de convencionalidade, a doutrina se embasa nas disposições dos órgãos internacionais como, as convenções da OIT, haja vista o Brasil ser signatário dos documentos que visam a proteção da classe trabalhadora. Assim, orientou que os países não tomassem medidas de contenção ao corona vírus que ferissem direitos trabalhistas já consolidados.

A doutrina repudia vários aspectos das MPs, alegando vícios de legalidade nos dispositivos. Ora, o ponto mais debatido é a possibilidade de restrição de alguns direitos por meio de acordo individual. Cabe ressaltar que, antes da pandemia, a discussão girava em torno da lei nº 13.467/2017, a reforma trabalhista, que alterou vários artigos da CLT, dando maior ênfase aos acordos coletivos, podendo, estes, se sobreporem ao legislado.

Assim, o posicionamento da OIT, frente às reclamações apreciadas, foi de repúdio à reforma, por ser uma norma que restringe direitos já consolidados. Logo há a indagação: se houve reprovação internacional quanto à reforma trabalhista, que dirá sobre os dispositivos polêmicos das MPs 927/2020 e 936/2020, os quais extrapolam ainda mais a possibilidade de negociação sobre o disposto na legislação trabalhista.

Contudo, mesmo com as discussões acerca da constitucionalidade das MPs, o STF, decidiu, com o julgamento da ADI nº 6363, que a MP 936/2020, agora convertida em lei, é sim constitucional, embora extrapole ao legislado e ao acordo coletivo. Embora, a maior parte da doutrina seja contrária, o entendimento da suprema corte é justamente pela legalidade das MPs com fundamento nos princípios da proteção ao trabalhador e, diante da situação da calamidade pública, assegurar a manutenção do emprego e renda e, ainda evitar a demissão em massa.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Kátia Magalhães. Direito Constitucional do Trabalho: sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal. São Paulo: LTr, 1998.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BAHIA, Flávia. *Direito Constitucional*. 4ª edição. Editora JusPodivm. 2020. Salvador - BA.

BARROS, Marina Aidar de; BRANDÃO, Lilian Lucena; PAULA, Lucas Gentil de. Impacto da covid-19 no Direito do Trabalho – Análise das Medidas Provisórias 927, 928 e 936 de 2020. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/323900/impacto-da-covid-19-no-direito-do-trabalho-analise-das-medidas-provisorias-927-928-e-936-de-2020>>. Acesso em: 05 fev. de 2021.

BEZERRA, Leonardo. Entenda as principais mudanças com a lei e decreto que tratam da suspensão contratual e redução de salário e jornada. Disponível em: <<https://dpc.com.br/entenda-as-principais-mudancas-com-a-lei-e-decreto-que-tratam-dasuspensao-contratual-e-reducao-de-salario-e-jornada/>>. Acesso em 20 julho. 2020.

BOFF, A. (2020). O teletrabalho no contexto da pandemia: interpretação da Medida Provisória nº 927/2020 à luz do artigo 7º, XIII, da Constituição Federal. *Revista Do Tribunal Regional Do Trabalho Da 10ª Região*, 24(1), 177-183. Recuperado de <<https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/383>>. Acesso em: 06 fev. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Medida Provisória nº 927 de 2020 (Online). Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/141145>> Acesso em: 07 de fev. 2021.

_____. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>> Acesso em: 18.05.2021.

_____. Ministério da Economia. Portaria nº 10.486 de 24 de abril de 2020. (Online). 2020e. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br>> Acesso em: 06 fev. 2021.

_____. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.363 DISTRITO FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6363.pdf>> Acesso em: 21.05.2021.

_____. Senado Federal – Secretaria-Geral da Mesa. Decreto Legislativo nº 6 de 20 de março 2020. (Online). 2020. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/norma/31993957/publicacao/31994188>> Acesso em: 05 fev. 2021.

____. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei Complementar nº 101 de 04 de maio de 2000. (Online). Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm > Acesso em: 05 de fev. 2021.

____. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020. (Online). 2020b. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm >. Acesso em: 05 de fev. 2021.

____. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 5.452 de 01 de maio de 1943. (Online). 1943. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm > Acesso em: 04 de fev. de 2021.

____. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Medida Provisória nº 936 de 2020. (Online). 2020. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20192022/2020/Mpv/mpv936.htm >

Acesso em: 04 fev. de 2021.

____. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 13.467 de 13 julho de 2017. (Online). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm > Acesso em: 04 fev. de 2021.

CANDIDO, Bruna. Comentários sobre MP 927/2020. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/80672/comentarios-sobre-mp-927-2020> > Acesso em: 20.07.2021.

CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. Princípios de direito do trabalho sob a perspectiva dos direitos humanos. São Paulo: Ed. LTR, 2018.

DELGADO, Maurício Godinho, e Gabriela Neves DELGADO. As Normas Internacionais de Direitos Humanos e a Lei da Reforma Trabalhista no Brasil. Direito internacional do trabalho: aplicabilidade e eficácia dos instrumentos internacionais de proteção ao trabalhador. São Paulo. Ed. LTR, 2018.

DIAS, Edgar Santos Tavares ; BARROS, Marina Glorigiano Tarricone de. FÉRIAS E 13º SALÁRIO – NOTA TÉCNICA SEI Nº 51520/2020/ME. Disponível em:

<<http://www.gladvogados.com.br/informativo-ferias-e-13o-salario-nota-tecnica-sei-no-51520-2020-me/>> Acesso em: 18.07.2021.

DINIZ, Nathalie Pagni. A Pandemia de Covid-19 e as relações de trabalho no Brasil. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-23/nathalie-diniz-covid-19-relacoes-trabalho-brasil>>. Acesso em: 21 jul. 2021.

FELIX, Ynes da Silva. LIBERDADE SINDICAL NO BRASIL: (IN)JUSTIFICADA NÃO RATIFICAÇÃO DA CONVENÇÃO 87 DA OIT. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/14617>> Acesso em: 25.07.2021.

FILHO, Rodolfo Pamplona; FERNANDES, Leandro. PANORAMA DAS ALTERAÇÕES TRABALHISTAS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6821/4134>> Acesso em 23.07.2021.

Flávio, Cristina Ottoni; CALCINI Ricardo. Como ficam as relações de trabalho após a perda da vigência da MP 927. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/332274/como-ficam-as-relacoes-de-trabalho-apos-a-perda-da-vigencia-da-mp-927>> Acesso em: 22.07.2021.

GANASSOLI, Gabrielle. Análise da MP 927/2020 e a manutenção dos postos de trabalho dentro do cenário pandêmico. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/89032/analise-damp-927-2020-e-a-manutencao-dos-postos-de-trabalho-dentro-do-cenario-pandemico>> Acesso em: 20.07.2021.

JESUS FILHO, Felisberto Cerqueira de. Contrato de adesão - Panorama geral sobre o contrato de adesão. Histórico, A Revolução Industrial e o contrato de adesão, o Estado e o contrato de adesão. 2001. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/50/55/505/>>. Acesso em: 03.03.2021.

LOURENCINI, José Eduardo. Medidas provisórias no âmbito do direito do trabalho em tempos de covid-19. revista jus navigandi, issn 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6153, 06 de maio de 2020, disponível em: <https://jus.com.br/artigos/81763>. acesso em: 18 julho. 2021.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, v. 1, 2011.

MARTINEZ, Luciano; POSSÍDIO, Cynthia. O trabalho nos tempos do coronavírus. São Paulo: Saraiva, 2020.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 37ª edição. Atlas. 2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio pro homine. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 43, 2013.

NAHAS, Tereza. Os impactos da reforma trabalhista. Disponível em: <<https://www.thomsonreuters.com.br/pt/juridico/blog/os-impactos-da-reforma-trabalhista-a-opinio-dethereza-nahas.html>> Acesso em> 21.07.2021.

NAPOLEONI, C. Lições sobre o capítulo VI (inédito) de Marx. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1981.

NARDELLI, Ernane de Oliveira. MP 936/20: Benefício emergencial de preservação do emprego e da renda. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/323624/mp-936-20--beneficio-emergencial-de-preservacao-do-emprego-e-da-renda>> Acesso em 20.05.2021.

NUNES, Lethicia Domingues. Novidades trazidas pela Lei 14.020, de 6 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/330486/novidades-trazidas-pela-lei14020-de-6-de-julho-de-2020>. Acesso em 11 julho. 2021.

PINEL, M. F. L. Teletrabalho: o trabalho na era digital. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1998.

PIOVESAN, Flávia. Sistema interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coords). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

PORTO, Lorena Vasconcelos. MEDIDAS PROVISÓRIAS N. 927/2020 E 936/2020: NEGOCIAÇÃO COLETIVA E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, edição especial. 2020. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/55882> > Acesso em: 19.07.2021.

SARAIVA, Renato; TONASSI Rafael; Linhares Aryanna. Direito e Processo do Trabalho. Editora JusPodivm. 2020. 22ª edição.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre : Livraria do Advogado. 2001

SANTOS, Enoque Ribeiro. Suposta Inconstitucionalidade Material das Medidas Provisórias nº 927/2020 e 936/2020. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/04/13/medidas-provisorias-927-936/>> Acesso em: 30.03.2021.

SANTOS, MARLY LIRA DOS. Direito do Trabalho. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/55299/pandemia-e-o-direito-do-trabalho>> Acesso em: 22.07.2021.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. Convenção nº 98 e nº 154 do ano de 1953. (Online). Disponível em: < https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm > Acesso em: 20 de maio de 2021.

VALTICOS, Nicolas. Uma relação complexa: Direito do Homem e Direitos Sindicais. In: Teixeira Filho, João de Lima (coord.). Relações Coletivas de Trabalho. São Paulo: LTr, 1989.

RESSOCIALIZAÇÃO PRISIONAL E REALIDADE CARCERÁRIA PERANTE A LEI DE EXECUÇÕES PENAIS Nº 7. 210/84

AMANDA AZEVEDO GAMA:
Bacharelanda em Direito pela
Universidade de Gurupi -
UnirG¹⁰⁵.

FERNANDO PALMA PIMENTA FURLAN¹⁰⁶
(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo trazer, de forma clara, o contexto histórico do surgimento das sanções penais e como estas evoluíram até os dias atuais, bem como se a pena está cumprindo a sua função social. Com maior proeminência se analisará a Lei de Execuções Penais nº 7.210/84- LEP, e seus reflexos no âmbito do Sistema Carcerário vigente, uma vez que a mesma estabelece as normas fundamentais de direitos e obrigações do apenado no curso da execução penal. Frisa-se, de forma significativa, sobre a relevante importância de como se encontra a real situação dos presídios e penitenciárias no Brasil. Enfatiza-se, também, no decorrer do trabalho, a finalidade da LEP, a qual atua como um instrumento de preparação para o retorno ao convívio social através da ressocialização e reintegração do indivíduo que se encontra encarcerado. O objetivo deste trabalho é apresentar o desequilíbrio que é notório entre a plena teoria apresentada pela LEP e a realidade vivenciada nos meios carcerários, com superlotações em grande parte dos cárceres brasileiros. Mas, em meio a este cenário, há uma perspectiva e esperança de implementação correta da Lei de Execuções Penais para que o recluso seja reintegrado no seio social com a possibilidade de conseguir sustento próprio sem retornar ao crime.

Palavras-chave: Lei de Execuções Penais. Sistema Prisional. Trabalho carcerário. Ressocialização. Presos.

PRISONAL RESOCIALIZATION AND PRISONER REALITY BEFORE THE CRIMINAL EXECUTION LAW 7.210/84

ABSTRACT: This article aims to bring, in a clear way, the historical context of the emergence of criminal sanctions and how they have evolved to the present day, as well as whether the penalty is fulfilling its social function. With greater prominence, the Penal Execution Law nº 7.210/84-LEP will be analyzed, and its reflexes in the scope of the current

105 Email: azevedogamaamanda@gmail.com

106 Docente de Direito da Universidade de Gurupi- UnirG

Prison System, since it establishes the fundamental norms of rights and obligations of the convict in the course of the penal execution. It stresses, in a significant way, the relevant importance of how the real situation of prisons and penitentiaries in Brazil is found. It is also emphasized, in the course of the work, the purpose of the LEP, which acts as an instrument of preparation for the return to social life through the resocialization and reintegration of the individual who is incarcerated. The objective of this work is to present the notorious imbalance between the full theory presented by the LEP and the reality experienced in prison environments, with overcrowding in most Brazilian prisons. But, in the midst of this scenario, there is a perspective and hope for the correct implementation of the Penal Execution Law so that the inmate is reintegrated into society with the possibility of getting their own livelihood without returning to crime.

Keywords: Penal Execution Law. Prison System. Prison work. Resocialization. Stuck.

1 INTRODUÇÃO

Os gravames carcerários atuais no Brasil têm trazido a necessidade da análise e observância dos subsídios da Lei de Execuções Penais nº 7.210/1984 para aplicação no âmbito do sistema prisional brasileiro, e a real situação vivenciada pelos presos, em que é notório o encarceramento maciço e problemáticas enfrentadas pelos reclusos com superlotações carcerárias.

De acordo com Augusto de Sá, a oposição que é gerada pela sociedade no processo de reabilitação e ressocialização gera uma grande responsabilidade. Diante de seu entendimento “pela reintegração social, a sociedade (re)inclui aqueles que ela excluiu, através de estratégias nas quais esses excluídos tenham uma participação ativa, isto é, não como meros ‘objetos de assistência’, mas como sujeitos” (Sá, 2005, p. 11).

Segundo o Departamento Penitenciário Nacional e Conselho Nacional de Justiça-CNJ que lançou o Levantamento de Informações Penitenciárias com dados do ano de 2022, considerando detentos presos em estabelecimentos penais e detidos em outras carceragens, o país possui cerca de 700 mil (setecentos mil) pessoas com sua liberdade restringida nos regimes prisionais aberto, fechado e semiaberto, classificando o Brasil como quarto país com a maior população carcerária do mundo.

Informação esta que causa de fato uma perplexidade e análise do nosso Estado Democrático de Direito, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana e, obviamente, os demais direitos que são assegurados pela Constituição Federal de 1988.

Assim, a Lei de Execuções Penais, Carta Magna dos presos, é onde está estabelecido as normas fundamentais que irão reger os direitos e obrigações do sentenciado no curso de sua execução. Esta lei é considerada como uma das mais

avançadas do mundo. Nesse sentido onde reside a discrepância para que a ressocialização não aconteça de forma efetiva?

Dessa maneira, verifica-se que o colapso das penitenciárias é enfrentado dia após dia pelos presidiários, fazendo com que seus direitos, que deveriam ser amparados por força de lei, sejam lesados de forma absurda, trazendo assim, um verdadeiro desconexo com a Constituição Federativa do Brasil, a qual proíbe o tratamento desumano ou degradante (Art.5º, III) a qualquer cidadão, como também tutela a integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX).

Com observância a isso, o modo aplicado de ressocializar o apenado não deve ser apenas a pena privativa de liberdade em si, ou seja, sem possibilidade de avanço social, mas outra ótica a ser proporcionada dentro da própria unidade penal como o trabalho prisional, educacional, e até mesmo aplicação de penas alternativas.

O presente trabalho buscou, de fato, analisar o processo ressocializador dos apenados nos estabelecimentos prisionais, buscando assim a reinserção do indivíduo na sociedade vigente como um ser que consegue sobreviver fora do mundo do crime.

Busca-se, ainda, verificar quais as dificuldades existentes e as possíveis soluções para por efetivamente em prática a ressocialização.

2 PERÍODO HISTÓRICO DAS PENAS

A progenitora da sanção penal está enraizada desde o surgimento da sociedade, em que a partir do momento que o ser humano ultrapassasse os limites impostos pelo meio em que vive, este receberia um modelo de instalação contra aquela conduta. "A origem da pena é muito remota, perdendo-se na noite dos tempos, sendo tão antiga quanto a História da Humanidade" (CEZAR ROBERTO BITENCOURT, CAPÍTULO XXXVIII, 2012, p. 216)

Em comento das palavras de Fragoso (1994, p. 279), a "pena é a perda de bens jurídicos que é imposta pelo órgão da justiça a quem comete crime ou infração penal", ou seja, para aquele que infringiu uma norma é imposta uma penalidade, uma sanção.

Desde os primórdios, a etimologia da palavra "Pena" no latim, *poena*, ou no grego *poine*, foi tratada como castigo, sofrimento e dor. Consoante isso, como pilar de conhecimentos acadêmicos referente as penalidades impostas a sociedade da Idade Antiga, analisou-se o Código de Hamurabi que surgiu em 1700 a.C, mais conhecido como Lei de Talião "olho por olho, dente por dente", este era um dos mais cruéis e réprobos Códigos em toda era da raça humana, em que resguardava ao cidadão o direito de punir o próximo com as suas próprias mãos, no mesmo percentual que lhe foi feito, ou seja,

receberia o autor o mesmo sofrimento que causou a vítima, se não pior, com torturas desumanas, completamente desproporcionais a dignidade do ser humano, uma exemplificação de tamanha crueldade: o um indivíduo que furtasse determinado objeto teria sua mão decepada.

Mirabete (2001, p. 244) traz a ideia de que a pena estava ligada à sanções, como destaca que:

“Nas antigas civilizações, dada a ideia de castigo que então predominava, a sanção mais frequentemente aplicada era a morte, e a repressão alcançava não só o patrimônio, como também os descendentes do infrator. [...] Por vários séculos, porém, a repressão penal continuou a ser exercida por meio da pena de morte, executada pelas formas mais cruéis, e de outras sanções cruéis e infamantes.”

No mesmo liame Bitencourt (2004, p. 71-72), aduz que:

“[...] a pena é concebida como um mal que deve ser imposto ao autor de um delito para que expie sua culpa. Isso não é outra coisa que a concepção retributiva da pena”.

Entretanto, graças a evolução das penas e sociedade, houve o surgimento de significativas mudanças, deixando de lado a punição de sangue, como pena de morte e castigos desumanos.

No início do século XIX, a forma de punir física e dolorosamente desaparece, excluindo a dor e castigo, evoluindo para sobriedade punitiva, passando a punir de outra forma.

“Durante todo o século XVIII, dentro e fora do sistema judiciário, na prática penal cotidiana como na crítica das instituições, vemos formar-se uma nova estratégia para o exercício do poder de castigar. E a “reforma” propriamente dita, tal como ela se formula nas teorias de direito ou que se esquematiza nos projetos, é a retomada política ou filosófica dessa estratégia, com seus objetivos primeiros: fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, coextensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir. (FOUCAULT, 1987, p. 102).”

A forma de punir melhor se refere a ter punições bem definidas, para que sejam realizadas com segurança e legalidade, pois mesmo que se aplique uma severidade mais

acentuada, o preso terá sua integridade preservada, com celas apropriadas, ambiente de trabalho prisional, seguridade dentro do próprio estabelecimento prisional, entre outras.

Dessa forma, posteriormente, entre o século XVIII e XIX, se originou a pena privativa de liberdade, fazendo com que políticas públicas surgissem com o objetivo de aplicar o cumprimento de pena em cárceres fechados, onde o indivíduo estaria fora do seio social e, conseqüentemente, com sua liberdade restrita até o momento em que o tempo de pena fosse cumprido.

De acordo com BECCARIA (2002, p. 162-163), “para que toda a pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão particular, deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos, fixadas pelas leis”.

Assim, com o avanço temporal foi surgindo novos meios de aplicação de legalidade, punição e reprimenda de crimes, em que proporcionasse a satisfação dos direitos da vítima e a dignidade humana do infrator.

3 SISTEMA CARCERÁRIO ATUAL

O cenário atual que se encontra o sistema prisional é perturbador, diante de dados estatísticos o Brasil é o quarto país que possui a maior população prisional do planeta. São informações alarmantes e preocupantes, gerando em nós, operadores do direito, sentimentos estarrecedores, pois buscamos a estrita aplicação da legalidade e, quando isso não acontece, nos deparamos com a ofensa as leis e garantias ao indivíduo, como também aos princípios fundamentais do direito, tal como da Dignidade da Pessoa Humana.

A Lei de Execuções Penais nº 7.210/84 traz as diretrizes que foram criadas justamente para garantir que cenários como estes não prosperem no Brasil. Todavia, ao contrário do que se estabelece em lei, os presídios atuais proporcionam ambientes degradantes, muitas vezes insalubres, tendo em vista a superlotação, a ausência de assistência médica, alimentar e higiênica.

De acordo com essa realidade vivenciada, o declínio do sistema prisional não afeta tão somente os reclusos, mas todos que estão em contato com essa realidade, diretamente ou indiretamente.

No que tange o princípio da dignidade da pessoa humana, refletido no art. 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil, este possui o objetivo de proporcionar, de forma isonômica, tratamentos de maneira digna, conforme está disposto em lei. No entanto, grande parte dos detentos vivenciam condições desumanas por serem esquecidos

nos presídios, sofrerem abandono familiar, resultando, assim, na falta de alicerce e um gatilho para que se tornem pessoas piores do que quando foram reclusos.

A Lei 7.210/84, em seu art. 5º, afirma que os presos serão classificados de acordo com suas personalidades, antecedentes para que haja uma melhor individualização da execução penal.

Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

Diante de artigos como este é que podemos notar, de fato, a incongruência da realidade dentro dos cárceres, onde os apenados convivem com outros presos que praticaram crimes de categorias mais graves, gerando assim uma verdadeira “Escola para o Crime”, resultando no retrocesso a ressocialização e proporcionando propagação de ensinamentos criminais e aliados a ilicitude, indo de encontro com que está disposto em lei.

Expressa Mirabete que:

“A falência de nosso sistema carcerário tem sido apontada, acertadamente, como uma das maiores mazelas do modelo repressivo brasileiro, que, hipocritamente, envia condenados para penitenciárias, com a apregoada finalidade de reabilitá-lo ao convívio social, mas já sabendo que, ao retornar à sociedade, esse indivíduo estará mais despreparado, desambientado, insensível e, provavelmente, com maior desenvoltura para a prática de outros crimes, até mais violentos em relação ao que o conduziu ao cárcere. (MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução penal. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, p.89, 2008)”.

Assim, fica evidente a necessidade de o Estado cumprir as normas estabelecidas em lei, da forma mais urgente possível, conforme ressaltado no art. 10 da LEI 7.210/84:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

A norma transcrita acima designa este dever ao Estado, ente responsável pela aplicabilidade e efetividade correta da Lei de Execuções Penais e Constituição Federal, com o objetivo de reeducar o preso para integralizá-lo na sociedade, evitando, desse modo, a criminalidade.

Vale destacar que, além de todos esses empecilhos entre o apenado e a situação vivenciada pelo mesmo, há outra questão extremamente relevante que é a dificuldade da sociedade reincluir este indivíduo em seu meio.

A imposição do preconceito a pessoas que se encontram em cárcere privado existe desde séculos passados e, ainda, prospera significativamente até os dias atuais, infelizmente. Ao se tratar de temas relacionados as pessoas que vivem à margem da sociedade, é com indignação que ainda em pleno século XXI pessoas associem criminosos com as mesmas características que Cesare Lombroso as caracterizava, sendo que todas as descrições apontam para pessoas negras, as quais em seu livro aponta como uma ameaça.

“Os homicidas, os arrombadores, têm cabelos crespos, são deformados no crânio, têm ossantes maxilares, zigomas enormes e frequentes tatuagens; são cobertos de cicatrizes na cabeça e no tronco. Os homicidas habituais tem olhar vidrado, frio, imóvel, algumas vezes sanguíneos e injetado; o nariz, frequentemente aquilino ou adunco como das aves de rapina, sempre volumoso; os maxilares são robustos, as orelhas, longas; os zigomas largos; os cabelos crespos são abundantes e escuros. Com frequência a barba é escassa, os dentes caninos muito desenvolvidos; os lábios finos; muitas vezes há nistagmo e contrações de um lado do rosto que mostram a saliência dos dentes caninos como um sinal de ameaça.” LOMBROSO, Cesare, O homem delinquente, p. 4

Diante destes gravames, concluímos que o sistema prisional brasileiro se encontra desnortado, no que tange as condições de vida do sentenciado dentro do cárcere pois, além do preconceito, opressão, abandono familiar e escassez de normas ressocializadoras, o apenado ainda sofre com condições degradantes, precárias e insalubres nos estabelecimentos penais.

4 LEI DE EXECUÇÕES PENAIS E RESSOCIALIZAÇÃO PRISIONAL

Em 11 de julho de 1984, com o intuito de organizar os regimes e estabelecimentos prisionais, houve a criação e publicação da Lei de Execução Penal nº 7.210, constitui-se a Carta Magna do Presos, tendo a finalidade principal de atuar como instrumento para o retorno ao convívio social do preso.

O objetivo central da legislação está disposto logo em seu art. 1º “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (LEP, art. 1º).

Diante de uma norma avançada e perfeita aos olhos dos juristas, compreende-se que a forma de aplicabilidade da pena e a função do Estado se encontram intrinsecamente ligados ao resultado favorável no meio ressocializador, pois há na legislação a plena teoria de que o ambiente carcerário consegue, com efetividade, possibilitar a reinclusão do apenado na sociedade vigente.

Nas palavras de Samuel Silva Basílio Soares:

“O objetivo da lei é o de conferir uma série de direitos sociais ao condenado, podendo assim possibilitar não apenas o seu isolamento e a retribuição ao mal por ele causado, mas também a preservação de uma parcela mínima de sua dignidade e a manutenção de indispensáveis relações sociais com a sociedade.” (SAMUEL SILVA BASILIO SOARES, Revista Científica Semana Acadêmica ISSN 2236-6717)

É notório observar que o art. 3º da LEP trouxe a afirmação de que ao preso é assegurado TODOS os direitos não abrangidos pela sentença ou pela lei e, assim, surge o questionamento: como será assegurado estes direitos sendo que as próprias Garantias Fundamentais estão sendo lesadas?!

Nesse contexto Nogueira (1966) relata que a “pretensão de transformar a pena em oportunidade para promover a reintegração social do condenado esbarra em dificuldades inerentes ao próprio encarceramento”.

Assim, fica claro que, de fato, há a existência de uma lacuna exorbitante entre a teoria legal e o dia-a-dia nos estabelecimentos penais.

No que tange aos direitos previstos na LEP se destaca o Capítulo II, Da Assistência, art. 10 e 11, em que prediz:

Art. 10 A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

I - material;

II - à saúde;

III - jurídica;

IV - educacional;

V - social;

VI - religiosa.

Conforme a leitura destes artigos, chega-se à conclusão de que na lei o preso tem garantido todos os seus direitos, da assistência marital à religiosa, resultando, assim, na ideia de que mesmo cometendo um ato infracional, ao qual resultou na aplicabilidade de privação de liberdade, seus direitos não serão abolidos ou suspensos, mas garantidos até mesmo dentro do cárcere.

Segundo Albergaria, a reeducação é a solução eficaz para a reestruturação psicossocial do infrator, bem como da sociedade a qual o receberá logo ao final do cumprimento de pena.

“[...] a reeducação ou escolarização social de delinquente é educação tardia de quem não logrou obtê-la em época própria [...]. A reeducação é instrumento de salvaguarda da sociedade e promoção do condenado [...]. Ora, o direito à educação é previsto na Constituição e na Declaração Universal dos direitos do Homem [...]. Por isso, tem de estender-se a todos os homens o direito à educação, como uma das condições da realização de sua vocação pessoal de crescer. A UNESCO tem estimulado as nações para a democratização do direito à educação social, que se propõe a erradicar as condições crimínógenas da sociedade”. ALBERGARIA, Jason. Das penas e da execução penal, p. 140.

4.1 ESCOLARIDADE NO AMBIENTE PRISIONAL

Referente à escolarização do preso, a assistência educacional está prevista na Constituição Federal, como também no art. 17 e seguintes da Lei de Execuções Penais, onde prevê potencialidades e competências que favorecem a mobilidade social dos presos e não os deixem se sentir impossibilitados de vencer os obstáculos que surgirem nas suas relações sociais.

Gomes (2012, p.48) destaca que a educação:

[...] é fundamentalmente uma forma de poder que potencializa virtudes e pessoas. O direito à educação é muito mais do que um direito à sala de aula. É um direito proeminente à maior qualidade de vida. A singularidade do sistema prisional e a pluralidade dos sujeitos detentos reivindica uma educação prisional que deixe de ser pensada

como um benefício e seja vista como a razão de ser do sistema prisional.

A possibilidade de escolarização do preso só tem a trazer benefícios, pois é possível a remissão de pena que pode ocorrer com leitura de obras literárias, ou resenhas feitas pelos reclusos para que seus dias de condenação sejam reduzidos. Isso se torna a porta de entrada para a ampliação de novas perspectivas de reinserção na sociedade, fazendo o apenado agir de forma distinta da que o fez cometer o ato ilícito anteriormente.

Sobre isso, a própria lei 7.210/84 traz em seus artigos:

Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado.

Art. 18. O ensino de 1º grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da Unidade Federativa.

Art. 18-A. O ensino médio, regular ou supletivo, com formação geral ou educação profissional de nível médio, será implantado nos presídios, em obediência ao preceito constitucional de sua universalização.

No que tange a qualificação profissional, é através de meios como este que surgem as possibilidades de requalificações dos presos no mercado de trabalho, uma vez que quando o ex-detento comprova que, mesmo encarcerado, realizou cursos de qualificação ou conclusão da grade estudantil, a ótica dos empregadores se amplia e assim surge oportunidades de trabalho para o mesmo.

Diante de uma matéria publicada pelo Conselho Nacional de Justiça- CNJ, podemos notar a grande importância da implementação de salas de aula e ambiente estudantil dentro das Unidades Prisionais:



Site: > <https://www.cnj.jus.br/regulamentada-a-remicao-de-pena-por-estudo-e-leitura-na-prisao/>< acesso dia 15/01/2023.

Referente à remissão de pena que pode ser proporcionada aos condenados com a prática de estudos dentro das unidades penais aos presos em regime fechado e semiaberto, foi previsto pela Recomendação CNJ nº 44/2013 a base de cálculo da remição, existindo três tipos de atividades educacionais, sendo: educação regular, práticas educativas não- escolares e leitura.

Dispõe o art. 1º da Recomendação CNJ nº 44/2013:

Art. 1º Recomendar aos Tribunais que:

III - considerem, para fins de remição pelo estudo, o número de horas correspondente à efetiva participação do apenado nas atividades educacionais, independentemente de aproveitamento, exceto, neste último aspecto (aproveitamento), quando o condenado for autorizado a estudar fora do estabelecimento penal (LEP, art. 129, § 1º), ocasião em que terá de comprovar, mensalmente, por meio de

autoridade educacional competente, tanto a frequência, como o aproveitamento escolar.

V - estimular, no âmbito das unidades prisionais estaduais e federais, como forma de atividade complementar, a remição pela leitura, notadamente para apenados aos quais não sejam assegurados os direitos ao trabalho, educação e qualificação profissional, nos termos da Lei n. 7.210/84 (LEP - arts. 17, 28, 31, 36 e 41, incisos II, VI e VII), observando-se os seguintes aspectos: a) necessidade de constituição, por parte da autoridade penitenciária estadual ou federal, de projeto específico visando à remição pela leitura, atendendo a pressupostos de ordem objetiva e outros de ordem subjetiva;

Em pesquisa sobre este tema, foi possível constatar que no Estado do Tocantins, especificamente na Cadeia Pública de Formoso do Araguaia, desde o ano de 2015 a mesma fornece aos presos a prática de estudo dentro de sala de aula no ambiente carcerário, projeto este intitulado como "Reeducação: levando educação aos reeducandos de Formoso do Araguaia". Este visa a reinclusão por completo do apenado, com a prática de cursos profissionalizantes e conclusão da grade estudantil, garantindo, assim, uma oportunidade de uma profissionalização durante o cumprimento de pena e, conseqüentemente, uma maior possibilidade de trabalho logo após a concessão da liberdade. Nestes links existem mais informações a respeito:

- 1) <https://www.cnj.jus.br/projeto-reeducacao-leva-sala-de-aula-a-cadeia-de-formoso-do-araguaia/>
- 2) <https://portaldoamaral.com.br/cadeia-publica-de-formoso-do-araguaia-e-destaque-com-projetos-para-reeducando/>

Referente a isso, fica claro que quando a lei é cumprida regularmente o sistema funciona, mas não é isso que verificamos em outras infinitas cadeias públicas do Brasil, onde não se conseguiu oferecer condições mínimas de sobrevivência digna, como fornecimento de colchões, alimentação, higiene, e afins. Isso faz da cadeia de Formoso do Araguaia-TO uma exceção às demais.

4.2 TRABALHO DO PRESO COM FINALIDADE RESSOCIALIZADORA

De fato, o trabalho dignifica o homem e este é o princípio norteador e fundamental para que o reeducando, ex-detento, tenha uma reintegração mais rápida, eficaz e positiva na sociedade, pois o trabalho está concentrado nas necessidades básicas e imediatas dos que saem das prisões.

Para que isso ocorra é preciso um sistema basilar prisional, ou seja, prisões que proporcionam a essa classe reclusa formas de aprendizado, manuseio e oportunidade, dentro dos próprios estabelecimentos prisionais, cadeias e presídios com a aplicabilidade de cursos, formação de mão-de-obra especializada (acontece mais no regime semiaberto), oficinas profissionalizantes e, entre outras demasiadas formas, de ensino de educação profissional.

A Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984- LEP, dedica todo o seu Capítulo III ao trabalho penitenciário.

Segundo o art. 28 da referida lei:

Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

A concessão de ambiente de trabalho ao preso não garante apenas uma nova forma de possibilidade de viver fora do mundo do crime, mas a de remissão de pena, onde a cada três dias trabalhados o preso poderá remir um dia de pena, gerando, assim, um enorme benefício aos presídios brasileiros que se encontram superlotados, resultando, desta forma, em um verdadeiro desafogamento carcerário.

Conceitua-se a remissão de pena, de acordo com Rui Carlos Machado Alvim, como sendo:

“a possibilidade de o preso abater, do cômputo temporal da pena privativa de liberdade, os dias efetivamente trabalhados durante o seu encarceramento, na proporção, conforme o art. 126, § 1º da Lei de Execução Penal, de três dias de trabalho por um de pena.”

O art. 126 desta lei oferece justamente esse privilégio ao preso, de remir seus dias de condenação:

Art. 126 O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011).

Conforme o entendimento de Luisa Rocha Cabral e Juliana Leite Silva, o labor do trabalhador recluso proporciona justamente o sentimento de dignidade, valor e utilidade:

“A realização de uma atividade por parte do trabalhador preso, desde que orientada de acordo com a sua aptidão e capacidade, propicia

ao mesmo a sua valorização enquanto ser humano e a concretização de sua dignidade. Além disso, tal atividade possibilita que o detento se prepare para a sua vida futura fora do estabelecimento penitenciário, como cidadão capaz de colaborar com a sociedade da qual foi retirado". (Luisa Rocha Cabral Juliana Leite Silva pg. 4)

O direito de laborar é extensível a todos, inclusive ao preso, assim o ordenamento prevê instrumentos aptos a assegurá-lo, cabendo ao Estado e Presídios assegurar meios adequados para a sua realização e execução.

A finalidade da Lei de Execuções Penais, como se vê, é promover o âmbito ressocializador dentro dos presídios, proporcionando ao apenado a possibilidade de reestabelecimento das normas básicas, abrangendo perspectivas de um futuro fora do crime e, gradativamente, o reingresso no meio social, com a oportunidade do trabalho e qualificação profissionalizante, onde esta reinclusão na sociedade se torna mais branda.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo sobre a Lei de Execuções Penais nº 7.210 de 11 de julho de 1984 chegamos à conclusão que a lei traz em seu ordenamento a linha do Direito Moderno, fatores norteadores de um sistema prisional equilibrado, humanístico e, principalmente, ressocializador.

É nítido que as punições e sanções penais evoluíram periodicamente com o passar dos anos, abolindo condenações severas como pena de morte, empalamento, apedrejamento, morte por fogo e entre outras, passando a adotar a reclusão dos condenados com a restrição de sua liberdade para melhor reeducá-los e reintegrá-los na sociedade.

A LEP foi criada justamente para organizar o sistema prisional, pois em conjunto com as condenações impostas pelo Código Penal e Processual Penal surge o objetivo final que é a (re)inclusão deste infrator na sociedade, de forma correta, eficaz e possibilitar ao mesmo condições harmônicas de vida, como a possibilidade de ser reincluso com um curso profissionalizante, ou ter sua graduação estudantil finalizada dentro do estabelecimento penal. Isso torna a ressocialização e reintegração mais fácil e faz com que esse cidadão, outrora detento, se torne uma pessoa íntegra e não retorne a praticar crimes.

De modo universal, analisa-se a situação atual das unidades prisionais brasileiras, que são o resultado real da inaplicabilidade da lei, pois, de fato, é comprovado que o sistema carcerário se encontra em um verdadeiro colapso por falta de aplicabilidade restrita e ineficiente de ações dos entes públicos nestes ambientes.

A lei traz formas eficazes de ressocialização, todavia, na maior parte dos presídios se quer proporcionam aos condenados seus direitos e garantias fundamentais, um verdadeiro desleixo estatal com relação à educação, saúde, higiene, segurança desses presos, pilares para um padrão mínimo qualidade de vida que resultam na falta de eficácia da punição na vida dos sentenciados.

Consoante a isso, para tal problematização, sugere-se a pauta ressocializar, reintegrar, reincluir e priorizar as pessoas que se encontram presas em presídios. Assunto como esse deve ser obrigatoriamente debatido e priorizado de imediato pelo Estado Brasileiro, para que haja a implementação de políticas públicas e a correta aplicação da Legislação de Execuções Penais, com o objetivo de diminuir a população carcerária e, obviamente, proporcionar uma ressocialização efetiva. Entendemos que é de suma importância, ainda, a executoriedade imediata de profissionalização estudantil e laboral nas penitenciárias brasileiras.

6 REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. Das penas e da execução penal. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 140.

ALVIM, Rui Carlos Machado. O trabalho penitenciário e os direitos sociais. São Paulo: Atlas, 1991. 79p.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das Penas (2002, p. 162-163)

BRASIL, Lei de Execuções penais, nº 7.210/84, disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. acesso em 09 de abril de 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto, CAPÍTULO XXVIII, 2012, p. 216

BITENCOURT, Cezar Roberto. Criminologia crítica e o mito da função ressocializador da pena. In: BITTAR, Walter. A criminologia no século XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, IBCCRIM, 2007.

CAMPOS, A. C. A; SANTOS, E. L. A RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO JUNTO À SOCIEDADE. Rev. Cien. Elet. do Curso de Direito. 6ª Edição, 2014.

Conselho Nacional de Justiça- CNJ, ><https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/paineis-estatisticos/>< acessado dia 19 de janeiro de 2023.

FAVENI, Cássio Samuel Dick. RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO: UMA REVISÃO BIBLIOGRÁFICA. Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação. São

Paulo, 30, jan, 2021. <<https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/1063>>. Acesso em 17, jul, 2022.

FERNANDES, Maira. Brasil chegou a mais de 900 mil presos durante a Covid-19. Conjur. São Paulo, 08, junho, 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jun-08/escritos-mulher-sistema-prisional-durante-covid>>. Acesso em: 09, out. 2022

FRAGOSO, Heleno C. Lições de direito penal: A nova parte geral. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GOMES, Eduardo Teixeira. Educação para consciência histórica no sistema prisional. Debates em educação Científica e Tecnológica, ISSN 2179 – 6955,

<https://www.camara.leg.br/radio/programas/400358-brasil-tem-4amaior-populacao-carceraria-do-mundo-confira-entrevista-com-o-juiz-losekann/?pagina=8> >. Acesso em 02 de janeiro de 2023.

https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/centrocultural/foucault_vigiar_punir.pdf
Michel Foucault, Vingar e Punir, 27º edição, pg 102.

<https://www.bibliaonline.com.br/acf/gn/2/16,17> (bíblia online, acesso dia 12/01/2023)

><https://www.cnj.jus.br/regulamentada-a-remicao-de-pena-por-estudo-e-leitura-na-prisao/>< acesso dia 15/01/2023.

https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2015/07/recomendacao_44_26112013_27112013160533.pdf acesso dia 15/01/2023

<https://www.cnj.jus.br/projeto-reeducacao-leva-sala-de-aula-a-cadeia-de-formoso-do-araguaia/> acessado dia 20 de dezembro de 2022

<https://portaldoamaral.com.br/cadeia-publica-de-formoso-do-araguaia-e-destaque-com-projetos-para-reeducando/> acessado dia 21 de dezembro de 2022

LOMBROSO, Cesare, O homem delinquente, p. 4

Luisa Rocha Cabral e Juliana Leite Silva, O trabalho penitenciário e a ressocialização do preso no Brasil pg. 4 [file:///C:/Users/USUARIO-PC/Downloads/277-Texto%20do%20artigo-549-1-10-20120919%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/USUARIO-PC/Downloads/277-Texto%20do%20artigo-549-1-10-20120919%20(3).pdf)

MIRABETE, Julio F. Execução Penal, p.28

MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução penal. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, p.89, 2008

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NOGUEIRA, Paulo L. Comentários à lei de execução penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 33

NOGUEIRA, Paulo L. Comentários à lei de execução penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 7.

SÁ, A. Sugestão de um esboço de bases conceituais para um sistema penitenciário. São Paulo: SAP, 2005.

SOARES, Samuel Silva Basilio. A execução penal e a ressocialização do preso. Fortaleza, 21, dez, 2016. <<https://semanaacademica.org.br/artigo/execucao-penal-e-ressocializacao-do-preso>>. Acesso em: 09, set, 2022.

STÉFANO, Jander Machado. A RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO A LUZ DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. Biguaçu, jun, 2008.
<<https://siaibib01.univali.br/pdf/stefano%20jander%20machado.pdf>>. Acesso em 09 out 2022.

MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO

ALANA CHAMA CASTANHEIRA:

Direito na UEL e pós graduação em direito constitucional na universidade de anhanguera e direito civil e processo civil na Faculdade Legale.

RESUMO: O presente trabalho objetiva abordar os reflexos do pensamento contemporâneo e da nova doutrina da hermenêutica constitucional no bojo do controle difuso de constitucionalidade, implicando no tratamento temperado dado aos efeitos temporais da decisão jurisdicional, impactando sobremaneira na visão do Supremo Tribunal Federal enquanto intérprete máximo da ordem constitucional. O resultado da confluência entre a fonte constitucional e elementos externos a seu texto, como a ordem social, política e econômica, culminou na adoção mitigada da teoria da nulidade das normas inconstitucionais trazendo um novo olhar sobre a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões proferidas em tal circunstância. No que tange aos efeitos temporais, visa-se conferir a legítima proteção a situações consolidadas pelo tempo, cuja decisão com eficácia *ex tunc* não poderia prosperar diante das peculiaridades do caso concreto, ponderando-se entre os valores fundamentais em jogo e conferindo um peso maior à segurança jurídica, boa-fé, justiça social, o que torna cada vez mais tênue a linha distintiva entre controle difuso e concentrado.

Palavras-chave: controle; difuso; efeitos temporais; modulação; ponderação de valores; segurança jurídica; boa-fé; justiça

INTRODUÇÃO

O contexto do Estado Absolutista Teocrático, marcado pelo Poder Ilimitado do Soberano e no "direito divino dos reis", faz eclodir no seio social – na massa popular majoritária e desfavorecida - o sentimento sobre a necessidade de fixação de limites ao poder do governante, com vistas a conter abusos na atuação estatal através da previsão de garantias fundamentais aos indivíduos, impondo, por conseguinte, deveres de não intervenção do Estado na esfera individual. Neste cenário, exsurge o constitucionalismo moderno caracterizado pelo surgimento das primeiras constituições escritas e rígidas da história, com ênfase na constituição norte-americana promulgada em 1787 e a francesa de 1789 dentro do modelo de Estado de Direito Liberal, lastreado na ideia da separação de poderes e na garantia de direitos fundamentais individuais de primeira dimensão - direitos civis e políticos. Com a crescente desigualdade econômica-social instalada pela postura absentista de governança, é inaugurando um novo ciclo constitucional, marcado pela

promulgação de Constituições do Estado Social de Direito ou *Welfare state*, destacando-se a Constituição alemã de Weimar em 1919 e mexicana de 1917, assegurando, a par do rol das prerrogativas fundamentais negativas (liberdades públicas), um conjunto de direitos de prestações positivas – direitos sociais de segunda dimensão, fundada no valor da igualdade material, com vistas a exigir das autoridades públicas uma atuação intervencionista nas relações econômicas e sociais, adotando-se uma postura estatal assistencialista. Com as sucessivas guerras mundiais e o agravamento da desigualdade fática social e econômica durante a primeira metade do século XX, a crise humanitária, instalada a nível global, faz emergir um novo modelo de Estado Constitucional, no movimento cunhado de Constitucionalismo Contemporâneo ou Neoconstitucionalismo, que tem como marcos, no plano teórico, o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Assim, enquanto norma de grau hierárquico máximo e fundamento de validade de todas as demais espécies normativas do ordenamento jurídico, são aprimorados e ampliados os mecanismos de controle de constitucionalidade dos atos hierarquicamente inferiores, tornando-se crescente o rol de instrumentos de fiscalização do cumprimento do bloco de constitucionalidade.

Com o reconhecimento da superioridade jurídica da Constituição, tem-se, por consequência lógica, a impossibilidade de permanência válida no ordenamento de qualquer ato normativo inferior que ofenda formal (análise procedimental) e/ou materialmente (análise de conteúdo) o texto constitucional, contexto em que exsurge a jurisdição constitucional para atestar e aferir a validade/invalidade da norma impugnada, declarando-a compatível ou incompatível com a Lei Suprema.

Neste cenário, o mecanismo do controle de constitucionalidade destaca-se como instrumento importante para invalidar e paralisar a eficácia de atos normativos que afrontam o texto constitucional e, no Brasil existe, na forma incidental, desde a primeira Constituição republicana de 1891, sendo ampliado por meio da previsão da ação genérica de controle abstrato e concentrado - a atual ADI - por meio da EC 16/65 até sua expansão e aperfeiçoamento no modelo consagrado pela Constituição da República Federativa de 1988.

Neste ponto, o Constituinte Originário conferiu ao Supremo Tribunal Federal a função de intérprete máximo da Carta Constitucional, competindo-lhe o exercício da jurisdição constitucional pelas vias difusa ou abstrata. Em sede de controle difuso, caberá a fiscalização incidental do ato impugnado no bojo das ações de sua competência

originária, em recurso ordinário e, especialmente, pela via do recurso extraordinário (art. 102, incisos I a III da CRFB/88).

Desse modo, alicerçado no contexto histórico do constitucionalismo democrático pós-guerra, é que se vislumbra uma releitura da hermenêutica constitucional, notadamente pela compreensão contemporânea de que a norma jurídica é, na verdade, o produto da interpretação, e não o seu objeto, considerando-a como fruto da interação do texto abstrato – enunciado normativo – e da realidade circundante.

Além da mudança de compreensão sobre o conceito de norma jurídica, soma-se uma nova metodologia empregada na construção do texto constitucional objetivando alcançar situações não expressamente contempladas em seu bojo. Com efeito, por meio da utilização de termos vagos e de cláusulas gerais, como igualdade, justiça, segurança ou dignidade humana, o Constituinte permite ao intérprete da Lei Fundamental construir conclusões para além do texto e dos fatos externos nele considerados.

Neste contexto, ensina Luís Roberto Barroso na obra “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos Fundamentais”, 10th Edition. Saraiva Jur, 2022, página 96, sobre as peculiaridades de interpretação das normas constitucionais:

a) Quanto ao seu status jurídico: as normas constitucionais desfrutam de superioridade jurídica em relação às demais normas do sistema, ditando o seu modo de produção e estabelecendo limites ao seu conteúdo.

b) Quanto à natureza da linguagem: as normas constitucionais se apresentam, com frequência, com a textura aberta e a vagueza dos princípios e dos conceitos jurídicos indeterminados, circunstância que permite sua comunicação com a realidade e a evolução do seu sentido.

c) Quanto ao seu objeto: as normas constitucionais, do ponto de vista material, destinam-se tipicamente a (i) organizar o poder político (normas constitucionais de organização), (ii) definir os direitos fundamentais (normas constitucionais definidoras de direitos) e (iii) indicar valores e fins públicos (normas constitucionais programáticas). Sua estrutura normativa, portanto, não é a das normas de conduta em geral, inclusive pelas peculiaridades que dominam a compreensão e aplicação dos direitos fundamentais das diferentes gerações.

d) Quanto ao seu caráter político: a Constituição é o documento que faz a travessia entre o poder constituinte originário – fato político – e a ordem instituída, que é um fenômeno jurídico. Cabe ao direito constitucional o enquadramento jurídico dos fatos políticos. Embora a interpretação constitucional não possa e não deva romper as suas amarras jurídicas, deve ela ser sensível à convivência harmônica entre os Poderes, aos

efeitos simbólicos dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal e aos limites e possibilidades da atuação judicial.

Sob essa nova perspectiva interpretativa, exsurge o temperamento dos efeitos da decisão pela via do controle difuso-incidental como a saída para a proteção de valores constitucionais relevantes, preferindo-se, assim, prestigiar, no caso concreto, uma série de interesses/garantias fundamentais em detrimento da aplicação da teoria tradicional da nulidade.

Neste contexto, a técnica da ponderação, aplicada às situações que envolvam colisões de princípios ou de direitos fundamentais, foi incorporada pelo Supremo Tribunal Federal para prolação de decisões, sobretudo em casos difíceis, inclusive no cenário das sentenças declaratórias de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle difuso na via incidental.

Em paralelo, a aplicação da técnica da modulação temporal dos efeitos decisórios passou a ser expressamente prevista com advento da Lei 9.868/99, porém, voltada especificamente para o controle de constitucionalidade abstrato pela via da propositura de ações genéricas/diretas objetivando, especificamente, a análise da compatibilidade da norma infraconstitucional com o parâmetro (a Constituição).

Assim, verifica-se que, na atualidade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consagrou a possibilidade de modulação dos efeitos decisórios na via incidental, ora com base na ponderação dos interesses, ora outra alicerçado na aplicação analógica do diploma infraconstitucional (art. 27, da Lei 9.868/99), tornando cada vez mais tênue a distinção dos modelos difuso ou abstrato.

1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1.988

A República Federativa do Brasil, conforme preleciona o art. 1º da *Lex Fundamentalis*, constitui-se em um Estado Democrático de Direito. A principal marca desse modelo estatal está arraigada em sua origem, isto é, nas forças responsáveis pelo surgimento da Carta Política, visto que ela é fruto da manifestação legítima da vontade do povo – legitimidade democrática – enquanto titular do Poder Constituinte, consagrando-se a ideia de soberania popular em detrimento de um modelo de Estado de regime autoritário.

Com fulcro na ideia de uma superioridade jurídica, adota-se como processo de alteração das normas constitucionais um modelo rígido, caracterizado pela previsão de um processo legislativo mais solene com quórum mais qualificado em comparação com o processo de alteração das normas infraconstitucionais. Neste contexto, a ideia de supremacia da Constituição balizará o modelo de fiscalização dos atos normativos inferiores, hipótese em que a constatação de incompatibilidade vertical do ato jurídico de grau inferior, culminará na declaração de sua nulidade (DA SILVA, 2006).

1.2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A jurisdição constitucional brasileira, no que diz respeito ao sistema de controle de constitucionalidade, foi aprimorada com o advento da Constituição de 1988.

O ordenamento pátrio vigente adotou no que concerne à natureza do Órgão responsável pelo exercício do controle de constitucionalidade repressivo, o sistema jurisdicional, à medida que é função precípua (mas não exclusiva) do Poder Judiciário reconhecer a incompatibilidade de lei ou ato normativo com a Constituição Federal. Assim, pode-se dizer que, no Brasil, a última palavra quanto à inconstitucionalidade de uma norma infraconstitucional, será dada na via jurisdicional quando acionada (MORAES, 2007).

Em nosso ordenamento jurídico fala-se na existência de um controle misto de constitucionalidade (difuso e concentrado), conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADI 74-DF, Rel. Min. Celso de Mello, do ano de 1992. A competência para desempenhar a jurisdição difusa ou norte-americana é conferida a todos os órgãos do Poder Judiciário. Por seu turno, o controle concentrado ou sistema austríaco, é realizado apenas por determinado Órgão Jurisdicional. Daí o seu nome, ou seja, é concentrado porque a competência (originária) para exercer o controle concentra-se em um só órgão ou em um número limitado de órgãos (LENZA, 2012).

Sob outro ângulo, em relação à finalidade do controle, no sistema pátrio, o controle judiciário de constitucionalidade pode ser realizado por duas vias: via de exceção ou incidental e via de ação ou principal (MORAES, 2007).

Ademais, Barroso (2012), ao conjugar a classificação quanto à competência do órgão jurisdicional, bem como à finalidade, conclui que a regra, no Brasil, é o controle difuso exercido pela via incidental, ao passo que o controle concentrado é exercido pela via principal.

2 O CONTROLE DIFUSO NO BRASIL

A Constituição da República de 1891 foi a grande responsável pela introdução do controle de constitucionalidade no Brasil, inserindo no ordenamento pátrio, o controle

difuso incidental, que permanece até hoje como a única possibilidade do cidadão comum tutelar seus direitos subjetivos constitucionais.

É sua característica principal a análise de uma questão concreta de constitucionalidade levada ao Magistrado mediante ação judicial comum, em que uma das partes suscita – ou mesmo através do reconhecimento de ofício pelo juiz - a violação de um direito individual por lei/ato que entende ser inconstitucional. Neste caso, para que seja garantido o direito subjetivo violado, é necessário que incidentalmente o juiz reconheça a inconstitucionalidade da norma de forma prévia à análise do pedido principal da ação, visando com tal controle resguardar os direitos subjetivos em jogo (NOVELINO, 2013).

No tocante ao objeto do controle, são incluídas todas as normas jurídicas emanadas dos três Poderes, de qualquer das esferas da Administração Direta (federal, estadual, municipal - mesmo as secundárias) e inclusive as anteriores à Constituição Federal de 1988, desde que a análise da (in)constitucionalidade seja feita em relação ao texto vigente à época do ato impugnado (NOVELINO, 2013).

Desta forma, o parâmetro invocado poderá ser qualquer norma formalmente constitucional, mesmo quando já revogada, com a ressalva de que seja levado em consideração o texto constitucional vigente ao tempo da ocorrência do fato (*tempus regit actum*). Logo, é possível asseverar que os tribunais estaduais, ainda que incompetentes para declarar a inconstitucionalidade de lei/ato federal em ação abstrata, podem assim proceder nos casos de ações concretas subjetivas, onde essa inconstitucionalidade será arguida como questão prejudicial, no intuito de afastar a aplicação da lei viciada do caso *sub judice*, o que é indispensável ao julgamento do mérito (BARROSO, 2012).

3 OS EFEITOS DA DECISÃO NO CONTROLE DIFUSO INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1 EFICÁCIA SUBJETIVA E OBJETIVA DA DECISÃO

A principal característica do controle difuso de constitucionalidade é o fato de que ele é exercido – por qualquer juízo ou órgão jurisdicional - no bojo de um processo subjetivo, no qual a questão constitucional, trazida como causa de pedir, é analisada apenas na fundamentação da decisão (e não no dispositivo, que deve se ater à procedência ou improcedência do pedido, objeto principal da lide), configurando-se como um incidente processual, prejudicial ao exame do mérito. Ou seja, pede-se algo ao juízo, fundamentando-se na inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. Assim, a alegação de inconstitucionalidade será a causa de pedir processual (LENZA, 2012).

Em razão da prejudicial de (in)constitucionalidade não integrar a parte dispositiva da sentença, a questão constitucional não será alcançada pelo manto da coisa julgada, sobretudo porque a última palavra sobre a interpretação da Constituição é competência exclusiva da Suprema Corte. Como conclui Barroso (2012), “por dicção legal expressa, nem os fundamentos da decisão, nem a questão prejudicial integram os limites objetivos da coisa julgada, de modo que não há falar em *auctoritas rei iudicata* em relação à questão constitucional.

É importante notar que, em regra, a eficácia subjetiva da coisa julgada se restringe às partes do processo, ou seja, não afetará terceiros não citados, de modo que os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo terão repercussão apenas *inter partes*. No tocante à eficácia objetiva, se restringirá ao que foi pedido e decidido, pois o objeto da ação é delimitado pelo pedido do autor, não podendo o juiz se manifestar nem além, nem aquém disso, em razão do princípio da congruência do pedido (DIDIER, 2011).

3.2 A POLÊMICA REGRA DO ART. 52, INCISO X, DA CF/88 E A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

O controle difuso incidental realizado no bojo de um processo constitucional subjetivo, como regra geral, tem a decisão nele proferida eficácia subjetiva *inter partes*, máxime porque os efeitos de qualquer sentença valem somente para as partes que litigaram em juízo, não extrapolando os limites estabelecidos na lide. Por sua vez, diante da importação no ordenamento jurídico brasileiro do sistema norte-americano de nulidade dos atos inconstitucionais, a eficácia objetiva da decisão opera efeitos *ex tunc*, atingindo a norma impugnada – e qualquer ato normativo – desde a sua edição, tornando-a nula de pleno direito, gerando efeitos retroativos. Assim, no controle difuso, para as partes os efeitos serão: *a) inter partes* e *b) ex tunc* (LENZA, 2012).

A fim de ampliar o alcance subjetivo da decisão proferida no bojo do controle difuso exercido pelo Supremo Tribunal Federal, a Constituição de 1988 trouxe em seu art. 52, X, a previsão de que compete privativamente ao Senado “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Logo, caso o Senado suspenda a execução do ato declarado inconstitucional pelo STF, as decisões definitivas sobre inconstitucionalidade proferidas no bojo dos recursos extraordinários passarão a ter eficácia *erga omnes* (MENDES, 2014).

Tradicionalmente, entendia-se que, tão logo o Supremo Tribunal Federal julgasse uma lei ou ato normativo inconstitucional pela via incidental, deveria fazer a comunicação da decisão prolatada, em sede de recurso extraordinário, ao Senado Federal que, num juízo discricionário e facultativo, decidia acerca da viabilidade de suspender a execução da norma impugnada. Logo, como ensina Lenza (2012), caberia à Casa Legislativa a opção de

agir, após realizar um juízo de conveniência e oportunidade (caráter discricionário), e porventura expedindo a resolução suspensiva do ato normativo.

Neste cenário, uma das grandes polêmicas versava sobre a discussão doutrinária quanto aos efeitos temporais da suspensão de ato normativo inconstitucional pelo Senado Federal.

Uma primeira corrente doutrinária defendia que os efeitos da resolução não retroagem, sendo, portanto, *ex nunc*. Nesse sentido, Pedro Lenza, Marcelo Novelino, José Afonso da Silva e Regina Macedo Nery Ferrari. Para Lenza:

[...] desde que o Senado Federal suspenda a execução, no todo ou em parte, da lei levada a controle de constitucionalidade de maneira incidental e não principal, a referida suspensão atingirá a todos, porém valerá a partir do momento que a resolução do Senado for publicada na Imprensa Oficial. O nome ajuda a entender: *suspendere a execução* de algo que vinha produzindo efeitos significa dizer que se suspende a partir de um momento, não fazendo retroagir para atingir efeitos passados. Assim, por exemplo, quem tiver interesse em “pedir de volta” um tributo declarado inconstitucional deverá mover a sua ação individualmente para reaver tudo antes da Resolução do Senado, na medida em que ela não retroage. Assim, os efeitos serão *erga omnes*, porém *ex nunc*, não retroagindo (LENZA, 2012, p. 277).

Em sentido contrário, como exemplo, citam-se as doutrinas de Luís Roberto Barroso, Clêverson Merlin Clève e Gilmar Ferreira Mendes, defendendo que a suspensão da execução pelo Senado Federal é dotada de efeitos retroativos (*ex tunc*), máxime porque o objetivo do instituto é justamente conferir igual tratamento jurídico às partes do processo subjetivo e a terceiros não participantes da relação jurídica processual. Ademais, falar-se em efeitos *ex nunc* geraria o inconveniente de não ser atingido o objetivo do instituto em sua plenitude, exigindo dos interessados o ingresso com ações judiciais a fim de discutir os efeitos da declaração de constitucionalidade incidental (CLÉVE, 1995). Assim, considerando os princípios da isonomia, da economia processual, com principal ênfase no princípio da supremacia da Constituição, a resolução suspensiva do Senado deve ser dotada de efeitos retroativos.

Nesse mesmo diapasão, o entendimento tradicional doutrinário e jurisprudencial sempre foi no sentido de que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade no controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal seriam *inter partes*, enquanto decorrência lógica do modelo difuso-incidental.

Não obstante, em processo de mutação constitucional da interpretação tradicional conferida ao artigo 52,X, da Constituição Federal, a Suprema Corte passou a consagrar o modelo de abstrativização do controle difuso, visto que o seu atual entendimento é no sentido de que decisões proferidas no âmbito daquele Tribunal em sede de controle de constitucionalidade, independentemente se pelo método difuso ou concentrado, terão sempre os mesmos efeitos, quais sejam, vinculante, *erga omnes* e *ex tunc*. Logo, a abstrativização do controle difuso consiste em conferir os efeitos típicos do controle abstrato ao processo constitucional subjetivo, ou seja, significa transferir os elementos típicos do controle abstrato ao difuso (NOVELINO, 2013).

Destarte, sob essa nova perspectiva, a resolução do Senado Federal tornar-se-ia desnecessária para fins de ampliação subjetiva-objetiva da eficácia decisória do controle difuso de constitucionalidade, passando a servir apenas para conferir maior publicidade às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2007.

É a explanação de Gilmar Mendes:

Parece legítimo entender que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Dessa forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa *força normativa* (..)Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não cuida de decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140, 5, publicação a cargo do Chanceler Federal, e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art. 31, 2, publicação a cargo do Ministro da Justiça). A não publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia (MENDES, 2014, p. 1101).

Esse entendimento é fundado em diversos argumentos, dentre os quais podem ser considerados como sendo os mais relevantes, a força normativa da Constituição, o princípio da supremacia da Constituição e sua aplicação uniforme a todos os destinatários, o Supremo Tribunal Federal enquanto guardião da Constituição e seu intérprete máximo e a dimensão política de suas decisões (LENZA, 2012).

Frise-se, entretanto, que há corrente doutrinária contrária à nova interpretação conferida ao papel do Senado Federal, tecendo críticas ao entendimento restritivo da atuação da Casa Legislativa a mero instrumento de publicização dos efeitos da decisão. Em essência, destaca-se entre os argumentos contrários à nova interpretação o fato de que a Constituição prevê expressamente o papel a ser realizado pelo Senado Federal. Além disso, anota-se que a Carta Constitucional é categórica quanto à produção de efeito *erga omnes* apenas para as decisões prolatadas em sede de controle abstrato e para a súmula vinculante. Desse modo, os opositores defendem a necessidade de uma reforma constitucional, a fim de ser possível a aplicação dos efeitos *erga omnes* e vinculante para todas as decisões do Supremo em controle de constitucionalidade (LENZA, 2012).

4 A MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

A teoria da nulidade da norma inconstitucional, de origem norte-americana, caracteriza-se por estabelecer que a declaração de inconstitucionalidade afeta o plano de validade, na medida em que o ato viciado seria nulo. Assim, a sentença apenas declarará nula a lei inconstitucional (ato nulo), que apresenta vício congênito, de nascimento, ou seja, teria, assim, a norma infraconstitucional nascida morta, reconhecendo a decisão apenas uma situação pretérita, preexistente. Logo, trata-se de um vício de origem, impassível de convalidação (LENZA, 2012).

Como consequência da adoção do sistema de nulidade do ato jurídico inconstitucional, a decisão judicial apenas declarará a inconstitucionalidade, não sendo, portanto, constitutiva. O resultado disso é que não serão admitidos efeitos válidos a esse ato, devendo todas as relações jurídicas constituídas com base nele retornarem ao *status quo ante* (BARROSO, 2012).

Entretanto, destaca-se que, na atualidade, a teoria da nulidade dos atos jurídicos inconstitucionais é adotada com temperamento pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

É possível perceber que, com o passar dos anos, exsurgiram situações nas quais se restou demonstrado à inevitabilidade da admissão de temperamento da regra geral, fazendo-se imprescindível suprimir ou atenuar o caráter retroativo das decisões, contemplado na teoria da nulidade, em homenagem a valores como a boa-fé, justiça e segurança jurídica (BARROSO, 2012).

Por meio da teoria da ponderação de valores fundamentais conflitantes, a Suprema Corte passou a afastar o caráter absoluto da teoria da nulidade diante das implicações de seus efeitos retroativos no caso concreto, como demonstra sua jurisprudência.

Para ilustrar, no Recurso Extraordinário 78.533/SP, foi discutida a validade dos atos da penhora realizada por oficial de justiça nomeado com fundamento em lei posteriormente declarada inconstitucional. Diante do conflito entre a teoria da nulidade e da boa-fé de terceiros, o Supremo decidiu, com base na teoria da aparência e considerando que tal penhora foi realizada por funcionário investido no cargo, que ela seria válida, deixando, na ocasião, de aplicar a teoria da nulidade para invalidar tais atos.

Em outra situação, ao deliberar pela inconstitucionalidade de remuneração percebida por magistrados, a Suprema Corte pronunciou-se no sentido de que a “retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei declarada inconstitucional – mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade”, prestigiando o direito adquirido alegado, com base na irredutibilidade de vencimentos assegurada pela Constituição Federal, visto no RE 122.202/MG, Rel. Min. Francisco Rezek, do ano de 1994.

Verifica-se, dessa forma, que a jurisprudência do Supremo já vinha realizando o temperamento da teoria da nulidade do ato normativo inconstitucional com base na ponderação de valores no caso concreto, antes mesmo do advento da Lei 9868/99.

Com o advento da Lei 9868/99, o Legislador passou a admitir, no artigo 27, expressamente a possibilidade de modulação dos efeitos temporais da decisão declaratória de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Assim, a legislação infraconstitucional acolheu a famigerada prática de modulação dos efeitos, a qual, todavia, já era adotada em casos concretos pelo Pretório Excelso.

Não obstante, pelo sentido literal da normativa, a modulação temporal dos efeitos decisórios passa a ser admitida apenas para casos de controle de constitucionalidade abstrato, permanecendo, portanto, a inviabilidade de tal técnica na seara do controle difuso em razão da ausência de norma legal permissiva sobre o assunto.

Malgrado a inexistência de dispositivo legal expresso autorizativo, o STF, por meio do processo interpretativo da dogmática constitucional, ora com apoio na interpretação analógica do artigo 27 da Lei 9868/99, ora com apoio nas cláusulas gerais, faz uso da técnica da modulação temporal na via difusa, não só atribuindo a decisão eficácia *ex nunc*, mas também pela fixação de efeitos a partir de data futura (eficácia *pro futuro*).

No intuito de elucidar tal assertiva, é possível citar, como exemplo, a Medida Cautelar na Reclamação 2.391/PR. Nesta ocasião, discutia-se, incidentalmente, a constitucionalidade de dispositivos legais que impediam ou limitavam o direito do réu de recorrer em liberdade, situação esta em que o Ministro Gilmar Mendes, ao proferir seu voto, esclareceu que:

Tendo em conta o fato de que, na espécie, estar-se-ia revisando jurisprudência firmada pelo STF, amplamente divulgada e com inegáveis repercussões no plano material e processual –, admitindo a possibilidade de limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade prevista no art. 27 da Lei 9.868/99, em sede de controle difuso, emprestou à decisão efeitos *ex "nunc"*, como publicado no Informativo 334 do Supremo Tribunal Federal.

É possível vislumbrar neste julgado, a referência expressa à aplicação analógica do artigo 27 da Lei 9.868/99.

Nesse mesmo diapasão, todavia sem referir-se expressamente ao uso da analogia à regra do art. 27 da mencionada lei, no *Habeas Corpus* 82.959/SP, a Suprema Corte decidiu, em sede de controle difuso, modificando seu entendimento consolidado há muitos anos, pela inconstitucionalidade do dispositivo legal que vedava a concessão do benefício da progressão de regime prisional para os indivíduos condenados pela prática de crime hediondo e equiparados. A modulação dos efeitos para atribuir eficácia *ex nunc* à decisão, foi no sentido de ressalvar o descabimento de indenização por erro judiciário aos indivíduos que já tivessem cumprido integralmente suas penas.

Na mesma linha, no Conflito de Competência 7.204/MG, decidiu a Corte, com respaldo na segurança jurídica, por atribuir eficácia prospectiva à decisão, na hipótese de revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*, não mencionando, na ocasião, a aplicação analógica da Lei 9.868/99. O Relator, Ministro Carlos Britto, determina que:

O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Texto Magno.

Por fim, é relevante mencionar que, no Recurso Extraordinário 197.917/SP, em que houve a discussão acerca da constitucionalidade de lei municipal que previa o aumento do número de vereadores no município de Miraestrela-SP, considerado o *leading case* em matéria de modulação, foi conferida eficácia *pro futuro* à decisão declaratória de inconstitucionalidade em sede de controle difuso (LENZA, 2012). Com relação ao julgado, o site do Supremo Tribunal Federal noticiou que:

‘Como se pode ver, se se entende inconstitucional a lei municipal em apreço, impõe-se que se limitem os efeitos dessa declaração (*pro futuro*)’, afirmou Mendes. O ministro ressaltou que o sistema difuso ou incidental de controle de constitucionalidade e, em casos determinados, acolheu até mesmo a pura declaração de inconstitucionalidade com efeito exclusivamente *pro futuro*. Para Gilmar Mendes, no caso em tela, observa-se que eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* (retroativo) ocasionaria repercussões em todo o sistema atual, atingindo decisões tomadas em momento anterior à eleição, que resultou na atual composição da Câmara Municipal: fixação do número de vereadores, fixação do número de candidatos, definição do quociente eleitoral. Igualmente, as decisões tomadas posteriormente ao pleito eleitoral também seriam atingidas, tal como a validade da deliberação da Câmara municipal nos diversos projetos e leis aprovados. O ministro ressaltou que a doutrina e jurisprudência entendem que a margem de escolha conferida ao Tribunal para a fixação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade não legitima a adoção de decisões arbitrárias, estando condicionada pelo princípio de proporcionalidade.

Por todo exposto, tendo por base alguns julgados de extrema relevância no que pertine ao assunto, conclui-se que a modulação temporal dos efeitos em sede de controle difuso já era realizada antes mesmo do advento da Constituição Federal de 1988, de modo que a superveniência de previsão expressa dessa técnica por meio de legislação aplicável para os casos de controle concentrado de constitucionalidade, apenas interferiu na fundamentação de algumas decisões, passando a ser o dispositivo que trata do tema, a ser aplicado analogicamente nas situações envolvendo a via difusa incidental, o que se mostra, em nosso sentir, de importância incontestável, prestigiando-se valores irrenunciáveis em nosso sistema, tais como a segurança jurídica, a boa-fé e a justiça.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a colheita de vasto material acerca da problemática envolvendo o objeto de estudo do presente artigo, com o apoio em teses doutrinárias e jurisprudenciais, bem como a legislação vigente, pode-se inferir as conclusões a seguir expostas.

No que diz respeito à relação entre o Estado de Direito e o controle de constitucionalidade, verifica-se que são fenômenos indissociáveis, à medida que só é pertinente cogitar em uma fiscalização de leis num país que consagre, em seu ordenamento jurídico, a Constituição como sua norma suprema e fundamento de validade de todo o sistema normativo.

Notou-se que no tocante à coisa julgada, a eficácia subjetiva da decisão declaratória de inconstitucionalidade, nos casos de controle difuso, alcançará, em regra, apenas as partes da relação processual, cabendo somente a estas arcarem com os efeitos da sentença. No tocante à eficácia objetiva da coisa julgada apenas abarcará a parte dispositiva do ato decisório, sendo que a matéria constitucional, por se tratar de questão incidental (e não do objeto principal da lide), será analisada e decidida só no fundamento da sentença, sendo excluída da abrangência da coisa julgada.

Ademais, discutiu-se sobre a regra do art. 52, inciso X, da CF/88, havendo divergência na doutrina e jurisprudência quanto à natureza da resolução do Senado Federal que suspende à execução de lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso incidental, entendendo a jurisprudência atual do STF que a resolução da Casa Legislativa tem por escopo apenas conferir publicidade às decisões da Corte.

Ao final, para melhor análise do tema da modulação dos efeitos temporais da decisão, explanou-se sobre a teoria da nulidade da norma constitucional como regra no ordenamento brasileiro.

Ocorre que, em determinados casos, ficou demonstrada a necessidade de manutenção de alguns efeitos produzidos por determinados atos praticados em virtude de norma posteriormente declarada inconstitucional, o que culminou na modulação dos efeitos da decisão, quando presentes valores de maior relevância, numa verdadeira ponderação de interesses, antes mesmo da vigência expressa de norma neste sentido.

Por fim, surgiu então a Lei 9.868/99, que trouxe expressamente, em seu artigo 27, a possibilidade da modulação em sede de controle de constitucionalidade abstrato, vindo tal regra a ser aplicada analogicamente para modular os efeitos da decisão em sede de controle difuso de constitucionalidade; porém, averiguou-se que, em outras oportunidades realizou a mitigação sem mencionar tal norma legal, com base na ponderação de interesses.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 11 ed. São Paulo: Método, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BRASIL. **Lei nº 9.868/99**. Dispõe sobre o procedimento de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo

Tribunal Federal. Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil, Brasília: DF, 10 nov. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 23/01/2023.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 1988 (DOU 5.10.1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29/01/2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RE 122.202/MG. Rel. Min. Francisco Rezek. DJ de 08/04/1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 15/02/2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RE 242.064/SC. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ de 24/08/2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15/01/2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 74/RN. Rel. Min. Celso de Mello. DJ de 25/09/1992. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 13/02/2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. CC 7204/MG. Rel. Min. Carlos Britto. DJ de 09/12/2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 14/02/2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC 82.959/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ de 23/02/2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 14/02/2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 197.917/SP. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ de 07/05/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 14/02/2023.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DIDIER JR., Fredie. et. al. **Ações Constitucionais**. 5. ed. Bahia: Jus Podivm, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Método, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

REGIME DE PREVIDÊNCIA DO SERVIDOR PÚBLICO DA UNIÃO: PRINCIPAIS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA EC 103/2019- REFORMA PREVIDENCIÁRIA

MARCELO DE MELO FERNANDES:

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins -UNITINS, Campus Dianópolis; Discente do Curso de Pós Graduação em Direito e Processo Administrativo na Universidade Federal do Tocantins - UFT. Técnico do Seguro Social do Instituto Nacional do Seguro Social -. Advogado.

LUCIMARA ANDREIA M. RADDATZ

(orientadora)

INTRODUÇÃO

As reformas previdenciárias até então adotadas possuem como propósito a manutenção e o equilíbrio do sistema. O que em muitos casos resulta em alterações normativas que implicam na supressão de direito e/ou acréscimo de obrigações para seus filiados.

E a Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019 (EC 103), qualifica-se como a mais recente modernização do sistema previdenciário brasileiro. Por meio dela, ocorreu uma profunda alteração no Sistema Jurídico Previdenciário.

A reforma promove a substituição do modelo constitucional administrativo previdenciário de âmbito nacional, por outro, em que se busca a autonomia política e administrativa dos Entes Federativos que poderão estabelecer o regramento administrativo previdenciário aplicável ao seu servidor ativo, aposentado e pensionista.

Algumas normas previdenciárias passaram ao campo infraconstitucional. Novas regras gerais em matéria de Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), inclusive com a obrigatoriedade de instituição do Regime de Previdência Complementar (RPC). Sem deixar de mencionar a fixação de novos requisitos para acesso à aposentadoria do servidor público vinculado ao Regime Próprio de Previdência Social da União, e aos demais trabalhadores e dependentes do Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Mas o foco deste estudo se limita às alterações que impactam o Regime Próprio de Previdência Social da União e seus servidores estatutários efetivos.

Sendo assim, surgiu o presente questionamento: Quais as principais alterações promovidas pela EC 103 - Reforma da previdência, aplicável ao servidor público da União?

O produto da pesquisa visa assistir os servidores públicos vinculados ao RPPS da União e a sociedade em geral sobre as principais modificações, e os impactos na vida dos servidores e seus dependentes.

Dentro deste contexto, este trabalho procura fazer uma contribuição na área de Direito Administrativo e Previdenciário do Servidor Público, principalmente para contribuir com o conhecimento e aprofundamento dos reflexos da Reforma Previdenciária.

1. BREVE HISTÓRICO DAS REFORMAS PREVIDENCIÁRIAS NO BRASIL

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o sistema previdenciário brasileiro vem passando por modificações, as denominadas reformas previdenciárias. Estas remodelagens possuem em comum, o objetivo de adequar a forma de custeio, os requisitos de acesso aos benefícios e a forma de cálculo de seus valores a sociedade contemporânea e principalmente manter o equilíbrio entre receitas e despesas, uma vez que não se trata de um sistema assistencialista e sim de caráter contributivo.

A primeira reforma após 1988 foi promovida pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998 - EC 20, que inovou no ordenamento jurídico ao atribuir o caráter contributivo, e a observância de critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial nos regimes próprios.

Com a edição da Emenda Constitucional n. 20/98, o tempo de serviço, que figurava como requisito único, deixa de ser relevante para a concessão da aposentadoria. No novo texto, os pressupostos necessários à concessão da aposentadoria do servidor público passam a ser o tempo de contribuição e a idade. (CARVALHO, 2017, p.894).

O que culminou na obrigatoriedade da contribuição social de cunho previdenciário para acesso às espécies de benefícios no setor público, como também exigiu uma análise de indicadores financeiros e atuariais objetivando manter a liquidez e solvência do sistema.

Posteriormente veio a Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003 - EC 41, mais uma reforma, com importante reflexo na Previdência Própria do Servidor Público. Não diferente da anterior, esta inovou no mundo jurídico estabelecendo o caráter solidário, que nas palavras de CARVALHO (2017, p.894) “[...] o segurado não contribui para o seu benefício especificamente e sim para a manutenção do sistema ao qual está vinculado”. Veio ainda colocar fim a integralidade de proventos e na paridade das aposentadorias com a remuneração dos servidores em atividade. Além de instituir a

possibilidade de cobrança de contribuições previdenciárias dos aposentados e pensionistas, caracterizando uma nova fonte de custeio.

Pontuamos ainda a existência da Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005 -EC 47, que criou a aposentadoria da pessoa com deficiência.

Ambas as reformas mencionadas, a par das modernizações citadas, cuidaram de estabelecer novos requisitos, critérios, forma de cálculo e regras de transição para acesso aos benefícios.

E, por fim, a mais recente reforma no sistema foi estabelecida pela Emenda Constitucional nº 103, 12 de novembro de 2019 (EC 103) que é o objeto deste estudo. Responsável por alterações sensíveis em todos os regimes, em especial nos regimes próprios de previdência do servidor público da União, área de interesse do Direito Administrativo.

2.AS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NO ÂMBITO DO RPPS DA UNIÃO – EC 103

O Sistema jurídico previdenciário sofreu diversas mudanças tanto em sua estrutura como nos critérios de acesso aos benefícios. Mudanças necessárias para atender a estabilidade do sistema, uma vez que o crescente déficit do sistema vem preocupando a Gestão Pública, igual sentimento é vivenciado pelos atuais e futuros beneficiários do sistema.

Isto posto, abordaremos algumas das principais mudanças implementadas pela EC 103, no âmbito do Direito Administrativo em matéria de previdências próprias dos Entes Políticos, com enfoque no RPPS da União, os reflexos na vida dos seus filiados e dependentes.

2.1 Perda do status constitucional de normas Previdenciárias e a Vedação da criação de RPPS

Para Garcia (2019.p.91), “[...] os direitos previdenciários, de assistência social e de saúde devem ser instituídos e mantidos pelo Estado, para que a dignidade da pessoa humana, no caso, dos beneficiários, seja respeitada.”.

Percebe-se que o Direito previdenciário se traduz em dignidade da pessoa humana, devendo o Estado a obrigação de garantir este direito de forma igualitária.

Anteriormente, o sistema jurídico previdenciário brasileiro, principalmente em matéria de previdência própria, adotava uma série de normas de caráter constitucional administrativa de observância obrigatória para todos os Entes Federativos na Gestão dos

regimes e requisitos de elegibilidade de acesso às espécies previdenciárias devidas a seus servidores, mantendo esta linha jurídica até a promulgação da EC 103.

Mas algo novo surgiu, com a EC 103, diversas normas previdenciárias foram desconstitucionalizadas, passando o seu conteúdo ao campo infraconstitucional, deixando de lado um modelo nacional, para um modelo nos moldes da autonomia política administrativa dos entes federativos.

Conforme se depreende da leitura do inciso II do § 1º do art.40 da CF, o poder reformador cuidou de fixar nova idade mínima para acesso à aposentadoria exclusivamente para os servidores vinculados ao RPPS da União, que passam a ter como idade mínima para a mulher 62 anos e para o homem 65 anos.

Ainda tomando como referência o dispositivo acima, as idades fixadas no âmbito da competência da União não alcançam os demais servidores vinculados a RPPS dos demais Entes Federativos, mantendo-se o regime jurídico constitucional administrativo anterior à reforma em questão até que cada um crie sua própria reforma, uma vez que se adotava um modelo nacional.

Deixando claro que cada Ente deverá estabelecer no âmbito de sua competência legislativa os requisitos de acesso à aposentadoria, tais como idade, através de mudanças na Constituição Estadual ou Lei Orgânica; e os demais requisitos reservados a Lei complementar e Lei ordinária, como exemplo o estabelecimento do requisito tempo de contribuição, dentre outros.

Esta mudança acabou promovendo um distanciamento de um modelo jurídico previdenciário nacional. O que de um lado privilegia a autonomia política e administrativa, uma vez que cada Ente poderá estabelecer seu próprio regramento administrativo - previdenciário por meio de normas e ritos legislativos mais simplificados.

Sendo assim, em linhas gerais acaba por facilitar novas reformas previdenciárias seguindo a realidade de cada Ente da Federação, além de fomentar a produção legislativa de interesse local em matéria previdenciária.

Mas de outro lado, criam desigualdades, por tornar possível que os diversos RPPS possam ter regras distintas quanto ao acesso aos benefícios.

Conforme o Painel de Acompanhamento de Adequação à EC 103/2019, do Ministério do Trabalho e Previdência, até 27/01/2023, cerca de 30,66%, dos Entes Federativos já realizaram a reforma previdenciária.

Para Cunha Junior (2015, p. 94), “a Constituição, além de imperativa como toda norma jurídica, é particularmente suprema, ostentando posição de proeminência em relação às demais normas,[...]”.

Nesse contexto, enquanto presente na Constituição Federal, as normas ostentavam posição privilegiada frente às demais normas jurídicas. Fato é que com a reforma, acabaram por enfraquecer o direito previdenciário, devido os ritos de aprovação das legislações infraconstitucionais serem menos rígidos.

Outro ponto muito interessante é a vedação da instituição de novos Regimes Próprios de Previdência Social. Conforme o § 20 do art. 40 da CF, não será mais possível que os Entes políticos criem novos regimes próprios de previdência social.

§ 20. É vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência social e de mais de um órgão ou entidade gestora desse regime em cada ente federativo, abrangidos todos os poderes, órgãos e entidades autárquicas e fundacionais, que serão responsáveis pelo seu financiamento, observados os critérios, os parâmetros e a natureza jurídica definidos na lei complementar de que trata o § 22.

Esta é uma mudança significativa, que impacta diretamente os interesses dos servidores públicos efetivos em que o Ente ainda não tenha criado sua previdência. Somado a isto, anterior à reforma, o caput do art. 40 citado, continha a expressão “assegurado”, a qual foi suprimida.

Como principal consequência está a perpetuação da filiação desses servidores ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS, que possui regras de elegibilidade e cálculo dos benefícios distintos das do RPPS.

Como exemplo: Atualmente o RGPS tem como teto máximo para pagamento de seus benefícios o valor de R\$ 7.507,49 (Sete mil quinhentos e sete reais e quarenta e nove centavos), enquanto o RPPS possui dois tetos, sendo o primeiro o subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, não optantes pelo RPC com ingresso anterior a sua instituição; e o segundo o teto do RGPS para os admitidos após a instituição do Regime Complementar.

Tornou-se possível ainda que mesmo sem déficit atuarial, por simples liberalidade do Ente Político, o RPPS poderá ser extinto, o que por consequência faz com que os servidores que ainda não cumpriram todos os requisitos no regime anterior passem a ser filiados ao RGPS de forma automática, conforme parágrafo único do art. 34, da EC 103.

Pontua-se que com a extinção, o RPPS ainda será responsável pelo benefício já concedido, e dos com direitos adquiridos até sua extinção. Além de criar hipóteses de ressarcimento ou complementação de benefícios para os que contribuíram acima do Teto do RGPS. E para isto, terá que vincular suas reservas financeiras exclusivamente para garantir os pagamentos acima, e para a compensação financeira ao RGPS, em razão dos benefícios concedidos por este com utilização dos tempos de contribuição do Regime próprio extinto.

Segundo Alexandrino e Paulo (2016):

É importante destacar que nenhuma dessas reformas realizou a tão propalada unificação dos regimes de previdência social. Continuam existindo, no Brasil, dois regimes distintos de previdência, um aplicável aos servidores públicos estatutários efetivos (RPPS) e outro aplicável aos demais trabalhadores, dito, por isso, regime geral (RGPS). (ALEXANDRINO; PAULO, 2016, p 384).

A afirmação dos doutrinadores continua válida para esta reforma. Mas com a vedação de criação somada a possibilidade de extinção do RPPS, acaba por dar mais um passo adiante para a estabilização dos Regimes, uma vez que fixa um freio para criação de novos regimes próprios, e garante ao regime geral a manutenção da filiação dos servidores públicos com suas contribuições. Possibilitando que tal Ente não responda mais pelos pagamentos de eventual insuficiência de recurso do RPPS, custeio indireto, devido à inexistência do RPPS, ou caso o tenha extinguido, deixará de ter esta responsabilidade para com os novos servidores, contribuindo assim para a redução do déficit do sistema com um todo.

2.2 Obrigatoriedade de criação do Regime de Previdência Complementar - RPC

O Instituto da Previdência Complementar - RPC, já é conhecido no ordenamento jurídico. A novidade fica a cargo do mandamento constitucional de que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios que possuam Regime Próprio de Previdência Social, terão o prazo de dois anos após a publicação da mais recente reforma para instituírem o RPC, no termos do § 6º, do art. 9º, da EC 103.

Conforme dados da Subsecretaria do Regime de Previdência Complementar, através do Painel de Acompanhamento da Implementação do RPC pelos Entes Federativos, até 06/01/2023, apenas 1887 dos Entes com RPPS, enviaram as Leis de instituição do RPC para seus servidores.

O prazo já expirou, respectivamente, em 31/03/2022 para instituir e 30/06/2022 para aderir ao RPC, conforme Portaria MTP nº 905, de 9 de dezembro de 2021. E para os

que deixaram de cumprir o prazo, terão como consequência a não emissão do Certificado de Regularidade Previdenciária – CRP.

Sem o CRP, conforme o art. 7º, da Lei nº 9.717/1998, os Entes Políticos terão suspensas às transferências voluntárias de recursos da União, e os empréstimos e financiamentos por instituições financeiras federais, além de ficarem impedidas de celebrar acordos, contratos, convênios ou ajustes, e receber empréstimos, avais e subvenções da União.

O RPC possui seu fundamento constitucional nos §§ 14 do art. 40, da CF:

§ 14. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, regime de previdência complementar para servidores públicos ocupantes de cargo efetivo, observado o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social para o valor das aposentadorias e das pensões em regime próprio de previdência social, ressalvado o disposto no § 16.

E como o nome já deixa claro, trata-se de regime que busca complementar o valor dos proventos e pensões dos servidores e dependentes vinculados ao RPPS.

Com a criação do RPC, o valor dos benefícios fica limitado ao teto máximo dos benefícios previdenciários pagos pelo RGPS, não sendo mais o limitador o subsídio dos Ministros do STF.

Trata-se de um regime facultativo, ou seja, a adesão automática somente será para os servidores que ingressarem na carreira após criação do RPC, não sendo vedada a desfiliação. Cabendo aos demais servidores a liberdade de escolher entre participar ou não do regime.

Após a adesão ao RPC, é plenamente possível a desfiliação, mas os proventos de aposentadoria e valores da pensão continuaram limitados ao teto máximo do RGPS.

Logo o RPC, garantirá a complementação do benefício previdenciário ao servidor inativo ou dependente, reduzindo eventual perda de renda. Mas, em contrapartida, exigirá a adesão e manutenção do plano de contribuição definida, sem solidariedade no regime.

2.3 Custeio e o Instituto da Alíquota Progressiva

O caráter contributivo do sistema previdenciário teve início com a primeira grande reforma por meio da EC 20, a qual estabeleceu a obrigatoriedade da cobrança de contribuição do servidor para acesso às espécies de benefícios.

Segundo Carvalho (2017, p.895), "Caráter contributivo do regime: desde a edição da EC 20/98, não interessa, para fins de cálculo e de concessão da aposentadoria, o tempo de serviço público, passando a ser relevante apenas o tempo de contribuição do agente."

Temos ainda o já conhecido princípio da solidariedade, que segundo Carvalho (2017, p.895), tal princípio traduz que o servidor contribuirá para manutenção do sistema de previdência como um todo, e não para o seu benefício, configurando-se como um regime de repartição simples e não de capitalização como é o caso da previdência privada.

A cobrança de contribuição do servidor público federal para manutenção do Regime Próprio de Previdência Social da União, é primordial, tanto é que anterior a EC 103, a alíquota de contribuição de todos os servidores efetivos estava fixada em 11% sobre o valor da base de contribuição ou proventos de aposentadoria e pensão, conforme Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004.

Sendo de competência dos Entes Políticos a instituição da contribuição previdenciária, que será cobrada de seus servidores ativos, aposentados e pensionistas para custeio do Regime de Previdência Próprio nos termos do §1º do art. 149, da CF.

Pois bem, a grande mudança no quesito custeio, está na alteração da alíquota que passa a ser de 14%, conforme caput do art. 11 da EC 103, e ainda o surgimento progressividade da alíquota contributiva prevista nos incisos I a VIII do § 1º do citado artigo.

Com a progressividade da alíquota, os servidores públicos efetivos e/ou aposentados/pensionista, poderão ter a alíquota de 14% reduzida ou majorada, a depender da remuneração ou valor do benefício que pode variar entre 7,5% a 22%.

Ressalta-se que para os aposentados e pensionistas, a contribuição somente incidirá sobre os valores que superarem o teto do RGPS, mas tendo como referência para a progressividade o valor do benefício.

Esta nova sistemática possibilita que o contribuinte com menor renda contribua com menor valor, já em contrapartida, os de remuneração mais elevada contribuirão com valores maiores. O que provocou descontentamento por parte dos servidores ativos, aposentados e pensionistas vinculados ao RPPS da União, sendo levada a questão a Juízo.

Inclusive no Supremo Tribunal Federal – STF, tramita o Recurso Extraordinário nº 1384562/RS, relator: Min. Roberto Barroso, pendente de julgamento, mas com reconhecimento de repercussão geral da questão, Tema 1226, conforme Ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ALÍQUOTAS PROGRESSIVAS. INCISOS V A VIII DO § 1º DO ARTIGO 11 DA EMENDA CONSTITUCIONAL 103/2019. CONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR NAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.254, 6.255, 6.258, 6.271 E 6.367. MULTIPLICIDADE DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. RELEVÂNCIA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Atualmente, exercício de 2023, os valores das faixas para cobrança da progressividade das alíquotas de contribuição conforme Portaria Interministerial MPS/MF nº 26, de 10 de janeiro de 2023, passam a ser:

BASE DE CONTRIBUIÇÃO (R\$)	ALÍQUOTA PROGRESSIVA INCINDINDO SOBRE A FAIXA DE VALORES
até 1.302,00	7,5%
de 1.302,01 até 2571,29	9%
de 2.571,30 até 3.856,94	12%
de 3.856,95 até 7.507,49	14%
de 7.507,50 até 12.856,50	14,5%
de 12.856,51 até 25.712,99	16,5%
de 25.713,00 até 50.140,33	19%
Acima de 50.140,33	22%

Tramitam ainda no Supremo Tribunal Federal várias Ações Diretas de Inconstitucionalidades nº 6.254, 6.255, 6.258, 6.271 e 6.367, sobre o tema. Todas pendentes de julgamento.

Segundo o Tribunal de Contas da União (2020):

O resultado do Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), voltado aos servidores civis da União, embora deficitário em R\$ 48,6 bilhões, apresentou melhora de 12,5%, em relação ao resultado de 2019, muito em função do aumento substancial das contribuições previdenciárias aprovado pela última Reforma da Previdência.

Sendo assim, quanto à eficácia na saúde financeira do sistema de previdência social da União, esta nova forma de contribuição vem se mostrando favorável para manutenção

do sistema, uma vez que no exercício 2020, apresentou um aumento na arrecadação no patamar de 12,5% se comparado com o exercício 2019.

2.4 Da limitação da cobertura previdenciária pelos RPPS

Visando a uma gestão eficiente do regime previdenciário, o qual se deve atentar para a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial. Como também, visando à redução do déficit, a reforma limitou a cobertura previdenciária do sistema de previdência pública.

Neste contexto, nos §§ 2º e 3º do art. 9º, da EC 103, ficou definido que o rol de benefícios dos regimes próprios de previdência social fica limitado às aposentadorias e à pensão por morte. Deixando os benefícios por incapacidade temporária e salário-maternidade à custa do ente federativo.

§ 2º O rol de benefícios dos regimes próprios de previdência social fica limitado às aposentadorias e à pensão por morte.

§ 3º Os afastamentos por incapacidade temporária para o trabalho e o salário-maternidade serão pagos diretamente pelo ente federativo e não correrão à conta do regime próprio de previdência social ao qual o servidor se vincula.

Esta limitação possui caráter nacional, aplicando-se a todos os RPPS dos Entes da Federação.

2.5 Da nova hipótese de rompimento do vínculo em razão da concessão da Aposentadoria

Ao servidor na condição de empregado público após a concessão da aposentadoria assiste o direito de permanecer no cargo em que ocupava, ou seja, não ocorria o rompimento do vínculo de emprego. Uma vez que se filiava ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS.

Situação diferente do servidor público estatutário efetivo filiado a RPPS, no âmbito da União, visto que no ato de concessão da aposentadoria, em regra, o cargo se tornava vago, conforme inciso VII do art. 33 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Sendo assim, para o empregado público era plenamente possível acumular a remuneração com o valor do benefício de aposentadoria.

Situação não mais permitida com o advento do § 14 do art. 37 da CF, incluído pela EC 103, que fixou nova regra de rompimento de vínculo em caráter constitucional administrativo em que aposentadoria concedida com a utilização de tempo de

contribuição decorrente de cargo, emprego ou função pública, acarretará o rompimento do vínculo que gerou o referido tempo de contribuição.

A partir da vigência da mais recente reforma, o empregado público passa a não ter mais direito de se manter no emprego após concessão da aposentadoria pelo RGPS. Bom frisar que a EC 103, respeitou o direito adquirido, alcançando apenas os aposentados após sua vigência.

Inclusive, a situação já foi pacificada no STF em 2021, através do julgamento com repercussão geral do Recurso Extraordinário nº 655.283/DF, sendo fixada a seguinte tese no Tema 606:

A natureza do ato de demissão de empregado público é constitucional-administrativa e não trabalhista, o que atrai a competência da Justiça comum para julgar a questão. A concessão de aposentadoria aos empregados públicos inviabiliza a permanência no emprego, nos termos do art. 37, § 14, da CRFB, salvo para as aposentadorias concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social até a data de entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 103/19, nos termos do que dispõe seu art. 6º.

Não é mais possível a permanência no cargo do empregado público após a concessão da aposentadoria na vigência da EC 103. O que impacta nos direitos destes servidores, que passam, assim como os servidores estatutários efetivos, a deixarem o cargo após a concessão do benefício de aposentadoria.

3.DA APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA E PENSÃO DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL APÓS EC 103

A Constituição Federal tinha em seu corpo os requisitos mínimos para acesso à aposentadoria dos servidores públicos em âmbito nacional, estabelecendo: idade mínima, tempo de contribuição dentre outros, e tais normas/requisitos seriam de observância obrigatória de todos os entes da federação.

Mas com as alterações da EC 103, este modelo nacional foi suprimido. Passando para um modelo subnacional, ou seja, cada ente político terá a competência para instituir os requisitos de acesso aos benefícios que serão aplicáveis aos seus servidores em seu respectivo sistema de Previdência Própria.

Sendo assim, o art. 40, §1º, III da CF, tratou apenas de estabelecer os requisitos mínimos de idade para acesso à Aposentadoria do Servidor Público no âmbito da União, não fixando os demais requisitos, o qual ficou reservado a Lei Federal.

Ainda não foi editada a Lei federal em questão, mas na própria EC 103, já cuidou de suprir a lacuna, fixando novos requisitos de acesso aos benefícios do RPPS da União, conforme abaixo.

3.1 Das Aposentadorias Voluntárias, art. 10 da EC 103, servidor efetivo civil da União

Todo servidor público da União poderá fazer jus às aposentadorias voluntárias, dispostas no art. 10 da EC 103. Com a única distinção, os com ingresso anterior à vigência da norma, ainda terão as regras de transição para acesso aos benefícios. Para os demais os requisitos de acesso aos benefícios programáveis de aposentadoria voluntária serão apenas os existentes neste dispositivo da reforma, independente da atividade desempenhada.

Aposentadoria Voluntária – Regra geral. Para os servidores públicos efetivos civis da União, sem considerar a natureza da atividade desempenhada, somente poderão ir para a inatividade, ou seja, aposentar-se quando atingir a idade de 62 anos para a mulher e 65 anos para o homem, somados aos requisitos cumulativos comuns a ambos os sexos de 25 anos de tempo de contribuição, dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria, conforme inciso I e suas alíneas do § 1º do art. 10 da EC 103.

Para a Aposentadoria Voluntária Professor, a distinção está na redução do requisito etário que passa a ser de 57 anos de idade para a mulher e 60 anos para o homem, mantendo os demais requisitos já mencionados para a Aposentadoria Voluntária - Regra Geral, com a diferença que os 25 anos de contribuição deverão ter sido exercidos exclusivamente nas funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, inciso III do § 2º do art. 10 da EC 103.

Da Aposentadoria Voluntária – Especial, que é aquela em que as atividades são exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes. Tanto o servidor quanto a servidora para ter acesso a este benefício terão que preencher os requisitos cumulativos de 60 anos de idade, 25 anos de contribuição com efetiva exposição aos agentes, e ainda provar dez anos de serviço público e cinco anos no cargo em que irá se aposentar, conforme exposto no inciso II do § 2º da EC 103.

Da Aposentadoria Voluntária – Agentes de Segurança. Para os agentes que atuam na segurança pública civil da União e Distrito Federal, possuem direito a idade mínima e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão da aposentadoria voluntária, assim como os professores e os servidores expostos a agentes nocivos mencionados acima.

Estes para terem acesso à Aposentadoria na carreira, terão que cumprir 55 anos de idade, 30 anos de tempo de contribuição, sendo que deste, no mínimo 25 anos em exercício exclusivo em cargo dessas carreiras. Tais critérios deverão ser observados para ambos os sexos, conforme inciso I, do § 2º do Art. 10 da EC 103.

Para todas as aposentadorias voluntárias acima, os proventos serão fixados em 60%, do valor da média aritmética simples da totalidade das contribuições previdenciárias desde julho de 1994, ou do início da contribuição se posterior a esta, sem dedução. Acrescida de 2%, por ano de contribuição que exceder 20 anos de contribuição, conforme disposto no art. 26 e § 4º do art.10, da EC 103. Anterior à mudança, o valor era obtido através de 80%, da média das maiores contribuições do período.

Quanto à forma de reajuste dos proventos, não terão direito à paridade, sendo reajustado nos termos estabelecidos para o Regime Geral de Previdência Social, § 7º, do art. 26, da EC 103.

Para o servidor que participe do Regime de Previdência Complementar, ou que ingressaram após sua instituição, as remunerações como base de cálculo da média será limitada ao teto máximo dos benefícios do RGPS.

Exemplo: Aposentadoria Voluntária – Regra Geral, cumprindo todos os requisitos, servidora com 30 anos de contribuição. Hipoteticamente, a média aritmética simples resultou no valor de 3.000,00 (Três mil reais). Já tem direito a 60%, mas ainda terá direito ao acréscimo de 20%, que é o produto de 10 anos a mais de contribuição x 2%. Sendo assim, seu provento será fixado em 80% da média aritmética simples, totalizando o valor de R\$ 2.400,00 (Dois mil e quatrocentos reais).

3.2 Valor da Pensão por Morte, cota familiar após EC 103

Trata-se de um benefício concedido ao conjunto dos dependentes do servidor que falecer, tem como objetivo assegurar os recursos financeiros necessários à dignidade humana após a perda do ente provedor.

Em âmbito federal, o rol de dependentes está no art. 217, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Art. 217. São beneficiários das pensões:

I - o cônjuge;

II - o cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato, com percepção de pensão alimentícia estabelecida judicialmente;

III - o companheiro ou companheira que comprove união estável como entidade familiar;

IV - o filho de qualquer condição que atenda a um dos seguintes requisitos:

a) seja menor de 21 (vinte e um) anos;

b) seja inválido;

c) tenha deficiência grave; ou

d) tenha deficiência intelectual ou mental;

V - a mãe e o pai que comprovem dependência econômica do servidor;

VI - o irmão de qualquer condição que comprove dependência econômica do servidor e atenda a um dos requisitos previstos no inciso IV.

Quanto aos critérios de elegibilidade, não houve alteração, a novidade assiste quanto ao valor do benefício que recebeu uma nova forma de cálculo para óbito a partir de 13/11/2019. E o veto à reversibilidade das cotas, conforme art. 23, da EC 103.

O valor da Pensão por Morte passou a ser composto por uma cota familiar equivalente a 50%, da base de cálculo que é o valor da aposentadoria, no caso de servidor inativo ou do valor da aposentadoria por incapacidade permanente a que teria direito na data do óbito. Com acréscimo de 10% por dependente, até o máximo de 100%, da base de cálculo.

A regra de cálculo, conforme exposta, é alterada quando há dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave. Passando o valor a ser composto por 100%, do valor da aposentadoria recebida ou a que teria direito se aposentado por incapacidade permanente limitado ao teto de benefícios do RGPS. Mais uma cota familiar de 50%, acrescida de 10% por dependente do excedente ao teto do RGPS, limitado a 100% deste valor, conforme §2º, do art. 23 da EC 103.

Sendo que após a cessação da cota do dependente inválido ou com deficiência, o benefício terá nova apuração da renda, passando a uma cota familiar de 50% mais 10% por dependente.

Sendo assim, na hipótese de existir apenas um pensionista, este terá o valor do benefício fixado no equivalente a 60% da base de cálculo, salvo nos casos de dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave, que fará jus a uma cota de 100% da aposentadoria recebida ou a que o instituidor faria jus se aposentado por incapacidade permanente limitado ao teto do RGPS. Mais o acréscimo da cota familiar de 50% e mais 10% por dependente, do valor que exceder do teto mencionado.

Imperioso registrar, que existindo mais de um dependente, o valor do benefício será dividido em quotas iguais. E conforme o §1º, do art. 23 da EC 103, as cotas não serão mais reversíveis. Situação plenamente possível anteriormente. Sendo assim, o valor da cota recebida por um dependente após sua cessação não se reverte mais em favor dos demais dependentes ativos.

4.DAS APOSENTADORIAS VOLUNTÁRIAS – REGRAS DE TRANSIÇÃO

Para os servidores federais civis da União com ingresso na carreira até a EC 103, que não possuem direito adquirido ao benefício, os legisladores estabeleceram regras de transição. Que muito embora venham com novos requisitos e exijam um maior tempo em atividade, acabam por se reverter em uma forma mais benéfica de acesso aos benefícios previdenciários.

Da Aposentadoria Voluntária – Regras de Transição com Pedágio, art. 20 da EC 103. Para ter acesso a este benefício, o interessado terá de cumprir os requisitos cumulativos comuns aos dois sexos de vinte anos no serviço público e cinco no cargo em que se der a aposentadoria, como também a idade de 57 anos e 30 de contribuição para a servidora e 60 anos de idade e 35 de contribuição para o servidor.

Terá ainda que cumprir um período adicional de contribuição, o denominado pedágio, que é 100% do período de contribuição que faltava data de entrada em vigor da EC 103, para atingir o tempo mínimo de contribuição de 30 ou 35 anos, respectivamente servidora e servidor.

Da Aposentadoria Voluntária na função de Professor – Regras de Transição com Pedágio, § 1º do art. 20 da EC 103. Para o professor, o que muda nos critérios já mencionados acima, é simplesmente a redução da idade e do tempo de contribuição em cinco anos. Desta forma, cumprindo os demais requisitos poderá se aposentar com idade mínima de 52 anos de idade e 25 anos de contribuição no efetivo desempenho da atividade

de docência, se professora ou 55 anos de idade e 30 de contribuição em docência para o professor.

Para todas as aposentadorias voluntárias como regra de transição dispostas no art. 20 da EC 103, os proventos e a forma de reajustamento abarcam distinções em razão de determinado marco temporal, especificamente para os admitidos até 31 de dezembro de 2003, e para os com ingresso a partir desta data até 12 de novembro de 2019.

Para parcela dos servidores públicos com ingresso até 31 de dezembro de 2003, o provento será fixado na totalidade da última remuneração do cargo, com direito a paridade.

Já o servidor admitido a partir da 1º de janeiro de 2004, terá o provento fixado em 100% (cem por cento) da média aritmética simples da totalidade das contribuições em todo o período contributivo a partir de julho de 1994, ou do início das contribuições se posterior à data, nos termos do art. 26, §3º, I da EC 103. Sem direito a paridade, com reajuste nos moldes fixados pelo RGPS.

Da Aposentadoria Voluntária Especial – Regra de Transição com Pontuação, art. 21 da EC 103. Os servidores expostos a agentes nocivos possuem a seguinte regra de transição para acesso à denominada aposentadoria especial. Terão que atingir uma pontuação mínima, resultante da soma da idade e do tempo de contribuição.

Neste contexto, para o servidor com 15, 20 ou 25 anos de exposição a agentes nocivos, será exigido que a soma da idade e do tempo de contribuição resulte no mínimo, respectivamente, em 66, 76 e 86 pontos. Além de cumprir os requisitos de vinte anos de efetivo exercício no serviço público e de cinco anos no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria.

Os proventos serão fixados em 60% da média aritmética simples da totalidade das contribuições a partir de julho de 1994, ou do início das contribuições se posterior, com acréscimo de 2% por ano que exceder 20 anos de contribuição. Sem direito à paridade, com reajuste nos termos do RGPS.

Da Aposentadoria Voluntária – Transição- Regra Geral com Pontuação, art. 4º da EC 103. Este benefício exige uma pontuação mínima resultante da soma da idade e do tempo de contribuição do servidor. Sendo assim, deverá cumprir o requisito de vinte anos no serviço público e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria, sendo comum aos dois gêneros. Mais o critério etário e de contribuição, os quais para o ano de 2023 são 57 anos mais 30 de contribuição, se mulher; e 62 anos de idade mais 35 anos de contribuição, se homem.

Além dos critérios acima, é necessário atingir atualmente a pontuação mínima de 90 pontos, se servidora e 100 pontos, se servidor. Frisamos ainda que esta pontuação é majorada em um ponto a cada ano, com início no exercício 2020, tendo como marco inicial para a mulher 86 pontos e para o homem 96, com limite respectivamente de 100 e 106 pontos, mulher e homem.

Na data de vigência da reforma, a idade mínima exigida foi 56 anos para a mulher e 61 para o homem, e somente a partir de 2022, a idade passou a ser a atual exposta acima.

Da Aposentadoria Voluntária na função de Professor – Transição com Pontuação, §4º do art. 4º da EC 103. Para professora, será necessário cumprir atualmente 52 anos de idade mais 25 anos de contribuição em docência e 85 pontos, já para o professor será 57 anos de idade mais 30 de contribuição em docência e 95 pontos. Além dos critérios comuns aos dois sexos de vinte anos de serviço público e cinco anos no cargo.

Na vigência da reforma em 2019, a idade para o professor foi 51 e 56 anos, e a pontuação 81 e 91 pontos, respectivamente professora e professor. Sendo que, a partir de janeiro de 2022, a idade passou a ser 52 e 57 anos, respectivamente, mulher e homem. E a pontuação, desde o início de 2020, vem sendo majorada em um ponto ano, com limite entre 92 e 100 pontos.

Os proventos serão fixados na totalidade da última remuneração do cargo, com direito a paridade, desde de que com ingresso até 31/12/2003, e tenha atingido a idade mínima de 62 anos de idade, se mulher e 65 anos de idade se homem, sendo professor, a idade mínima é 57 anos e 60 anos, respectivamente, servidora e servidor.

Para os demais, o provento será fixado em 60% da média aritmética simples da totalidade das contribuições a partir de julho de 1994, ou desde o início da contribuição se posterior, acrescido de 2% por ano que exceder os 20 anos de contribuição. Com reajuste nos termos do RGPS.

Caso uma servidora em 2023, tenha 57 anos de idade e 30 de contribuição, cumprindo os demais requisitos comuns, poderá requerer a aposentadoria voluntária com pontuação. Neste contexto, a pontuação obtida foi de 87 pontos, sendo insuficiente visto que o exigido é 90 pontos. Muito embora tenha a idade e o tempo de contribuição exigidos, terá que permanecer em atividade até atingir o mínimo de pontuação, ou preencher os requisitos em outras regras de transição.

Da Aposentadoria Voluntária Agentes de Segurança Pública – Regra de Transição com Pedágio, art. 5º da EC 103. Embora para estes agentes tenha sido fixada apenas a

idade mínima de 55 anos para ambos os sexos, devendo os demais requisitos serem os constantes na Lei complementar n.º 51 de 20 de dezembro de 1985 (LC 51).

Optou ainda, por criar uma regra de transição que possibilite uma idade menor, mas com exigência de pedágio. A idade mínima neste benefício é 52 anos e 53 anos de idade, respectivamente, mulher e homem, desde que cumpra o pedágio de 100% do tempo que faltava para atingir o tempo mínimo de contribuição previsto na LC 51.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As principais alterações no âmbito do RPPS da União, promovida pela EC 103, almejam uma estabilidade do regime de previdência própria do servidor público, sob o prisma de um constante e crescente déficit financeiro do sistema.

Em contrapartida, promoveu alterações substanciais que afetaram a vida e a renda dos servidores de grande parte dos servidores públicos em atividade, como também dos aposentados e pensionistas do sistema, com critérios que provocaram um prolongamento na atividade para acesso ao benefício, além de regras e forma de cálculo que perpetuam em redução nos valores dos proventos e da própria remuneração.

Sendo assim, chega-se à conclusão que a reforma, embora de um lado esteja alcançando o seu objetivo que é o equilíbrio financeiro e atuarial, o que garantirá o pagamento dos benefícios atuais e futuros.

Em sentido contrário vem se mostrando desvantajosa para os servidores, aposentados e pensionistas, uma vez que a cada reforma, veem perdas em seus direitos, sendo-lhes consignado mais obrigações do que direitos, como uma aposentadoria mais tardia e a progressividade das contribuições previdenciárias.

Diversas ações como a revisão de renúncias e benefícios fiscais, cobranças efetivas de contribuições previdenciárias por parte de empregadores, questionamento do caráter deficitário da previdência no tocante à apresentação do Orçamento pela União que o faz da Seguridade Social juntamente com o Orçamento Fiscal, dificultando o controle de manutenção dos recursos apenas para utilização na Seguridade, entre outras providências se fazem necessárias para um equilíbrio atuarial mais justo.

Embora necessárias mudanças, levando em consideração a longevidade, entre outros aspectos, a gestão e a fiscalização do sistema são imprescindíveis a não mais imputar toda a responsabilidade recair sobre os seus filiados.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO**. 24. ed. São Paulo: Gen, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998**. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003**. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc41.htm. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 47, de 05 de julho de 2005**. Altera os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal, para dispor sobre a previdência social, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc47.htm. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc103.htm. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004**. Dispõe sobre a aplicação de disposições da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, altera dispositivos das Leis

nºs 9.717, de 27 de novembro de 1998, 8.213, de 24 de julho de 1991, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/L10.887compilado.htm. Acesso em: 23 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.7173, de 27 de novembro de 1998**. Dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9717.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.717%2C%20DE%2027%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201998.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20regras%20gerais%20para,Federal%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias.. Acesso em: 25 jan. 2023.

BRASIL. Ministério da Previdência Social e Ministério da Fazenda. **Portaria Interministerial MPS/MF nº 26, de 11 de janeiro de 2023**. Dispõe sobre o reajuste dos benefícios pagos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e demais valores constantes do Regulamento da Previdência Social - RPS e dos valores previstos nos incisos II a VIII do § 1º do art. 11 da Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, que trata da aplicação das alíquotas da contribuição previdenciária prevista nos arts. 4º, 5º e 6º da Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004. (Processo nº 10128.118262/2022-61). Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-interministerial-mps/mf-n-26-de-10-de-janeiro-de-2023-457160869>. Acesso em: 23 jan. 2023.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Portaria MTP nº 905, de 9 de dezembro de 2021**. Dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-mtp-n-905-de-9-de-dezembro-de-2021-367970034>. Acesso em: 25 jan. 2023.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdência. **Painel de Acompanhamento de Adequações à EC 103/2019**. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/assuntos/dados-e-estatisticas/previdencia/painel-estatistico-da-previdencia/regimes-proprios-de-previdencia-social-1/painel-de-acompanhamento-da-reforma-previdenciaria>. Acesso em: 25 jan. 2023.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdência. **Subsecretária do Regime de Previdência Complementar: Painel de Acompanhamento da Implementação do RPC pelos Entes Federativos**. Disponível em:

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiM2NkYTg5ZjUtYzQwZC00ODNiLTgxMjgtZGE5YT VmYz M5NTBkIiwidCI6IjNIYzkyOTY5LTVhNTEtNGYxOC04YWM5LWVmOThmYmFmYTk3O CJ9&pageName=ReportSection>. Acesso em: 25 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 655.283 Distrito Federal**. Recurso extraordinário. Direito Constitucional. Processual. Administrativo. Tema nº 606 da sistemática da Repercussão Geral. Competência da Justiça Federal. Reintegração de empregados públicos. Empresa de Correios e Telégrafos. (ECT). Dispensa em razão de aposentadoria voluntária. Extinção do vínculo. EC nº 103, de 2019. Cumulação. Proventos e vencimentos. Recurso ordinário não provido. Recorrentes: União; Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Recorridos: Os mesmos; Federação das Associações de Aposentados dos Correios - FAACO. Relator: Min. Marcos Aurélio, 16 de jun. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15348987317&ext=.pdf>. Acesso 15 de fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.384.562 Rio Grande do Sul**. Recurso Extraordinário. Previdenciário. Servidor Público Federal. Contribuição Previdenciária. Alíquotas Progressivas. Incisos V a VIII do § 1º do artigo 11 da emenda constitucional 103/2019. Constitucionalidade. Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.254, 6.255, 6.258, 6.271 e 6.367. Multiplicidade de recursos extraordinários. Relevância da questão constitucional. Manifestação pela existência de repercussão geral. Recorrente: União. Recorrido: Tania Regina Venske de Almeida. Relator: Min. Presidente Luiz Fux, 12 de outubro de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15352725554&ext=.pdf>. Acesso 15 de fev. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Resultados dos regimes de previdência pública, 2020**. Disponível em: <https://sites.tcu.gov.br/contas-do-governo/07-resultado-previdenciario.html>. Acesso em: 24 jan. 2023.

CARVALHO, Matheus. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. 1095 p.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **MANUAL DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO**. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

DIREITO À CULTURA E AO PROGRESSO CIENTÍFICO: ORIGEM E CONFORMAÇÃO AO PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS ECONÔMICOS SOCIAIS E CULTURAIS E CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

JACILEIA ROCHA DE VILHENA:

Discente do curso de Mestrado em Direito. Advogada Criminalista.¹⁰⁷

Resumo: Este artigo tem por objeto desenvolver uma análise do Direito à cultura e à Fruir o progresso científico, desde a origem/etimologia e acepções de cultura e ciência à conformação ao art.15 a e b do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – o PIDESC e como este direito foi conformado na Constituição da República de 1988, por meio de um estudo de seu surgimento, implicações da segunda guerra mundial e a mudanças de paradigmas trazidos pela Organização das Nações Unidas – ONU, bem como trazer, no âmbito doméstico, o tratamento atribuído pelo Estado Brasileiro à luz da Constituinte de 1988. Trata-se de uma análise descritiva e exploratória, realizada com base em pesquisa bibliográfica, doutrinária e legal, de método indutivo. Questiona-se os impactos do Direito a Fruir o Progresso Científico e os eventos históricos que permearam e sua correlação com o Desenvolvimento, a liberdade, a dignidade e a fraternidade.

Palavras-Chave: Progresso Científico. Pacto de Direitos Econômicos, sociais e culturais. Constituição de 1988. Cultura. Ciência. Liberdade. Dignidade. Fraternidade. Solidariedade.

Abstract: This article aims to develop anof the right to culture and to enjoy scientific progress, from the origin/etymology and meanings of culture and science, to the conformation analysis to art.15, 'a' and 'b' of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights - the ICESCR and how This Constitution of the Republic of 1988 was designated in the Constitution of the Republic of a world, according to the changes attributed to the second war, bringing paradigms by the Organization of Nations - by UN law, as, by domestic law, or treatment, brought by the Organization of Nations . Brazilian State in the light of the 1988 Constituent Research. This is a descriptive and exploratory analysis, carried out based on bibliographic, doctrinal and legal documents, using an inductive method. The impacts of the Progress of Scientific Law and of culture and the events that permeate and its protection with the Development, the close activist and the fraternity are questioned.

Keywords: Scientific Progress. Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Constitution of 1988. Culture. Science. Freedom. Dignity. Fraternity. Solidarity.

107 Contato: jacivilhena@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

Este artigo desenvolve a análise do Direito a Fuir o Progresso Científico e à Cultura, proposto pelo artigo 15, a e b do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC, enquanto Dimensão dos Direitos Culturais e traça uma linha entre conceitos iniciais, o fortalecimento e surgimento da ONU e dos Pactos Internacionais – com foco no PIDESC, bem como nos protocolos deles surgidos. Ainda, traz o tratamento atribuído em âmbito nacional a estes direitos, sob a ótica da Constituição Federal de 1988.

Para a perfeita compreensão do tema, iniciamos com um breve resgate dos aspectos conceituais de Cultura, Progresso e Ciência, alcançando eventos importantes para sua conformação como dimensão de direitos culturais, cujo marco teórico remonta às atrocidades da Segunda Guerra Mundial e a resposta dos Estados, no pós-guerra, com o surgimento da Organização das Nações Unidas – ONU, e por conseguinte, da Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura - UNESCO, bem como de sua protocolos adjacentes e, ainda, a conseqüente conformação dentro do Estado Brasileiro. E assim, perpassa-se pela Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão como instrumento de afirmação das liberdades.

Tem-se por premissa debater conceitos de cultura, progresso e ciência, enquanto partes da Dimensão Cultural que não se dissociam dos vértices econômicos e sociais, pelo contrário, são indispensáveis para o desenvolvimento das pessoas e das sociedades, sob a ótica da autonomia e da dignidade humana.

Bem como, aborda de que modo a Sociedade pós-segunda guerra encontrou métodos de conformação teórica desta dimensão, através do art.15, a e b do PIDESC.

Por fim, debatemos o exercício desta dimensão no Brasil, tendo como marco teórico a Constituição Federal de 1988 e situações emblemáticas em torno das do Direito a Fuir o Progresso Científico e à Cultura, onde abordaremos os aspectos constitucionais aliados a dados acerca de como o País tem lidado com tais direitos, bem como a proposta de conformidade destes direitos à dignidade humana como elo da Solidariedade e da fraternidade – este, um valor supremo, tal como defendido na doutrina Jushumanista do Capitalismo Humanista, proposta por Sayeg¹⁰⁸ e Balera.¹⁰⁹

2. DESENVOLVIMENTO

108 SAYEG, Ricarado. Balera, Wagner. **Fator Caph.Capitalismo Humanista**. A dimensão econômica de Direitos Humanos. São Paulo: Editora Max Limonad, 2019. p. 143 – 152.

109BALERA, Wagner. **A paz é possível**. 1ª Ed – Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2016.

2.1 CULTURA: ETIMOLOGIA E ORIGEM DA PALAVRA

A etimologia da Palavra Cultura é de origem latina. Do Verbo *Colere*, que quer dizer cultivar, vinculado às práticas agrícolas. Mas *colere*, na forma dos ensinamentos de Pelegrini e Funari¹¹⁰também era uma correlação com culto de deuses.

No final do Século XVIII e no princípio seguinte, o termo germânico Kultur começou a ser utilizado para simbolizar aspectos espirituais de uma comunidade.¹¹¹ Skinner, citado por Sayeg¹¹², determina conceitos de Cultura como agrupamento de contingências de natureza social de um agrupamento humano, sendo parte da constituição de seu comportamento, haja vista que “todo comportamento humano é visto como produto também de uma história cultural”

2.1.2 CULTURA, MEMÓRIA E LUGAR: As identidades, os conhecimentos e as ciências

Para Miranda¹¹³ (p.95 -96), a Cultura é um termo que alcança também os métodos de comunicação e os meios, como a língua e as diversas formas de linguagem, os costumes e usos do cotidiano, como religiões, símbolos e representações comunitárias, bem como a transmissão de conhecimentos, como o cultivo e a modificação dos produtos dele extraídos, bem como as organizações sociopolíticas, o olhar sobre o meio ambiente, isso tudo enquanto alvo transformador da ação humanizadora. Assim, “Cultura significa humanidade, assim como cada homem ou mulher é, antes do mais, conformado pela cultura em que nasce e se desenvolve”.¹¹⁴

Ao se inferir que o termo Cultura tenha assumido significações diversas, possui em sua essência a propriedade de reunir práticas e costumes humanos de um determinado grupo, vez que o comportamento dos indivíduos depende de um aprendizado vivenciado por meio de interações, notoriamente se compreende que esse processo não é uniforme, tendo em vista a própria natureza humana.

¹¹⁰PELEGRINI, S. C. A.; FUNARI, P. P. A. **O que é patrimônio cultural imaterial**. São Paulo: Brasiliense, 2011.

¹¹¹SANTOS, Marcelo Loeblein dos. **Conhecimentos tradicionais indígenas: A biopirataria no Brasil frente ao processo de globalização**. 2008. 138 f. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, como parte dos requisitos necessários para obtenção do título de Mestre em Direito, na linha de pesquisa Direito Ambiental e Biodireito, Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2008.

¹¹²SAYEG *op. cit.*, p. 81.

¹¹³MIRANDA, Jorge. Notas sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**. nº 66, out./dez. 2017, p. 95.

¹¹⁴*Ibid.*, p. 96.

Logo, a cultura e a percepção do que ela seja é modificada de acordo com o momento histórico vivenciado, influenciando junto à formação da identidade - individual e social, e das próprias percepções de memória e lugar.¹¹⁵

2.2 CIÊNCIA: UMA VERTENTE DA DIMENSÃO DOS DIREITOS CULTURAIS

O termo Cultura tem significações diversas, eis que possui em sua essência a propriedade de reunir práticas e costumes humanos de um determinado grupo, sendo portanto, essencialmente humano, na natureza de cada indivíduo e sua interação com a coletividade, eis que são práticas que dependem de um aprendizado vivenciado por meio de interações. Tal como a história da humanidade, que não é linear, compreendemos que esse processo não é uniforme.

Logo, a cultura e a percepção do que ela seja é modificada de acordo com o momento histórico vivenciado, influenciando junto à formação da identidade - individual e social, e das próprias percepções de memória e lugar.¹¹⁶

Já Ciência, etimologicamente, vem da palavra *scientia*, que tem por significado 'conhecimento'. Por muito tempo, o conceito esteve sob o domínio da filosofia, que reclamava o conceito para si.

Mas, a ciência enquanto procedimento experimental surgiu no período Renascentista e de Galileu, Newton e Bacon, passou a ser entendida como 'corpo de conhecimentos sistematizados' ou ainda, 'conjunto de verdades certas e logicamente encadeadas entre si, de maneira a formar um sistema coerente', sendo verdadeiro método de abordagem sistêmica. ¹¹⁷

Já o conceito de cultura recebeu uma importante conceituação, enquanto conteúdo de natureza jurídica: a Organização das Nações Unidas, em 1982, propôs o conceito de cultura, nele incluso as características simbólicas e religiosas¹¹⁸, reconhecendo ser esta um conjunto que agrega diversas características, materiais, imateriais e afetivas, e que estes são o elemento caracterizadores de uma sociedade ou um grupo social, pois envolvem,

115 LARAIA. **Roque de Barros. Cultura:** Um conceito antropológico. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 13.

116 LARAIA *op. cit.*, p. 13.

117 MELLO, M.R.G. **Inter-relações entre Ciência da Informação e Filosofia da Ciência:** reflexões histórico-epistemológicas. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências da Informação). Universidade Estadual Paulista – Faculdade de Filosofia e Ciências, 2016. p. 15.

118 MOURÃO, L. Oportunidades de qualificação profissional no Brasil: reflexões a partir de um panorama quantitativo. **Revista de Administração Contemporânea**, 13(1), 136-153. 2009. p. 6.

além das artes e letras, as vivências, os direitos humanos fundamentais e os sistemas de valoração e crenças.

Rubem Alves, na poética transformação da realidade, traça delicado elo entre a cultura e as ciências, ao dizer sobre os homens, que estes

Tornaram-se inventores de mundos, plantaram jardins, fizeram choupanas, casas e palácios, construíram tambores, flautas e harpas, fizeram poemas, transformaram seus corpos, cobrindo-os de tintas e metais, marcas e tecidos, inventaram bandeiras, construíram altares, enterraram seus mortos e se preparam para viajar [...].¹¹⁹

Gusmão¹²⁰, ao refletir sobre tais questões, pergunta qual o lugar do direito, dentro de tal vertente, tendo em vista que não se trata somente de valor e norma, mas tampouco de natureza pura. E assim, conclui que o Direito pertence ao reino da História, da Cultura (*kultur*).

Isso porque, tal como diz o autor, aonde quer que exista valores jurídicos, a vivência desses valores tipifica o que o autor chama de 'homo juridicus', com vivências econômicas, de solidariedade social, de poder, e também do sagrado, da beleza ou da verdade e que tal percepção dá origem ao 'homem econômico', 'homem social', 'homem político', 'homem religioso', 'homem estético', 'homem teórico', e, por fim, ao 'homem cientista'.

2.3 A SEGUNDA GUERRA MUNDIAL COMO PARADIGMA DE MUDANÇA À PERCEPÇÃO DA CIÊNCIA E DA CULTURA COMO PARTE DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Entre o período de 1948 e 1950, a percepção do que era a ciência, no que diz respeito ao ambiente externo à comunidade científica, permanecia vinculado à concepção mecanicista - Newtoniana sobre o mundo.

Assim, a ciência era nominada tão somente como o saber sistematizado e ordenado, lógico, sem ambigüidades ou contraposições, plenamente verificável e comprovável, com baixa margem de erro, rigorosamente formulado sob equações intransigíveis, sendo estas aclamadas pela comunidade científica.

¹¹⁹ALVES, Rubem. **Cenas da Vida**. 2ª Ed. São Paulo: Papyrus, 2012.

¹²⁰GUSMÃO, Paulo Dourado. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999

No período após a Segunda Guerra Mundial, a ciência enquanto pureza de saber, passou a ser desenvolvida de forma mais isolada (cientistas franciscanos), mesmo em razão da influência do poderio econômico, que demanda recursos e alta tecnologia, providas por Estados, multinacionais ou outro tipo de grandes empresas que dependem dos que Estados, multinacionais ou grandes empresas. Porém, ainda que tais questões tenham ampliado sua influência, é fato que a ciência também não pode ser submetida a estas autoridades.¹²¹

No movimento advindo após a Segunda Guerra, as condições sociais produziram uma a ampliação deste conceito no movimento internacional. Isso porque, como explica Balera¹²², neste período “A humanidade sai dos destroços da Segunda Guerra Mundial através da institucionalização de novas estruturas de relacionamento político internacional”.

Assim, os horrores de duas guerras mundiais, resultado de regimes totalitários e tentativas de extermínio, especialmente dos judeus e a o lançamento de bombas atômicas nas cidades japonesas de Hiroshima e Nagasaki trouxeram um despertar em torno da comunidade internacional, sobretudo de líderes de grandes potências¹²³, de modo que novas estruturas garantidoras de direitos humanos são estabelecidas.

2.4 O SURGIMENTO DA ONU E A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS – DUDH (1948)

Em 1948, ainda com os horrores do pós-guerra em evidência e como resposta a estas, surge a Organização das Nações Unidas – ONU, como um ‘ambiente de multilateralismo que garantisse a paz entre as nações e o fortalecimento dos direitos humanos, para que os horrores da guerra não se repetissem’.¹²⁴

Assim, por meio da Carta das Nações Unidas, feita em 1945, um novo modelo de relacionamento de direitos humanos é proposto. Sobre a natureza da ONU, ressaltam Silveira e Rocassolano¹²⁵

¹²¹GUSMÃO, Paulo Dourado. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999

¹²²BALERA *op. cit.*, p. 116.

¹²³SILVEIRA, V. O.; ROCASOLANO, M. M. **Direitos humanos**: conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹²⁴SILVESTRE FILHO, Oscar. **Globalização e Direito humano ambiental**. Educ: São Paulo, 2019.

¹²⁵SILVEIRA; ROCASOLANO *op. cit.*, p. 115.

A ONU pode ser conceituada como uma associação voluntária de sujeitos de direito internacional público, constituída mediante ato internacional de caráter relativamente permanente, dotada de regulamentos e órgãos de direção próprios, cuja finalidade é atingir os objetivos comuns entre seus membros constituintes.

Ainda neste mesmo íterim, nasce a agência especializada da ONU, UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, tendo esta a missão de promover e desenvolver ações em âmbito internacional, nestas áreas.

Uma das primeiras ações da ONU foi a implementação de uma Declaração de natureza internacional que reunisse o conjunto de direitos humanos e expressasse a força da vontade das nações.

Assim, em 10 de dezembro de 1948, é proclamada a DUDH como instrumento pacificação dos direitos de Segunda Dimensão, os direitos de igualdade, iniciados na Revolução Industrial e Constituições do México (1917) Rússia e Alemanha (1919 – ‘Constituição de Weimar’), mas com foco e tratamento metodológico internacional a partir da DUDH.

Tendo por pano de fundo político o início da guerra fria entre EUA e União Soviética, a DUDH deixou evidenciado o objetivo de formar meios de consenso entre as potências (e seus respectivos satélites) que corporificavam as duas correntes político-ideológicas: o socialismo e o capitalismo.¹²⁶

E, ainda que neste cenário de tensão pós-segunda guerra, a DUDH e o conseqüente reconhecimento da indivisibilidade e da universalidade dos direitos humanos ampliaram os conceitos de pessoa e dignidade, e reconheceu direitos negados à condição humana durante a guerra.

Assim, a dimensão dos direitos econômicos, sociais e culturais, em sentido objetivo, “implementa-se, por um conjunto de normas em que o Estado, na condição de garantidor de direitos, deve buscar a redução das desigualdades sociais” e são “padrões que gerem reflexo no bem-estar humano”¹²⁷. Lima¹²⁸ressalta que estes

¹²⁶*Ibid.*, p. 115.

¹²⁷ SILVESTRE FILHO *op. cit.*, p. 97.

¹²⁸LIMA, Carolina Alves de Souza. **Cidadania, Direitos Humanos e Educação**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 27.

Resguardam direitos que o protegem como ser social e coletivo e possibilitam a distribuição da riqueza coletiva (...) A igualdade e a liberdade do ser humano são construídas pela sociedade politicamente organizada nos Estados e na ordem internacional, por meio de escolhas políticas dessas próprias comunidades no âmbito político e jurídico.

O preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos já traz como ideal o esforço das nações pelo ensino, educação e desenvolvimento das múltiplas liberdades¹²⁹.

E, mais especificamente, sobre o direito ao processo científico como Direito Cultural, Econômico e Social, a DUDH, em seu artigo 27, parte 1, 'i', especifica que 'Toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam.'¹³⁰

A este respeito, leciona Sayeg¹³¹que:

Em meu sentir, o significado do núcleo desse objeto central é a 'vida cultural da comunidade. Tomou-se como unidade de conhecimento cultura e civilização (...) Todos têm direito de participar livremente de sua comunidade, na voz dela, como diria Hegel (...) Por conseguinte, fica simples entender os objetos orbitais do 1º do artigo XXII, na fruição por conta desse acesso irrestrito aos produtos culturais, especialmente os artísticos e científicos, aproveitando-se deles (...) porque, em *ultima ratio*, revela o direito humano de estar conectado às estruturas sociais, veículo do processo civilizatório.

O surgimento da ONU e a conseqüentemente a necessidade de atribuir à esta força normativa, dá espaço ao surgimento de uma série de pactos, estabelecidos entre as nações signatárias, com a finalidade de promover a efetividade dos direitos proclamados.

129 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>>. Acesso em: 01 jul. 2022.

130 *Ibid.*, online.

131 SAYEG, *op. cit.*, p. 170.

3. O SURGIMENTO DO PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS E O DIREITO À CULTURA E AO PROGRESSO CIENTÍFICO

Em que pese tenha provocado verdadeiro e amplo debate acerca dos direitos humanos instituídos, a DUDH não é dotada, por sua natureza, de força jurídica obrigatória e vinculante.

Isso porque seu caráter é de Declaração e não de tratado, de modo a atestar o reconhecimento dos direitos humanos nela dispostas, promovendo o reconhecimento universal de tais direitos, um código comum reconhecido pelos Estados. Entretanto, a partir de então, passou-se a debater os mecanismos de assegurar tais direitos.

A resposta a tais questões foi a ideia de 'Juridicizar' a Declaração por meio de tratados internacionais: Surgem então os Pactos, Pacto internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.¹³²

O Pacto de Direitos Civis e Políticos instituiu direitos para os indivíduos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC, direitos da pessoa frente à coletividade.

E assim, aprovado pela ONU em dezembro de 1966, o PIDESC foi aberto para assinatura dos Estados-parte, entrou em vigor em 03 de janeiro de 1976, isso tão somente após a 35ª ratificação de Estados-parte.¹³³

Quanto ao direito à cultura e ao progresso científico, em seu artigo 15, 'a' e 'b', o PIDESC reconhece o direito à estes como um direito cultural, e estabelece que cada os Estados-parte reconhecem o direito de cada indivíduo.

Nesse período, intentando dar maior amplitude e alcance normativo e visando à implementação da internacionalização dos Direitos Humanos, a ONU realiza diversas convenções, tais como a Declaração sobre o uso do Progresso Científico e Tecnológico no interesse da Paz e em benefício da Humanidade - Proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de novembro de 1975 - Resolução n.º 3384 e a Declaração sobre o uso do progresso científico e tecnológico no interesse da Paz e em benefício da Humanidade – Res.3384/75 – ONU.¹³⁴

¹³²PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: estudo comparativo dos sistemas interamericano, europeu e africano**. São Paulo: Saraiva, 2008.

¹³³ PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2022.

¹³⁴*Ibid.*, online.

Tais declarações reconhecem o dever de todos os Estados-parte em prover do Direito à Cultura e ao Progresso Científico, estabelecem noções fundamentais acerca da relevância do tema, inclusive de sua influência na autonomia dos Estados e na influência destes sistemas para a manutenção da paz.¹³⁵

E no ano de 1986, a Declaração de Veneza – Primeiro Fórum da UNESCO sobre Ciência e Cultura e ressaltam a relevância da temática em suas notas introdutórias:

O estudo conjunto da natureza e do imaginário, do universo e do homem, poderia assim nos aproximar mais do real e nos permitir enfrentar melhor os diferentes desafios de nossa época. O ensino convencional da ciência, por uma apresentação linear dos conhecimentos, dissimula a ruptura entre a ciência contemporânea e as visões anteriores do mundo. Reconhecemos a urgência da busca de novos métodos de educação que levem em conta os avanços da ciência, que agora se harmonizam com as grandes tradições culturais, cuja preservação e estudo aprofundado parecem fundamentais[...]136

E assim, os pactos internacionais estabelecem o espírito direito da inter-relação objetiva entre o direito à cultura e ao progresso científico como parte da dimensão cultural.

4. CULTURA E CIÊNCIA E CONFORMAÇÃO JUNTO À CRFB/88 NO BRASIL

As múltiplas vertentes do Progresso Científico como Cultura permitem analisar reflexos importantes da Sociedade Moderna. Entre estes, o fenômeno da Globalização, que proveu a ampliação dos meios de comunicação.

A este respeito, Silvestre Filho¹³⁷pondera sobre a importância da conscientização dos indivíduos para a cidadania, esta como mecanismo de suporte ao desenvolvimento humano, a fim de que sejam consolidadas todas as maneiras de justiça social.

135DECLARAÇÃO SOBRE O USO DO PROGRESSO CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO NO INTERESSE DA PAZ E EM BENEFÍCIO DA HUMANIDADE. Disponível em: <<http://www.nepp-dh.ufrj.br/onu3-7.html>>. Acesso em: 01 jul. 2022.

136 DECLARAÇÃO DE VENEZA. [S. I.]. Disponível em: <http://www.dominipublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.jsp>>. Acesso em: 01 jul. 2022.

137 SILVESTRE FILHO *op cit.*, p. 116.

Rocha de Vilhena¹³⁸ acresce que, os Direitos Humanos – entre eles os direitos culturais, permitem à consecução dos objetivos da república, promovendo a dignidade social em seu mais alto patamar.

Ainda sobre o Direito a fruir do progresso científico, dispõe Sayeg¹³⁹ que a estrutura complexa integral do artigo XXVII, da Declaração Universal de Direitos Humanos – de onde traçamos o paralelo direto com o art.15, 'a' e 'b' do PIDESC – que claramente reflete a doutrina fraterna e humanista, que é proposta pelo capitalismo humanista, enquanto doutrina jus-filosófica de direitos humanos, que trabalha a dimensão econômica dos Direitos Humanos e o reconhecimento das liberdades negativas, sem deixar de ponderar os demais interesses oriundos de outras dimensões de direitos humanos, adensadas.

Também sob o âmbito doméstico, o tema ganhou especial atenção da Constituição Cidadã. Primeiro, sob o manto do artigo 5º, IX, que dispõe sobre a liberdade da atividade intelectual, artística e científica, livre de censura.

Adiante, através do artigo 215, quando estabelece o direito-garantia do Estado ao indivíduo de que este possa ter pleno exercício dos direitos culturais, de forma a delinear a dupla dimensão da expressão 'direitos culturais', seja como '*norma agendi*', seja como expressão de Direitos a serem garantidos pelo Estado.¹⁴⁰

E, ainda, através do artigo 218, reconhece ser um dever do Estado a promoção e incentivo ao desenvolvimento científico e tecnológico, sedimentando tais direitos como obrigações estatais, reconhecidas em âmbito internacional e recepcionadas pela legislação pátria.¹⁴¹

Assim, o país, a partir da Constituição Cidadã, reconheceu direitos estabelecidos junto à DUDH e aos pactos dos quais o país é signatário, reconhecendo e dando amplitude a estes, em âmbito nacional.

5 CONCLUSÃO

138 ROCHA DE VILHENA, S. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2016.

139 SAYED *op cit.*, p. 1250.

140 SILVA, Joselaine de Lima. Direito à identidade cultural dos povos indígenas no Brasil. XIV Encontro de História de ANPUH- MS. "História: o que é, quanto vale, para que serve? 8 a 10 de Outubro de 2018.

141 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, compilado até a Emenda Constitucional no 105/2019. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020.

Ainda que a humanidade tenha reconhecidos avanços em torno da conceituação do que é e de qual a obrigação dos Estados para com o direito à cultura e o direito a fruir do progresso Científico, o problema da efetividade ainda é fator preponderante na Sociedade atual. Sobretudo no que diz respeito à conformação com as demais dimensões, como garantidores da Dignidade, esta, como parâmetro de exercício dos Direitos Humanos.

Os desafios da comunidade internacional e da Sociedade brasileira são de grande relevância para a consolidação destes direitos e para o próprio estado democrático brasileiro, que vivencia, ao longo de sua existência, um processo de sedimentação de direitos e também de longos debates e políticas públicas visando ao alcance efetivo destas garantias constitucionais.

E, ainda que permeados das questões sociais e políticas que evidenciam as fragilidades da Nação brasileira no papel de garantidor desses direitos, a DUDH e os pactos que as sucederam deixam a mensagem de que a humanidade avança com a belíssima missão de fazer concretizar direitos que historicamente são constituídos às custas de trágicas lições.

É preciso que se lembre que, mesmo a institucionalização de direitos enquanto garantias, são de fato um avanço para a história do pensamento jurídico.

Se, por um lado, temos os desafios de um mundo em constante conflito entre a consolidação e conformação de direitos aparentemente em colisão, por outro, temos leis que são frutos de históricas batalhas sociais ou de aprendizados vivenciados por momentos aterradores, como a Segunda Guerra Mundial.

Reconhecer, ainda que textualmente, que estes são direitos imanentes à condição humana é um passo conseguido a custo de duras lutas.

Ainda que distantes da aspiração do alcance da plena consecução do direito à cultura e a fruir do Progresso Científico – e demais direitos humanos que possa permear o Direito e a humanidade - no campo formal e da efetividade, é certo que a Sociedade caminha na aspiração da compreensão e alcance de mecanismos de efetivação.

As Declarações e os Pactos internacionais cumprem com aquele estágio da história da humanidade: o de reconhecer e se comprometer aberta e reciprocamente para com o desenvolvimento da humanidade.

A solidão ocasionada pelas distâncias econômicas e sociais dos Estados-partes se apresentam como o verdadeiro desafio atual: o de promover a solidariedade, enquanto elo

da Fraternidade, a fim de promover, ainda que no futuro, sociedades plurais e capazes de prover seus indivíduos destes direitos – irrenunciáveis.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

ALVES, Rubem. **Cenas da Vida**. 2ª Ed. São Paulo: Papirus, 2012.

BALERA, Wagner. **A paz é possível**. 1ª Ed – Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, compilado até a Emenda Constitucional no 105/2019. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020.

DECLARAÇÃO SOBRE O USO DO PROGRESSO CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO NO INTERESSE DA PAZ E EM BENEFÍCIO DA HUMANIDADE. Disponível em: <<http://www.nepp-dh.ufrj.br/onu3-7.html>>. Acesso em: 01 jul. 2022.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>>. Acesso em: 01 jul. 2022.

DECLARAÇÃO DE VENEZA. [S. I.]. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.jsp>>. Acesso em: 01 jul. 2022.

GUSMÃO, Paulo Dourado. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

LARAIA. **Roque de Barros. Cultura**: Um conceito antropológico. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 13.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Cidadania, Direitos Humanos e Educação**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 27.

MELLO, M.R.G. **Inter-relações entre Ciência da Informação e Filosofia da Ciência**: reflexões histórico-epistemológicas. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências da Informação). Universidade Estadual Paulista – Faculdade de Filosofia e Ciências, 2016. p. 15.

MOURÃO, L. Oportunidades de qualificação profissional no Brasil: reflexões a partir de um panorama quantitativo. **Revista de Administração Contemporânea**, 13(1), 136-153. 2009. p. 6.

SANTOS, Marcelo Loeblein dos. **Conhecimentos tradicionais indígenas**: A biopirataria no Brasil frente ao processo de globalização. 2008. 138 f. Dissertação apresentada ao

Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, como parte dos requisitos necessários para obtenção do título de Mestre em Direito, na linha de pesquisa Direito Ambiental e Biodireito, Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2008.

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. Disponível em:

<<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2022.

PELEGRINI, S. C. A.; FUNARI, P. P. A. **O que é patrimônio cultural imaterial**. São Paulo: Brasiliense, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: estudo comparativo dos sistemas interamericano, europeu e africano**. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROCHA DE VILHENA, S. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2016.

SANTOS, Marcelo Loeblein dos. **Conhecimentos tradicionais indígenas: A biopirataria no Brasil frente ao processo de globalização**. 2008. 138 f. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, como parte dos requisitos necessários para obtenção do título de Mestre em Direito, na linha de pesquisa Direito Ambiental e Biodireito, Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2008.

SAYEG, Ricarado. Balera, Wagner. **Fator Caph.Capitalismo Humanista**. A dimensão econômica de Direitos Humanos. São Paulo: Editora Max Limonad, 2019. p. 143 – 152.

SILVA, Joselaine de Lima. Direito à identidade cultural dos povos indígenas no Brasil. XIV Encontro de História de ANPUH- MS. "História: o que é, quanto vale, para que serve? 8 a 10 de Outubro de 2018.

SILVEIRA, V. O.; ROCASOLANO, M. M. **Direitos humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVESTRE FILHO, Oscar. **Globalização e Direito humano ambiental**. Educ: São Paulo, 2019.

O FEDERALISMO BRASILEIRO: DISPOSIÇÕES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1.988 E CARACTERÍSTICAS DE UMA FEDERAÇÃO NA VISÃO DA DOUTRINA

RAUL QUEIROZ DE MENEZES: Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife da UFPE, Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes, Advogado e ocupante do cargo efetivo de Agente Legislativo da Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco, onde assessora a Comissão de Constituição, Legislação e Justiça.

RESUMO: O presente artigo faz uma análise sobre a forma federativa de Estado na Constituição Federal de 1988. O estudo analisará as previsões constitucionais a respeito do tema, bem como posicionamentos doutrinários a respeito das características de uma Federação.

Palavras-chave: Federalismo. Constituição de 1988. Municípios como entes federados. Raul Machado Horta. Características da Federação. Ausência de consenso doutrinário. Distribuição de Competências. Impossibilidade de Secessão.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo é fruto de pesquisa realizada na área do Direito Constitucional, com análise centrada na estruturação da Federação brasileira, sua previsão constitucional e inovações trazidas pela Constituição de 1988 a respeito da matéria.

Outrossim, o artigo também abordará debate doutrinário acerca de quais as características de uma Federação. Conforme será demonstrado, não há unanimidade na doutrina a respeito da questão, de forma que alguns doutrinadores apresentam rol mais extenso e outros um rol mais enxuto de características, sem prejuízo de alguns pontos sempre estarem presentes.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Relevância da forma federativa de estado na Constituição de 1988

Dentre todas as normas, princípios, ideias que poderiam ser colocadas pelo constituinte brasileiro de 1988 para abrir a Constituição em seu primeiro artigo, uma foi a escolhida, e ela traz justamente a ideia do Estado Federal, da forma federativa de Estado, deixando claro que se adota a República como forma de governo e que a forma de Estado brasileiro é a forma federativa, que é uma Federação. Veja-se: "Art. 1º. A República

Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]”142.

Atesta a importância da forma federativa de Estado para nossa Constituição e para a organização do nosso Estado o fato de que o legislador constituinte não apenas a selecionou para ser um dos temas abordados no artigo inaugural da Constituição, como também insculpiu a forma federativa de Estado no rol do parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição da República, que trata das cláusulas pétreas, os temas que de forma alguma podem ser abolidos nem ao menos ter alguma proposta que incline-se a aboli-los. Segue o referido trecho constitucional: “Art. 60. [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; [...]”143.

Quanto ao artigo 1º da Constituição de 1988, curioso notar que o legislador afirma que a República Federativa do Brasil é composta pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal. Assim sendo, pode-se classificar o Brasil atualmente como um Estado de composição complexa, haja vista ser formado por uma pluralidade de entes constitutivos. Além disso, nosso País é composto por uma pluralidade de entes heterogêneos, porquanto tenha dentre sua composição entes de diferentes categorias, quais sejam Estados, Municípios e o Distrito Federal. Nesse aspecto, nossa Federação vai na contramão da maioria dos demais Estados que adotam essa mesma forma de Estado, uma vez que a maioria das Federações são compostas por uma pluralidade de entes homogêneos. É o caso da organização previstas nas Constituições dos Estados Unidos, México, Argentina, Áustria, Canadá, Alemanha, Índia, Suíça e Austrália. Ao lado do Brasil, como Estado Federal composto por entes heterogêneos, tem-se o federalismo da Bélgica¹⁴⁴.

Outro aspecto peculiar do federalismo brasileiro constante do artigo 1º da Constituição Federal de 1988 é a ausência da União e a presença dos Municípios como entes participantes da união indissolúvel que forma a República Federativa do Brasil. Quanto à ausência da União, apesar de ela não estar positivada no artigo inicial da Carta Magna, diversas são as vezes em que ela é citada ao longo desta, recebendo uma extensa gama de competências legislativas e administrativas, além de ser citada no artigo 18, que abre ao mesmo tempo o Título III da Constituição Federal que versa sobre a Organização do Estado e o Capítulo I desse Título que trata da Organização Político Administrativa. O referido artigo 18 diz o seguinte: “Art. 18. A organização político-administrativa da

142BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 abr. 2016.

143 *Ibidem*.

144 HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 463.

República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”145.

Quanto ao tema, a supressão da União do artigo 1º, convém trazer a lição de Raul Machado Horta:

É criticável, de modo geral, a redação que as Constituições Federais Brasileiras vêm dando ao artigo que trata da composição da República Federativa. Além da inclusão dos Territórios, nas Constituições anteriores, e a dos Municípios, na Constituição de 1988, como entes constitutivos da República Federativa, nota-se o esquecimento da União Federal na composição federativa. Os textos constitucionais brasileiros não identificam a União Federal como ordenamento central do Estado Federal ou da República Federativa. A União permanece oculta na cláusula da União indissolúvel, que vincula os ordenamentos parciais dos Estados e do Distrito Federal, sem explicitar a presença da União Federal na composição da forma de Estado. O ‘Anteprojeto da Comissão de Estudos Constitucionais’ resolveu essa lacuna, adotando a redação mais adequada à pluralidade dos ordenamentos jurídicos: ‘A República Federativa do Brasil é constituída pela associação indissolúvel da União Federal, dos Estados e do Distrito Federal (art. 67)’146.

Concorda-se de maneira integral com a lição de Horta. Resta claro que a União é sim ente componente do Estado Federal, pessoa jurídica de Direito Público interno dotada de diversas atribuições e frequentemente citada ao longo do texto constitucional. Nos parece justo dizer que tratou-se de atecnia do legislador ao elaborar o artigo 1º da Constituição sem colocá-la como parte da União indissolúvel da República Federativa do Brasil. Para corroborar com esse entendimento, pode-se recorrer à teoria de Hans Kelsen sobre o Estado Federal, na qual o autor afirma que Estado Federal e Federação - que seria o equivalente à União- não se confundem, uma vez que a Federação é apenas uma ordem jurídica central parcial, que junto às demais ordens jurídicas locais parciais - no caso brasileiro os Estados-Membros, Municípios e Distrito Federal- forma a Ordem Jurídica Total, que seria justamente a República Federativa do Brasil.

Por sua vez, a presença dos Municípios como entes federados é ineditismo sagrado pela Constituição de 1988, já que nenhuma Constituição brasileira passada jamais trouxe os Municípios como entes federados e tampouco é essa a posição das demais

145BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 abr. 2016.

146 HORTA, Raul Machado. *op. cit.* p. 333.

Constituições de Estados Federados ao redor do globo. A esse respeito, leciona Paulo Bonavides:

Faz-se mister assinalar desse modo o significado decisivo, inédito e inovador que assume o art. 18 da Constituição vigente. Esse artigo inseriu o município na organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, fazendo com que ele, ao lado do Distrito Federal, viesse a formar aquela terceira esfera de autonomia, cuja presença, nos termos em que se situou, altera radicalmente a tradição dual do federalismo brasileiro, acrescido agora de uma nova dimensão básica¹⁴⁷.

Em que pese ter sido o Município destacado para o posto de ente federado, que não ocupava anteriormente, na prática ele não tem um protagonismo paritário com os Estados e União. Uma crítica pertinente é o fato de que além de o Município não ter sido incluído ao lado da União, Estados e Distrito Federal dentre os entes responsáveis pela competência legislativa concorrente - artigo 24 -, no artigo 30, II, que afirma que compete ao Município suplementar a legislação federal e a estadual no que couber não foram listadas matérias nenhuma, deixando um vácuo, um texto vago. Seria de bom alvitre conceder aos Municípios uma participação explícita, com matérias claras estabelecidas.

Apesar de o Brasil ser o único Estado do mundo a ter o município como ente federado, chegou-se a debater posteriormente a inclusão deste na organização da República Federativa da Alemanha. Foi tema de debate na Comissão da Câmara dos Deputados alemã, a Bundestag, que acabou por emitir parecer negativo¹⁴⁸. De qualquer forma, mesmo não tendo sido aprovada essa reforma do federalismo na Alemanha, a elevação do município ao status de ente federado passou a ser debatida após o constituinte brasileiro ter sido o pioneiro a realizá-la, e pode ganhar outros adeptos com o passar do tempo.

2.2 Pontos característicos da forma federativa de estado

Prosseguindo no tema do federalismo, para se tratar acerca da forma federativa de Estado, é imperioso explicar no que ela consiste, quais são as características de um Estado que organize-se enquanto Federação, que adote o federalismo. Contudo, é fundamental deixar claro que nem todos os Estados Federados do mundo adotam exatamente a mesma estrutura, possuem exatamente as mesmas características, de forma

¹⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 357.

¹⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 357.

que, como se verá adiante, há algumas Federações que apresentam alguns traços distintos do que é o normal na forma federativa de Estado, sendo chamados esses traços de assimetrias do federalismo.

Não apenas os Estados Federais divergem entre si quanto às características que adotam, como, com efeito, nem mesmo os próprios doutrinadores entram em consenso a respeito desse ponto. Alguns identificam certas características que são negligenciadas por outros, de forma que não há uma uniformidade ao estabelecer esses princípios que vão caracterizar a federação, muito embora alguns estejam presentes em todas as listas.

Para Raul Machado Horta:

A construção normativa do Estado Federal pressupõe a adoção de determinados princípios, técnicas e de instrumentos operacionais que podemos condensar na seguinte relação, recolhendo os subsídios da contribuição doutrinária e da organização constitucional dominante do federalismo: 1. a decisão constituinte criadora do Estado Federal e de suas partes indissociáveis, a Federação ou União, e os Estados-Membros; 2. a repartição de competências entre a Federação e os Estados-Membros; 3. o poder de auto-organização constitucional dos Estados-Membros, atribuindo-lhes autonomia constitucional; 4. a intervenção federal, instrumento para reestabelecer o equilíbrio federativo, em casos constitucionalmente definidos; 5. a Câmara dos Estados, como órgão do Poder Legislativo Federal, para permitir a participação do Estado-Membro na formação da legislação federal; 6. a titularidade dos Estados-Membros, através de suas Assembleias Legislativas, em número qualificado, para propor emenda à Constituição Federal; 7. a criação de novo Estado ou modificação territorial de Estado existente dependendo da aquiescência da população do Estado afetado; 8. a existência no Poder Judiciário Federal de um Supremo Tribunal ou Corte Suprema, para interpretar e proteger a Constituição Federal, e dirimir litígios ou conflitos entre a União, os Estados, outras pessoas jurídicas de direito interno, e as questões relativas à aplicação ou vigência da lei federal. A reunião desses requisitos não se realiza homogeneamente nas formas reais de Estados Federais. Há os casos em que a lista é integralmente atendida. Há casos de atendimento parcial, com ênfase em determinados requisitos e diluição de outros¹⁴⁹.

149 HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 305.

Por sua vez, Michel Temer entende que:

[...] três notas são essenciais à caracterização federal: a) descentralização política fixada na Constituição (ou, então, repartição constitucional de competências); b) participação da vontade das ordens jurídicas parciais na vontade criadora da ordem jurídica nacional; e c) possibilidade de autoconstituição; existência de Constituições locais. [...] Se estes requisitos são indispensáveis para a caracterização da Federação, dois outros colocam-se necessários para sua manutenção. São eles: a) a rigidez constitucional e b) a existência de um órgão constitucional incumbido do controle da constitucionalidade das leis¹⁵⁰.

Nilo Marcelo de Almeida Camargo, após realizar análise da lição de alguns doutrinadores sobre o tema, como os supracitados Raul Machado Horta e Michel Temer, além de Dalmo de Abreu Dallari e Oswaldo Aranha Bandeira de Melo, identifica um núcleo comum de características que costumam repetir-se na grande maioria das análises e que ele considera serem imprescindíveis à configuração do Estado Federal. São elas:

1) a existência de uma Constituição escrita, rígida, em que se encontram definidas as competências dos entes componentes, e garantindo-lhes autonomia no exercício dessas competências fixadas;

2) presença de um árbitro imparcial para solucionar as pendências que inevitavelmente surgirão, do conflito entre os entes federados, fazendo-se cumprir o constitucionalmente estabelecido;

3) a participação da vontade das ordens parciais na elaboração da norma geral;

4) indissolubilidade do Estado Federal, de forma diferente de uma Confederação, formada por Estados Soberanos, que permite a saída de seus membros¹⁵¹.

Comprovada a pluralidade de características identificadas pelos doutrinadores para definir o Estado Federal, analisa-se algumas delas. Uma será analisada de forma breve, com algumas explicações apenas, enquanto que outras terão mais relevância, maior aprofundamento. Embora sejam todas importantes para o funcionamento do federalismo, algumas características como a repartição de competências e a autonomia dos entes

¹⁵⁰TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22. ed. 2. tir., São Paulo: Malheiros, 2007. p. 65.

¹⁵¹CAMARGO, Nilo Marcelo de Almeida. **A forma federativa de Estado e o Supremo Tribunal Federal pós-constituição de 1988**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010. p. 36.

federados recebem maior destaque na doutrina, ganhando maior espaço também nesta obra.

Neste ponto, importante consignar que as Federações constituem-se através de uma Constituição, é através dela que é firmado, mesmo que implicitamente, o pacto ou compromisso federativo entre os entes que formarão o Estado Federal. Essa Lei Fundamental vai estabelecer todas as principais normas organizacionais desse novo Estado. É ela que vai instituir os Poderes, conferir maior ou menor autonomia para os entes que a compõe, vai distribuir competências administrativas e legislativas para suas unidades componentes, instituir princípios que não podem ser desrespeitados seja pelos administradores, legisladores ou julgadores. É essa Constituição escrita e rígida que vai estar no topo do ordenamento jurídico, e servirá de base para a elaboração das Constituições estaduais, que devem respeitar integralmente todos os princípios estabelecidos pela Lei Maior do Estado Federal. Ou seja, a existência de Constituição é condição *sine qua non* para a existência do Estado Federal, sendo todas as outras características da Federação decorrentes da existência da própria Constituição, que é norma suprema.

Em virtude de os Estados Federais serem regidos por essa norma suprema que é a Constituição, é necessário também um órgão do Poder Judiciário que tenha posição superior aos demais, que tenha a palavra final, uma competência decisória definitiva e que além disso atue como guardião da Constituição, de forma a evitar que esta seja descumprida. Outrossim, se for pensado que se estar falando de Estados Federais, é imprescindível que se tenha um órgão jurisdicional de hierarquia superior para solucionar justamente os conflitos que surgirem entre Estados-Membro e a Federação, ou entre os Estados-Membros entre si, preservando o federalismo e a convivência pacífica entre a ordem jurídica total e as ordens parciais. É fundamental a atuação dessa Corte Suprema para manter a unidade nacional, mas preservando a autonomia dos entes federados.

Consta do artigo 102 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, norma que exemplifica essa função do Supremo Tribunal de resolver conflitos entre os entes federados, de forma a prezar pelo pleno funcionamento dos princípios vinculados ao federalismo:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...]; f) as causas e os conflitos entre a União e os

Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta¹⁵².

De acordo com Nilo Marcelo de Almeida Camargo:

Dinamicamente, é necessária a existência de uma instituição especializada, não imprescindivelmente judicial, mas dotada de garantias de independência e imparcialidade, habilitada para a resolução dos conflitos federativos. [...] No Brasil, o Supremo Tribunal Federal é o guarda da Constituição, e, por conseguinte, do regime federativo. [...] na aplicação do princípio da forma federativa de Estado, cujo núcleo essencial repousa na garantia de autonomia aos entes federativos (autogoverno, auto-organização e auto-administração), a ponderação é a técnica preponderantemente ainda que não nominalmente mencionada- utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para a verificação da constitucionalidade das leis e atos normativos com essa cláusula intangível (e princípio estruturante). O núcleo da ponderação reside na autonomia v. unidade, acrescidos a outros princípios e valores constitucionais, a depender do caso concreto, eventualmente conflitantes¹⁵³.

Outrossim, é característico do federalismo o fato de haver participação dos Estados-Membros nas decisões tomadas pelo legislativo federal. Ora, se são justamente os Estados que se juntam para formar a Federação, nada mais justo que garantir-lhes assento nas decisões tomadas na esfera Federal, com vistas a manter um equilíbrio entre os entes. Ao contrário do Chefe do Executivo Federal ou de um Ministro de Estado que representam apenas o interesse da Federação em si, os Senadores fazem parte do legislativo Federal mas eleitos cada um pelos seus Estados, devendo legislar em prol da Federação, obviamente, mas também lutar pelos interesses das ordens parciais locais. Desta forma, as leis emanadas pela Federação, são em certa parte o resultado da manifestação da vontade dos representantes de todos os Estados componentes do Estado Federal.

É comum nas Federações a presença de duas Câmaras para compor o legislativo federal. Uma dessas Câmaras é constituída por representantes do povo de forma que cada ente componente da Federação terá uma quantidade de representantes proporcional ao

¹⁵²BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2019.

¹⁵³CAMARGO, Nilo Marcelo de Almeida. **A forma federativa de Estado e o Supremo Tribunal Federal pós-constituição de 1988**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010. p. 140-141.

número de eleitores daquela unidade federada ou a quantidade de pessoas que lá residem, a depender do sistema adotado na prática pelo Estado Federal. Curioso notar, que a quantidade de representantes por Estado nessa Casa não é perpétua, de forma que se houver forte migração populacional de um Estado para outro, ou transferência de domicílio eleitoral, será redistribuída a quantidade de representantes de cada unidade federada. Neste sentido, resta claro que essa Casa legislativa tem o perfil de representante da população, do povo.

Por sua vez, a outra Câmara- comumente denominada Senado Federal - que vai integrar o legislativo federal tem sua composição estabelecida de maneira distinta. Nela, cada Estado-Membro terá participação paritária, idêntica, enviando o mesmo número de representantes. Assim, cada Estado participa das decisões da Federação, que valerão para todo o território nacional, e cada unidade componente da Federação tem a mesma quantidade de representantes nessa Casa, de maneira que não é possível que os interesses de um Estado-Membro se sobressaia em relação aos demais pelo fato de terem mais representantes, haja vista a distribuição nessa Câmara ser paritária.

Analisando essa questão sob a ótica do federalismo brasileiro, tem-se que essas duas Câmaras citadas acima, correspondem respectivamente à Câmara dos Deputados (composto pelos representantes do povo, dos eleitores) e ao Senado Federal (composto pelos representantes dos Estados e do Distrito Federal). O órgão responsável por elaborar as Leis Nacionais, que terão validade sobre todo o território brasileiro e não apenas em cada localidade, é o Congresso Nacional. Esse Congresso é órgão bicameral, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, de forma que as leis por ele aprovadas tem que passar pelo crivo de seus dois órgãos componentes, tendo, pois, a participação dos representantes do povo e dos representantes dos Estados e do Distrito Federal. É, pois, fundamental a participação do Senado Federal no processo de elaboração legislativa federal, uma vez que é através da atuação desse órgão que fica garantida a participação da vontade dos Estados federados na vontade geral que vai reger todo o Estado Federal.

Ademais, é imprescindível a existência do Senado Federal pela sua atuação moderadora. Explica-se, uma vez que os Deputados Federais que compõe a Câmara dos Deputados são eleitos de forma proporcional à população do Estado, os Estados com maior população poderiam ter vantagem na aprovação de projetos que favorecessem seus Estados.

Para Temer:

[...] ambas as Casas participam do processo de elaboração de lei, mas o Senado tem função moderadora visando a manter o equilíbrio federativo. [...] É no Senado em face da paritriedade da representação, que se moderará a atividade legislativa da Câmara

dos Deputados, quando nesta a legislação tiver o objetivo de beneficiar determinadas regiões em detrimento do todo nacional. É no Senado que se promove o equilíbrio do interesse federativo¹⁵⁴.

No Senado Federal, em virtude da paridade quantitativa de seus membros, a atividade da Câmara dos Deputados será moderada, equilibrada.

3. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, importante destacar que a Federação brasileira ganhou novos contornos com a CF/88, visto que os Municípios foram alçados ao posto de entes federados. Ademais, conclui-se, também, que houve atecnia do constituinte originário ao não prever expressamente a União Federal no artigo 1º da CF/88, nos termos da lição de Raul Machado Horta, citada no tópico 2.1 deste artigo, com a qual este autor concorda integralmente.

Ao longo do artigo também foi visto que não há unanimidade na doutrina acerca de quais seriam as exatas características necessárias para a configuração de um Estado Federal, de forma que alguns doutrinadores citam mais características e outros menos. Contudo, certos apontamentos são invariáveis, como: (i) a impossibilidade de secessão; (ii) a distribuição de competências; (iii) a vontade local participando da formação da vontade nacional.

REFERÊNCIAS

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CAMARGO, Nilo Marcelo de Almeida. **A forma federativa de Estado e o Supremo Tribunal Federal pós-constituição de 1988**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22. ed. 2. tir., São Paulo: Malheiros, 2007

¹⁵⁴TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22. ed. 2. tir., São Paulo: Malheiros, 2007. p. 69.

INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E OBJETIVIDADE: OS MODELOS TEÓRICOS DE HANS Kelsen E HERBERT HART

PABLO ANTONIO LAGO: Doutor em Filosofia e Teoria Geral pela Faculdade de Direito da USP – Largo de São Francisco. Advogado em Curitiba¹⁵⁵.

Resumo: Este artigo analisa criticamente as concepções de interpretação jurídica propostas por Hans Kelsen e Herbert Hart, influentes teóricos do Direito do século XX. Após a apresentação das concepções kelseniana e hartiana sobre interpretação das normas jurídicas, levando-se em consideração sobretudo o problema da objetividade, defende-se a superioridade da visão de Hart. Argumenta-se que a concepção hartiana foge do modelo de indeterminação total da linguagem sugerido por Kelsen e estabelece padrões mínimos de objetividade, muito mais próximos da nossa prática jurídica, impondo limites à discricionariedade judicial. Conclui-se que a concepção defendida por Hart inaugura um novo capítulo nos estudos da interpretação jurídica.

Palavras-chave: Interpretação jurídica. Objetividade. Hans Kelsen. Herbert Hart.

Abstract: *This paper analyzes the conceptions of legal interpretation proposed by Hans Kelsen and Herbert Hart, two of the most influential legal scholars from the last century. After presenting Kelsen's and Hart's conceptions on the interpretation of legal norms, focusing on the problem of objectivity, the superiority of Hart's view is defended. It is argued that Hart's conception, unlike Kelsen's one, fits better our legal practice. It escapes the model of total indeterminacy of our language suggested by Kelsen, and establishes minimum standards of objectivity, imposing limits on judicial discretion. It is concluded that the conception proposed by Herbert Hart opens a new chapter in the studies of legal interpretation.*

Keywords: *Legal interpretation. Objectivity. Hans Kelsen. Herbert Hart.*

Sumário: Introdução. 1. Hans Kelsen: interpretação e a Teoria Pura do Direito. 2. A “virada metodológica” hartiana: textura aberta e indeterminação relativa. 3. Análise crítica. Conclusão. Referências.

Introdução

É comum escutar, no cotidiano forense, a afirmação de que o Supremo Tribunal Federal “pode errar, mas tem o direito de errar por último”. Tal expressão remonta a Rui

155 . E-mail: pabloa.lago@gmail.com

Barbosa, na época senador da República, em aparte feito ao seu então colega Pinheiro Machado¹⁵⁶. Com ela, reforça-se uma ideia importante para o ordenamento e a prática jurídica, correspondente à definitividade da jurisdição. Mas como devemos entender o “erro” judicial? Considerando a interpretação de normas jurídicas feita pelos juízes, eventual “erro” deverá ser considerado como questão de ordem subjetiva e incerta (afinal, juristas divergem honestamente sobre qual a melhor interpretação das normas em casos concretos), ou seria possível identificar algumas situações nas quais, *objetivamente*, algumas interpretações são equivocadas?

É esta última pergunta que informa o objetivo geral deste trabalho, que parte da análise das concepções de interpretação propostas por dois dos mais influentes teóricos do Direito no século XX: Hans Kelsen e Herbert L. A. Hart. Argumenta-se, acompanhando a tese de Ronaldo Porto Macedo Junior, que a concepção de Hart é o “ovo da serpente” na Teoria do Direito (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 52) – é ela que, em certa medida, introduz a objetividade na interpretação do Direito e que, em última análise, abre espaço para muitas críticas posteriores que seriam dirigidas ao positivismo jurídico (em especial as desenvolvidas por Ronald Dworkin)¹⁵⁷.

Para os fins deste trabalho, a objetividade diz respeito à possibilidade de se alcançar uma interpretação *correta*. A questão é saber se podemos, de fato, identificar decisões judiciais certas ou erradas, e a partir de quais critérios. Defende-se que é neste ponto que reside a principal distinção entre os modelos de interpretação propostos por Kelsen e Hart. Se para Kelsen a discricionariedade do aplicador do Direito é total, enquanto ato de vontade, Hart assevera que a textura aberta da linguagem, considerando regras jurídicas, implica não apenas em uma zona de indeterminação, mas, sobretudo, na possibilidade de identificar casos que efetivamente se enquadrem ou não nos termos constantes na norma. Isso significa que, para Hart, somos capazes de afirmar que os juízes podem errar, objetivamente, ao aplicar o Direito.

¹⁵⁶ “Em todas as organizações políticas ou judiciais há sempre uma autoridade extrema para errar em último lugar. A alguém, Senhores, nas cousas deste mundo, se há de admitir o direito de errar por último. (...) O Supremo Tribunal Federal, Senhores, não sendo infalível, pode errar, mas a alguém deve ficar o direito de errar por último, de decidir por último, de dizer alguma coisa que deva ser considerada como erro ou como verdade. Isto é humano” (BARBOSA, 1974, p. 259).

¹⁵⁷ “O ‘ovo da serpente’ metodológico da teoria do direito na segunda metade do século XX foi introduzido por H. L. A. Hart. Evidentemente, antes dele as preocupações com a metodologia do estudo do direito já eram patentes e essenciais nas obras de outros autores. (...) Contudo, é somente com a publicação de *O conceito de direito*, de H. L. A. Hart, em 1961, que o debate metodológico jurídico se reacende em novas bases, em especial no universo intelectual anglo-saxão, tornando-se um verdadeiro ponto de inflexão teórica, tanto para o positivismo jurídico como para seus críticos” (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 52).

O trabalho está dividido em três partes. Em um primeiro momento, é apresentada a concepção kelseniana de interpretação jurídica, atentando para seus pressupostos metodológicos – que estão diretamente relacionados à sua visão relativista do fenômeno moral. Posteriormente, analisa-se a concepção hartiana, centrando-se no conceito de textura aberta e em suas consequências práticas. Ao final, são apresentadas algumas reflexões sobre o tema, apresentando-se as razões pelas quais se entende que a posição de Hart é superior à de Kelsen.

1. Hans Kelsen: interpretação e a *Teoria Pura do Direito*

Analisar a concepção kelseniana de interpretação jurídica envolve, preliminarmente, compreender alguns dos seus pressupostos metodológicos – notadamente a sua ideia de *pureza metodológica*. Como sustenta Mario Losano, Kelsen é herdeiro direto de uma perspectiva metodológica que buscava a ausência de juízos de valor nas ciências, sobretudo nas ciências sociais (LOSANO, 1998, p. X). Esta ideia se encontra presente já em Max Weber: em síntese, significa que a preocupação do cientista social deve ser em *descrever* um dado objeto do conhecimento, sem *avaliá-lo*. Assim, um sociólogo de linha weberiana preocupa-se em observar a realidade social e em descrever as realidades que constatar, sem emitir juízo de valor sobre o que observa – sem estabelecer se as ações humanas observadas são “boas” ou “ruins”, “certas” ou “erradas”, “justas” ou “injustas”. Isso se assemelha à tarefa dos que se dedicam às ciências naturais, que observam os fenômenos da natureza e buscam identificar sua lógica. Logo, a primeira distinção que devemos ter em mente é entre *descrever* e *avaliar*, e a obra de Kelsen se propõe uma *descrição* do Direito. Em última análise, Kelsen também é um dos teóricos que busca superar a crença típica do século XIX fundada no “progresso” humano (LOSANO, 1998, p. XII).

Contudo, há uma diferença fundamental entre o trabalho de um sociólogo e o empreendido por Kelsen. Enquanto o sociólogo tem como preocupação questões do mundo do “*ser*”, daquilo que “realmente” ocorre na sociedade (as ações sociais, coletivas e suas consequências), o objeto de estudo de Kelsen são as *normas jurídicas*. Em linhas gerais, pode-se afirmar que uma norma corresponde a um guia para a ação humana: a norma estabelece o que deve ou não deve ser feito. Isso significa que as regras jurídicas e sua normatividade se inserem em um plano distinto daquilo que efetivamente ocorre: são abstrações, integrando o chamado mundo do “*dever-ser*”. Desse modo, ao contrário do sociólogo ou do cientista natural que descrevem regularidades no comportamento social ou na natureza, Kelsen está preocupado em descrever a normatividade do Direito.

Além da rejeição dos juízos de valor e da preocupação com a normatividade jurídica, a perspectiva metodológica de Hans Kelsen encontra seus pressupostos na escola neokantiana. A ideia central é de que o objeto da ciência é determinado pelo *método*, pelo

modo de observar e compreender as coisas (LOSANO, 1998, p. XIII). Este ponto fica mais claro quando recorremos à Kant e percebemos que, para ele, não são os objetos do mundo que conformam nossa mente, mas é nossa mente que confere sentido às coisas do mundo (i.e., é a nossa *razão pura* que nos permite conhecer as coisas do mundo, aprioristicamente, compreendendo-as e as dotando de sentido). Tal fato permite ao teórico estabelecer os pressupostos da sua análise de determinado objeto – o teórico formula uma questão, um problema, e então cria a estrutura teórica (essencialmente formal) para analisá-la.

Isso significa, em última análise, que Kelsen “escolhe” seu objeto de estudo. Sua intenção não é tratar o Direito em sua totalidade; ele busca apenas compreender e descrever a natureza das normas jurídicas. Sua preocupação é em responder à questão “o que é o Direito”, e não como ele “deveria ser” (o que envolve avaliá-lo) ou como ele é efetivamente aplicado (o que envolve a análise do comportamento dos indivíduos submetidos às regras jurídicas e que, conseqüentemente, seria objeto de estudo sociológico, do plano do “ser”). Seu objeto de estudo, portanto, é circunstancial. Kelsen analisa o funcionamento do *Direito Positivo*, enquanto um conjunto de regras postas (positivadas) por uma autoridade em um dado território. Deste modo, opera com inúmeros conceitos para compreender a natureza destas regras: dever, obrigação, direito objetivo, direito subjetivo etc. Tais conceitos são pormenorizadamente estudados sua principal obra, a *Teoria Pura do Direito*¹⁵⁸.

Tendo em mente a preocupação metodológica de Kelsen, fica claro porque a questão da interpretação do Direito, enquanto último capítulo da *Teoria Pura do Direito*, foi contemplada apenas na segunda edição desta obra e após pressão de críticos. Para Kelsen, a interpretação está diretamente ligada à aplicação do Direito, não constituindo uma preocupação direta do seu cientista. Contudo, isso não impede que a interpretação seja vista enquanto um *ato de conhecimento*, competindo ao teórico identificar as diversas possibilidades interpretativas das normas jurídicas. Neste sentido, como afirma Kelsen, a interpretação enquanto ato de conhecimento delimita a extensão do Direito, estabelecendo a “moldura” a partir da qual se pode decidir de diferentes maneiras¹⁵⁹.

158 Deve-se perceber que a pretensão de “pureza” é da *teoria*, e não do Direito em si. Kelsen sabe que o Direito é um fenômeno complexo em sua totalidade, que sofre influência de questões morais, éticas e políticas. Reforça-se, contudo, que sua preocupação metodológica é com a natureza das normas jurídicas, e não com o que elas “deveriam ser” ou como são aplicadas na prática. Estas são questões que envolvem outros estudos e campos do saber, que para Kelsen seriam complementares e não-excludentes dos seus estudos sobre o Direito Positivo.

159 “Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas

Mas a interpretação não se limita apenas um ato de conhecimento. Por estar diretamente ligada à aplicação do Direito, ela também constitui um *ato de vontade*. Se a função do teórico ou cientista do Direito é apenas conhecê-lo, caberá ao juiz ou qualquer outro órgão competente a aplicá-lo *escolher* uma dentre as diferentes interpretações, decidindo qual deve prevalecer no caso concreto¹⁶⁰. Desde modo, os juízes primeiro *conhecem* o Direito (a interpretação como ato de conhecimento) e, posteriormente, *escolhem* dentre as interpretações encontradas (a interpretação como ato de vontade). Enquanto ato de vontade, a interpretação é vista por Kelsen como um ato *político*, e a possibilidade de escolha garante aos juízes e demais operadores o que se denomina *interpretação autêntica*. eles são capazes de, decidindo discricionariamente, *criar* o Direito. Esta é uma forma de compreender como as decisões do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, constituiriam o Direito¹⁶¹.

A grande questão, entretanto, está na *indeterminação* natural das palavras e expressões que compõe as regras e normas jurídicas¹⁶². Isso não significa apenas que, uma vez estabelecida a “moldura” do Direito, diferentes interpretações são possíveis; estabelecer a própria moldura também é uma questão de interpretação e, conseqüentemente, alguns compreenderão a moldura do Direito de modo mais amplo ou mais restrito do que outros. Daí se tem que, para Kelsen, não há que se falar em objetividade na interpretação jurídica:

Apesar de todos os esforços da jurisprudência tradicional, não se conseguiu até hoje decidir o conflito entre vontade e expressão a favor de uma ou de outra, por uma forma objetivamente válida. Todos os métodos de interpretação até o presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um

que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral” (KELSEN, 1998, p. 247).

160 *“Se queremos caracterizar não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva”* (KELSEN, 1998, p. 249).

161 *“Através deste ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica. A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito”* (KELSEN, 1998, p. 249).

162 *“Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como ‘correta’ – desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica”* (KELSEN, 1998, p. 248).

resultado que seja o único correto. (...) Com efeito, a necessidade de uma interpretação resulta justamente do fato de a norma a aplicar ou o sistema das normas deixarem várias possibilidades em aberto, ou seja, não conterem ainda qualquer decisão sobre a questão de saber qual dos interesses em jogo é o de maior valor, mas deixarem antes esta decisão, a determinação da posição relativa dos interesses, a um ato de produção normativa que ainda vai ser posto – à sentença judicial, por exemplo (KELSEN, 1998, p. 248).

Logo, tem-se que para Kelsen a interpretação autêntica, enquanto ato de vontade consubstanciada, por exemplo, na sentença judicial, pode colocar fim a um conflito de interesses; contudo, isso não significa que a escolha realizada seja objetivamente correta ou incorreta. A busca pela objetividade pela teoria da interpretação não passaria de um empreendimento metafísico inalcançável¹⁶³.

2. A “virada metodológica” hartiana: textura aberta e indeterminação relativa

Em sua obra mais conhecida, *O Conceito de Direito*, Herbert Hart segue o exemplo de outros juristas e parte da célebre questão: “o que é Direito?”. Entretanto, rapidamente percebe a impossibilidade de se alcançar uma *definição* de Direito da mesma forma como definimos termos como “elefante” e “triângulo” (HART, 1994, p. 19). O conceito de Direito admite inúmeras *concepções*, o que explica as inúmeras controvérsias sobre seu sentido. Assim, o empreendimento hartiano pode ser visto como uma concepção do conceito de Direito, sem cair no equívoco de definições fechadas e universais.

Ao longo de sua obra, Hart trabalha questões que gravitam em torno do seu problema principal, sobre o que é o Direito – o que torna possível afirmar que, assim como em Kelsen, o empreendimento de Hart é descritivo. Estas questões, em síntese, versam sobre a obrigatoriedade do Direito, sobre as distinções e relações entre o Direito e outros sistemas normativos e, por fim, sobre a natureza das regras em geral. Todas estas questões são tratadas pormenorizadamente ao longo de seu livro; mas, para os fins do presente trabalho, merece especial atenção o capítulo VII, no qual Hart apresenta importantes

¹⁶³ “A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada), e que a ‘justeza’ (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo” (KELSEN, 1998, p. 247-248).

considerações sobre o funcionamento da nossa linguagem, e em particular da linguagem jurídica, que são determinantes para sua concepção de interpretação.

Hart afirma que uma das características da nossa linguagem à sua *textura aberta*: dentre as palavras e expressões que utilizamos, somos capazes de identificar *casos centrais* ou *paradigmáticos* e *casos periféricos* ou *fronteiriços* (HART, 1994, p. 139-141)¹⁶⁴. Assim, por exemplo, com relação à expressão “careca”, somos capazes de identificar alguns casos paradigmáticos de alguém que efetivamente seja careca (i.e., que não tenha um fio de cabelo na cabeça, como é o caso do Foucault), e casos paradigmáticos de alguém que não é careca (e.g., um vocalista da banda Sepultura). Mas além destes casos paradigmáticos somos capazes de encontrar alguns diversos casos capazes de suscitar dúvidas (e.g., alguém que tenha certa quantidade de cabelo aqui e acolá, que para alguns pode ser visto como “careca”, mas para outros não).

Pode-se sustentar, portanto, que nossa linguagem é marcada por sua indeterminação relativa. Isso fica evidente quando tentamos regulamentar nossas condutas por meio de diferentes padrões, como é o caso das regras jurídicas. Hart dirá que a é resultado de duas “desvantagens” inerentes à nossa condição humana: a primeira diz respeito à nossa relativa ignorância dos fatos, e a segunda à nossa relativa indeterminação das finalidades (HART, 1994, p. 141).

Não é preciso ir muito longe para notar que que a textura aberta, enquanto elemento natural da nossa linguagem, se aplica também às regras jurídicas. O exemplo mencionado por Hart diz respeito a uma regra que proíba veículos em um parque¹⁶⁵. Assim, se alguém transita um fusquinha no parque, certamente infringirá a regra, pois um carro é caso paradigmático daquilo que denominamos “veículo”. Outras coisas, como uma bola de futebol, certamente não constituem “veículos” e, portanto, não infringem a regra em questão. Disso se segue que o responsável por aplicar a regra pode acertar ou errar quando se deparar com estes casos paradigmáticos.

¹⁶⁴ É importante ressaltar que a ideia de textura aberta encontra suas origens na obra de Friedrich Waismann, como sugerem Frederick Schauer (2011, p. 1)) e Brian Bix (1991, p. 51).

¹⁶⁵ “Quanto nos atrevemos suficientemente a cunhar certa regra geral de conduta (por ex., uma regra de que nenhum veículo pode ser levado para um parque), a linguagem usada neste contexto estabelece as condições necessárias que qualquer coisa deve satisfazer para se achar dentro do seu âmbito de aplicação, e certamente podem apresentar-se ao nosso espírito exemplos claros do que cai certamente dentro do seu âmbito. São os casos paradigmáticos ou claros (o automóvel, o autocarro, o motociclo); e a nossa finalidade ao legislar é até determinada, porque fizemos certa escolha. Resolvemos deste o início a questão de que a paz e a tranquilidade no parque devem ser mantidas à custa, em qualquer caso, da exclusão destas coisas. Por outro lado, até que tenhamos posto a finalidade geral da paz no parque em confronto com aqueles casos que não encaramos inicialmente ou não podíamos encarar (talvez um automóvel de brinquedo, movido eletricamente), a nossa finalidade é, nessa direção, indeterminada” (HART, 1994, p. 141-142).

Nota-se como tais casos constituem verdadeiros *critérios de objetividade* que inexistiam, por exemplo, na análise kelseniana de interpretação. Logo, de acordo com Hart, o aplicador da norma erra ao deixar de aplicar a sanção quando alguém dirige um fusquinha pelo parque, da mesma forma como erra, objetivamente, se considera uma bola de futebol um veículo e aplica a penalidade. Kelsen, como visto, não admite a existência de posições “certas” ou “erradas” na aplicação das regras jurídicas, pois parte da ideia de que as palavras e expressões que utilizamos no Direito são marcadas pela indeterminação.

Na posição hartiana, a indeterminação só existe quando estamos diante dos *casos periféricos ou fronteiros*. Trata-se daqueles casos em que pode haver controvérsia quanto ao fato de se encaixarem ou não no conceito em questão. Podemos imaginar se um patinete infringe ou não a norma que proíbe veículos no parque: afinal, um patinete seria ou não seria um veículo? Nestes casos, há quem diga que um patinete é um veículo, pois ajuda na locomoção e tem rodas; mas há também aqueles que podem discordar, sustentando que, para ser um veículo, o objeto em questão precisa ter um motor. Em casos assim é que seria possível falar em indeterminação, hipótese na qual o aplicador do Direito seria livre para decidir, discricionariamente. Logo, o aplicador poderá considerar que um patinete é um veículo e aplicar a multa, ainda que muitos entendam que um patinete não seja veículo e, conseqüentemente, possam criticar sua decisão. Por se tratar de caso no qual, efetivamente, há indeterminação, Hart dirá que inexistente uma resposta certa e prévia, do ponto de vista jurídico, que informe a tomada de decisão. É somente a partir da decisão do aplicador da regra que, para fins jurídicos, o patinete passa a ser um veículo – o Direito não exige, a priori, uma ou outra decisão, ao contrário do que acontece no caso do fusquinha ou da bola de futebol.

Há, portanto, espaço para a objetividade na interpretação do Direito e que não é determinada metafisicamente. Para Hart, somos capazes de encontrar a objetividade em nossas próprias práticas, considerando a determinação de muitas regras que adotamos corriqueiramente (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 137). Ao analisarmos a textura aberta da nossa linguagem, constatamos que existem “núcleos de significado” que são compartilhados socialmente e que são imprescindíveis para manter a própria inteligibilidade do sistema jurídico. Este fato fica claro quando Hart distingue um jogo competitivo baseado em regras, como o futebol, de um eventual jogo no qual prevalece a discricionariedade do marcador de pontos:

Podemos distinguir um jogo normal de um jogo de “discricionariedade do marcador” simplesmente porque a regra de pontuação, embora tenha, como outras regras, a sua área de textura aberta em que o marcador deve exercer uma escolha, possui contudo um núcleo de significado estabelecido. É deste núcleo que o

marcador não é livre de afastar-se e que, enquanto se mantém, constitui o padrão de pontuação correcta e incorrecta, quer para o jogador, ao fazer as suas declarações não-oficiais quanto ao resultado, quer para o marcador nas suas determinações oficiais. É isto que torna verdadeiro dizer que as determinações do marcador não são infalíveis, embora sejam definitivas. O mesmo é verdade quanto ao direito (HART, 1994, p. 157-158).

A analogia com o Direito é clara: o Direito é constituído por padrões que garantem sua própria inteligibilidade. Os juízes e demais operadores do Direito estão restritos a tais padrões, pois do contrário estariam fazendo outra coisa – e não aplicando o Direito. É neste sentido que se pode sustentar a existência de determinação e, portanto, da objetividade na interpretação jurídica. Esta seria uma possível explicação hartiana da ideia de que “o Supremo pode errar, mas tem o direito de errar por último”.

3. Análise crítica

Pode-se sustentar que o modelo de interpretação das regras jurídicas proposto por Hart é superior ao de Kelsen na medida em que corresponde a uma visão mais ajustada e coerente das nossas práticas jurídicas. Afinal, para compreender a obrigatoriedade e normatividade das regras jurídicas, devemos recorrer às nossas práticas e, quando o fazemos, percebemos que elas refletem uma série de convenções linguísticas e sociais. Em outras palavras, diferentemente de Kelsen, Hart preocupa-se em explicar o Direito e seus enunciados a partir da análise linguística. Percebe-se claramente as influências de Wittgenstein e John Langshaw Austin em seu pensamento. Assim, como sugere Katya Kozicki,

Inegável neste autor é a influência que ele recebeu da chamada escola da Filosofia da Linguagem Ordinária (...). A linguagem – enquanto instrumento de mediação da relação sujeito-sujeito – serve à compreensão do universo discursivo a partir do momento em que explicita as diversas possibilidades do agente no processo comunicacional. Transplantada para o universo jurídico, a linguagem na qual se manifesta o processo discursivo do direito deve ser apreendida no contexto das suas práticas sociais geradoras. Isto implica que a compreensão do direito não pode estar dissociada daquela linguagem que lhe serve de enunciado. (KOZICKI, 2014, p. 86).

Percebe-se, portanto, que Hart foge do ceticismo kelseniano ao adotar uma compreensão do fenômeno jurídico que toma como base nossas próprias práticas linguísticas, sociais e jurídicas. Não há que se falar, pura e simplesmente, em

“indeterminação da linguagem” e, conseqüentemente, na ausência de objetividade das regras e normas do Direito. Antes o contrário: como afirma expressamente Hart¹⁶⁶, uma parcela significativa das nossas práticas é marcada por regras *determinadas*, sendo a discricionariedade judicial um fenômeno não tão frequente quanto se imagina. Pode-se pensar, por exemplo, na regra do art. 1.864, II, do Código Civil, que exige a presença e assinatura de duas testemunhas para a validade do testamento público – se consta apenas uma testemunha, o testamento deverá ser considerado inválido.

Logo, Hart possui uma visão muito mais refinada não apenas da ideia de interpretação, mas, sobretudo, da própria noção de objetividade. Partindo de pressupostos que podem ser atribuídos à filosofia da linguagem wittgensteiniana, Hart encontra em nossas próprias práticas sociais (ou, como diria Wittgenstein, em nossa “forma de vida”) a única objetividade possível. Não há que se falar em uma “única resposta correta”, enquanto fundamento último ou metafísico da atividade interpretativa: este tipo de empreendimento não possui qualquer sentido ou fundamento. Assim, como sustenta Ronaldo Porto Macedo Junior,

A única objetividade possível (e que “faz sentido usar”) é aquela que reconhece que as proposições jurídicas têm por “base” um conjunto de regras sociais que são aceitas em nossa “forma de vida”. A palavra “base está entre aspas em razão da impossibilidade de se pensar nela como um fundamento metafísico. A base aqui indica a prática com a qual se inicia a regra, não o seu fundamento último. A pergunta pelo fundamento último, na verdade, não faz sentido algum. Ela não passa de mais um enfeitiçamento que a linguagem própria de uma concepção absoluta nos faz crer e nos treina repetir. A única base que podemos imaginar para a nossa linguagem são nossas práticas, nossa forma de vida (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 137).

Tem-se que, ao invés de assumir uma perspectiva limitada da ideia de objetividade, Hart a considera um dos elementos que compõe nossas práticas linguísticas e sociais. Sua concepção de objetividade é distinta daquela que Kelsen ou outros positivistas “pré-virada

¹⁶⁶ “Seja como for, a vida do direito traduz-se em larga medida na orientação, quer das autoridades, quer dos indivíduos privados, através de regras determinadas que, diferentemente das aplicações de padrões variáveis, não exigem deles uma apreciação nova de caso para caso. Este facto saliente da vida social continua a ser verdadeiro, mesmo que possam surgir incertezas relativamente à aplicabilidade de qualquer regra (quer escrita, quer comunicada por precedente) a um caso concreto. Aqui, na franja das regras e no campo deixado em aberto pela teoria dos precedentes, os tribunais preenchem uma função criadora de regras que os organismos administrativos executam de forma centralizada na elaboração de padrões variáveis” (HART, 1994, p. 148-149).

linguística” adotavam¹⁶⁷. De fato, se observarmos nossas práticas jurídicas, percebemos que juristas, advogados e juízes defendem suas posições como *corretas*, e não como “mais uma possível interpretação” de regras ou normas jurídicas. A objetividade reside na própria prática do Direito, o que não se confunde com a busca por uma interpretação metafísica ou absolutamente justa.

Por certo, Hart inaugura apenas uma nova etapa na agenda de debates em Teoria do Direito. Suas ideias foram e continuam sendo alvo de inúmeras críticas, dentre as quais, no campo específico da interpretação jurídica, se destacam as apresentadas por Ronald Dworkin¹⁶⁸ e Lon Fuller¹⁶⁹. Ainda assim, restam claros os méritos da sua teoria da interpretação do Direito e os ganhos que ela representa frente à concepção adotada por Hans Kelsen.

Conclusão

Delimitar o conteúdo e eventuais limites das normas que compõem o ordenamento jurídico faz parte do dia a dia do jurista, pouco importando sua área de estudos e de atuação. Não sem razão, a interpretação jurídica é um dos temas clássicos da Teoria e da Filosofia do Direito, ocupando espaços importantes ao longo das obras de diferentes autores.

Neste campo, merecem destaque Hans Kelsen e Herbert Hart. Ambos são, ainda hoje, influentes autores na reflexão teórica do fenômeno jurídico. Suas contribuições

167 Como sustenta Ronaldo Porto Macedo Junior, “H. L. A. Hart romperá exatamente com essa concepção de objetividade baseada numa ‘concepção absoluta do mundo’ pressuposta nos trabalhos de Kelsen e outros positivistas metodológicos como Alf Ross, Axel Hägerstrom, Karl Olivecrona e Norberto Bobbio, ao afirmar que o fenômeno da normatividade do direito exige uma nova e distinta compreensão da objetividade e da própria intencionalidade do agente nas práticas jurídicas significativas” (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 60-61).

168 O debate entre Hart e Dworkin é bem conhecido. Ele teve início com um artigo de Dworkin, *Modelo de Regras I*, originalmente publicado em 1967 pela *University of Chicago Law Review* e posteriormente incluído na obra *Taking Rights Seriously* (DWORKIN, 1978). O debate, que tem forte cunho metodológico, foi aprofundado a partir da publicação de *O Império do Direito* (DWORKIN, 1986), onde Dworkin analisa a (im)possibilidade de se elaborar uma teoria puramente descritiva do Direito, a separabilidade entre Direito e Moral e as controvérsias jurídicas (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 179-180). No que diz respeito especificamente à interpretação jurídica, Dworkin ressalta a importância de princípios e valores para solucionar os chamados “casos difíceis” (*hard cases*), que seriam muito mais comuns do que pretendem positivistas como Hart.

169 Lon Fuller critica a posição de Hart acerca da interpretação do Direito porque, em seu entender, ela levaria em consideração apenas questões semânticas e se esqueceria da ideia de *função*. Assim, tendo em vista a distinção hartiana entre casos paradigmáticos e fronteiros na regra que proíbe veículos em um parque, Fuller questiona se um caminhão usado na Segunda Guerra Mundial, colocado como um memorial no parque, infringe a regra – já que um caminhão é, claramente, um veículo (FULLER, 1958, p. 663).

moldaram gerações de juristas, em particular os que se associam à corrente do positivismo jurídico.

Contudo, ainda que Kelsen e Hart tenham interesses metodológicos semelhantes, alinhando-se ao positivismo, há importantes distinções entre ambos. Uma delas é a que diz respeito à objetividade na interpretação jurídica. De um lado, como visto, Kelsen defende a indeterminação total de nossa linguagem, o que abre espaço para compreender a interpretação das normas jurídicas como ato de vontade. Isso faz com que juízes tenham “a última palavra” sobre o que é o Direito, cindindo-se o “conhecimento” do Direito de sua “aplicação”. O jurista pode, enquanto ato de conhecimento, identificar as diferentes interpretações possíveis da norma; contudo, é o juiz que, em um ato de vontade, será responsável pela sua aplicação no caso concreto. Neste contexto, juízes podem errar, mas não se poderia afirmar que estão “objetivamente errados”, já que cada indivíduo pode ter uma interpretação distinta daquilo que exige uma regra jurídica.

Hart, por sua vez, traz ao Direito a noção de textura aberta da linguagem, o que sugere a indeterminação na linguagem jurídica. Mas tal indeterminação é relativa: é possível identificar casos paradigmáticos de aplicação ou não de uma norma jurídica, como visto no caso da regra que proíbe veículos no parque: um fusquinha é claramente um veículo, ao passo em que uma bola de futebol certamente não é. Mas e se estivermos diante de um patinete? Neste caso, adentraríamos uma “zona cinzenta”, de clara indeterminação, quando vislumbramos situações nas quais pode haver efetiva discordância entre os intérpretes da regra jurídica. É neste ponto que Hart admitiria espaço para a discricionariedade do julgador.

Defendeu-se nesse trabalho que a concepção proposta por Hart é superior à de Kelsen, pois está mais atenta às complexidades que marcam nossas práticas jurídicas. Consequentemente, é uma explicação superior do próprio fenômeno jurídico. Vale a pena retomar o exemplo da regra que proíbe veículos no parque: para Kelsen, compete ao aplicador da regra decidir se um fusquinha transitando pelo parque a infringe ou não, em verdadeiro ato de vontade, não sendo possível vislumbrar, de antemão, qual a decisão correta para o caso. Hart, por sua vez, diria que o aplicador tem o dever de aplicar a penalidade, pois um fusquinha é, certamente, um veículo – trata-se de um caso paradigmático daquilo que, em nossa linguagem e em nossos usos e costumes, consideramos um veículo. Nisso reside a objetividade na interpretação e aplicação de regras jurídicas: na possibilidade de afirmar que algumas interpretações possam ser substantivamente certas ou erradas, o que não se confunde com considerações pessoais, subjetivas ou “metafísicas”, como diria Kelsen, quanto à correção da interpretação. E é neste ponto que, ao superar Kelsen, Hart abriu espaço para novos debates no campo da interpretação no Direito.

Referências

BARBOSA, Rui. Discursos parlamentares. **Obras completas**. v. XLI, t. III. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1974.

BIX, Brian. H. L. A. Hart and the “open texture” of language, em **Law and Philosophy**, vol. 10, nº. 1, 1991.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Estados Unidos: Harvard University Press, 1978

_____. **Law’s empire**. Estados Unidos: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to law: a reply to Professor Hart. **Harvard Law Review**, vol. 71, no. 4 (1958), pp. 630-672. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/1338226?sid=21105052623121&uid=2&uid=3739560&uid=4&uid=3739256>>. Acesso em: 09 fev. 2023.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. de A. Ribeiro Mendes. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. de João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOZICKI, Katya. **Herbert Hart e o positivismo jurídico**: textura aberta do direito e discricionariedade judicial. Curitiba: Juruá, 2014.

LOSANO, Mário. Introdução em KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Trad. de João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. VII-XXXIII.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHAUER, Frederick. **On the open texture of law** (set. 2011). Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1926855>. Acesso em: 09 fev. 2023.

O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO TÉCNICA JURÍDICA PARA GARANTIA E REALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

CAROLINA GOMES DO NASCIMENTO KRASOVESKY:

Bacharel em Direito pela FDSBC. Especialista em Direito e Relações do Trabalho pela FDSBC. Especialista em Direito Tributário pela FDSBC. Especializando-se em Direito Penal pelo IBMEC. Especializando-se em Direito Processual Penal pelo IBMEC. Mestranda em Direito Constitucional e Processual Tributário na PUC/SP. Advogada em São Bernardo do Campo.¹⁷⁰

Resumo: O artigo visa demonstrar o neoconstitucionalismo como técnica jurídica para a garantia e realização dos direitos humanos, colocando a Constituição em caráter de superioridade às demais leis, visando a posição proeminente dos direitos humanos. Estudaremos os direitos humanos, e verificaremos que são os conteúdos e os fins do direito, que objetivam a proteção do homem, limitando o controle e abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas, em que valores protetivos dos homens são determinados no ordenamento jurídico, passando o poder e o direito a ser instrumento de salvaguarda dos homens. E pelo estudo realizado chegaremos à conclusão de que a técnica para a garantia dos direitos humanos é o neoconstitucionalismo. Assim, utilizaremos da metodologia descritiva, teórico bibliográfica de cunho qualitativo.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo; Técnica; Realização; Garantia; Direitos humanos.

Abstract: The article aims to demonstrate neoconstitutionalism as a legal technique for the guarantee and realization of human rights, placing the Constitution in a superiority to other laws, aiming at the prominent position of human rights. We will study human rights, and we will verify that they are the contents and purposes of the law, which aim at the protection of man, limiting the control and abuses of power by the State itself and its constituted authorities, in which protective values of men are determined in the legal system. juridical, passing the power and the right to be instrument of safeguard of the men. And from the study carried out, we will come to the conclusion that the technique for guaranteeing human rights is neoconstitutionalism. Thus, we will use the descriptive methodology, bibliographical theory of a qualitative nature.

Keywords: Neoconstitutionalism; Technique; Realization; Guarantee; Human rights.

1. INTRODUÇÃO

170 Contato: caro_nasc@hotmail.com

O objetivo deste artigo é demonstrar que o neoconstitucionalismo é uma técnica para a garantia dos direitos humanos.

Estudaremos o que são os direitos humanos, e verificaremos que surgem de várias fontes, de diversas civilizações, desde o antigo Egito e Mesopotâmia a.C., de conjugação de pensamentos filosóficos-jurídicos, que inseridos em escritos e diplomas legais, em textos medievais, na Grécia, em Roma, na Inglaterra, nas colônias americanas. E que os textos mais recentes estão na Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas e que nela estão estipulados os princípios gerais do Estado Democrático de Direito, como reação às atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial, como resposta às sociedades, pelas estruturas de poder.

Assim, o ponto fundamental em comum dessas ideias, se traduz na necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas.

Verificaremos que aos vocábulos jusnaturalismo, juspositivismo e jusrealismo deve ser acrescentado o humanismo.

Analisaremos que do ponto de vista filosófico, significa o ressurgimento ou fortalecimento do direito natural valorativo, em que juristas e filósofos passam a repensar seus conceitos ante a violência de um Estado que reduziu o homem a um objeto de manipulação, subjugando-o, não podendo mais, o direito ser oferecido como suporte dogmático, para ditaduras, perseguições religiosas, étnicas, sexuais, de opinião.

Que falar em direitos humanos significa colocar o homem no centro das atenções jurídicas, passando a técnica, com relação ao direito, ao segundo plano, alterando-se a finalidade do direito, passando-se a proteção do homem diante do Estado.

Analisaremos que do ponto de vista jurídico os valores voltam a ser reconhecidos e consagrados e a dogmática o reconhece como princípios, que ganha importância na doutrina dos direitos humanos, tendo posição de destaque nos textos normativos. Havendo uma conexão necessária entre o direito e a moral.

Passaremos a abordagem do neoconstitucionalismo, apontado como quarta corrente filosófica ao lado do jusnaturalismo, juspositivismo e realismo jurídico.

Verificaremos que as discussões jurídicas não podem mais ser centradas apenas nas leis, eis que os direitos humanos estão centrados em conceitos abstratos, e que os tribunais constitucionais e magistrados, trabalharão sobre textos de menor densidade jurídica, que exigem metodologia própria, distinta das técnicas juspositivistas tradicionais. Assim, os direitos humanos e o neoconstitucionalismo nos levam, ao retorno da dialética e à análise tópica, instrumentos próprios para a verificação de bens jurídicos que se contrapõem.

Que a filosofia neoconstitucionista se relaciona com o Estado constitucional do século XX, marcada pela rigidez da Constituição e pelo controle de legitimidade das leis, pelo Poder Judiciário, compondo integralmente o sistema jurídico, com construção de nova dimensão jurídica com atribuição de normatividade aos princípios e definição de suas relações com valores e regras, com reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica, formação de nova hermenêutica constitucional, desenvolvimento de nova teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

Que as normas jurídicas são entendidas como regras e princípios, e esses são decorrências lógicas, pontos cardeais, iniciais, referenciais, imprescindíveis para a compreensão de uma ordem, de uma sistematização.

No que tange a formação de nova hermenêutica constitucional, há um novo paradigma jurídico acrescentando inéditos princípios instrumentais de interpretação, vistos como pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos, ressaltando-se a supremacia da Constituição, a presunção da constitucionalidade das leis e dos atos dos Poderes Públicos, a interpretação conforme a Constituição e os princípios da unidade, da razoabilidade e da efetividade das disposições constitucionais.

Veremos que a subsunção será sobreposta, no paradigma constitucional atual, com referência aos direitos humanos protegidos pelos princípios constitucionais, pela argumentação, sendo essa a principal técnica jurídica no presente estágio da ciência jurídica.

Verificaremos que, tanto com o neoconstitucionalismo como com os direitos humanos retornaremos às ligações entre o direito e a moral, voltaremos a tratar do senso de justiça, da ética que está cima dos governantes. Que a ética e a justiça voltam a ser temas não apenas filosóficos, mas jurídicos. E como a ética e justiça alteram a ideia do que é direito, estudá-las pode influenciar na concepção de todo o ordenamento jurídico, que ficam claras no pós-positivismo, tratado como neoconstitucionalismo, que funciona, assim, como a filosofia do direito, como uma ponte entre o direito e a filosofia.

Analisaremos que o neoconstitucionalismo e os direitos humanos são próximos e semelhantes, mas distintos, eis que os direitos humanos, como relação entre o direito e a moral, com o homem como objeto de proteção jurídica, acima do direito e do Estado, visto como uma filosofia. E, por sua vez, o neoconstitucionalismo coloca a Constituição em superioridade às demais leis, protegendo-a das alterações comuns havidas na legislação, preenchendo o diploma constitucional com textos indeterminados e que visam a um objetivo maior, a posição proeminente dos direitos humanos.

Para concluirmos, pelo método descritivo, teórico bibliográfico de cunho qualitativo que o neoconstitucionalismo é uma técnica jurídica de garantia e de realização dos direitos humanos, que se caracteriza pela supremacia constitucional, pela vinculação dos princípios jurídicos que informam e conformam todo o ordenamento, reforçando o caráter interpretativo da norma jurídica e tendo como pano de fundo o respeito aos direitos humanos, e esses são os conteúdos e os fins do direito, que visam a proteção do homem, com determinação de valores protetivos no ordenamento jurídico, defendendo a moral que deve ser seguida, a justiça perseguida e a ética, minimamente posta no ordenamento jurídico.

2. OS DIREITOS HUMANOS

A expressão, direitos humanos é vaga e ambígua, tendo muitos significados e não conseguimos enunciar uniformemente as propriedades que devem estar presentes em todos os casos em que se usa a palavra¹⁷¹.

Existem alguns usos consagrados para *direitos humanos*, que, quando referidos, já apresentam uma parcela de conteúdo, permitindo ao intérprete construir mentalmente alguns quadros normativos, como, direitos humanos ao meio ambiente ecologicamente protegido, direitos humanos dos presos, direitos humanos dos trabalhadores, direitos humanos dos desempregados, direitos humanos dos pobres, direitos humanos das minorias, direitos humanos das crianças, dos jovens, dos velhos e algumas outras expressões com um mínimo de significado¹⁷².

Como nem sempre sabemos o que são os direitos humanos, sua extensão e propriedades de significação, é necessário começar traçando seus contornos¹⁷³.

Os direitos humanos, surgiram como produto de fusão de várias fontes, desde as tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural. Ideias com ponto fundamental em comum, a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas. Assim sua noção é antiga em que se consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em documento escrito¹⁷⁴.

171 FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 1. ed., 4. tir. São Paulo: Atlas, 1991, p. 39.

172 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 231.

173 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 231.

174 MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência*. 12. ed. São Paulo: Atlas 2021, p. 23.

A sua origem pode ser apontada no antigo Egito e Mesopotâmia, no terceiro milênio a.C., onde já eram previstos alguns mecanismos de proteção individual em relação ao Estado. O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar rol de direitos comuns a todos os homens, como a vida, propriedade, honra, dignidade, família, prevendo a supremacia das leis em relação aos governantes¹⁷⁵.

A influência filosófico-religiosa nos direitos do homem pode ser sentida como a propagação das ideias de Buda, sobre a igualdade de todos os homens (500 a. C.). Posteriormente surgem na Grécia vários estudos sobre necessidade de liberdade e igualdade do homem, destacando as previsões de participação política dos cidadãos (democracia direta de Péricles); Crença na existência de um direito natural anterior e superior às leis escritas, no pensamento dos sofistas e estoicos (na obra de Antígona, 441 a.C., Sófocles defende a existência de normas não escritas e imutáveis, superiores aos direitos escritos pelo homem); Mas foi o Direito romano que estabeleceu complexo mecanismo de interditos, para tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais. A Lei das doze tábuas pode ser considerada a origem dos textos escritos consagrados da liberdade, da propriedade e da proteção dos direitos do cidadão¹⁷⁶.

Posteriormente, o Cristianismo, com a mensagem de igualdade de todos os homens, independente da origem, raça sexo ou credo, influenciando na consagração dos direitos fundamentais, enquanto necessários à dignidade da pessoa humana¹⁷⁷.

Na Idade Média, apesar da organização feudal e rígida separação de classes, com relação de subordinação entre suserano e vassalos, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência dos direitos humanos, com o traço básico de limitação do poder estatal. O forte desenvolvimento das declarações de direitos humanos fundamentais deu-se a partir do terceiro quarto do século XVIII até meados do século XX¹⁷⁸.

Assim, do ponto de vista histórico para direitos fundamentais ou direitos humanos, estão os escritos de filósofos da Grécia e de juristas de Roma; há textos legais medievais,

175 MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência*. 12. ed. São Paulo: Atlas 2021, p 31.

176 MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência*. 12. ed. São Paulo: Atlas 2021, p 32-33.

177 MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência*. 12. ed. São Paulo: Atlas 2021, p 32-33.

178 MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência*. 12. ed. São Paulo: Atlas 2021, p 33.

como de Leon e Castela em 1188, os diplomas ingleses como *Magna Carta* de 1215, *Petition of rights* de 1628, *Habeas corpus amendement act* de 1679 e *Bill of rigths* de 1688) e de suas colônias americanas, com a Carta da Nova Inglaterra, de 1620 179.

Os textos mais recentes, são a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas, de onde são retirados os princípios gerais do Estado Democrático de Direito, que são: a origem popular do poder e do direito; a temporariedade das funções políticas legislativas e executivas; a divisão (independência e harmonia) dos poderes políticos; a garantia e disciplina jurídica dos direitos civis, políticos e econômicos, inerentes à personalidade humana; a participação do Estado, assim organizado, na comunidade internacional, baseada no reconhecimento dos principais fundamentos da organização democrática¹⁸⁰.

Esses princípios são uma reação às atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial. Os direitos humanos se apresentam como resposta às sociedades, dada pelas estruturas de poder (países e instituições, notadamente públicas), bem como pelos líderes mundiais, para as atrocidades da guerra, como o holocausto, milhões de mortos em todo o planeta, bomba atômica, Europa arrasada, entre outros¹⁸¹.

Subjacente a ideia de direitos humanos estava a de jusnaturalismo, e que Thomas Hobbes foi um de seus precursores, e a de direitos naturais, identificados por John Locke como “a vida, a liberdade e a propriedade”. Com os filósofos políticos, a noção de direitos naturais saltou para a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776), em que foram referidos como direitos inalienáveis, e para a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), marco da Revolução Francesa, que faz menção a direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem. Os direitos humanos iniciam sua carreira triunfal no final do século XVIII, começando a ingressar nas Constituições de diversos países europeus. Mesmo assim, os séculos XIX e XX testemunharam os horrores das violações dos direitos humanos em larga escala, sendo exemplos emblemáticos: africanos escravizados, trabalhadores explorados até a morte por exaustão, holocausto judeu e milhões de mortos por Stalin. E mais adiante, as percepções que aflorariam, relativamente aos direitos das mulheres, negros, homossexuais, índios e deficientes¹⁸².

179 SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p 150-151.

180 RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. anotada e atual. Por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 65-66.

181 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 232.

182 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 10 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 681.

Estamos acostumados aos vocábulos jusnaturalismo e jusnaturalistas, juspositivismo e juspositivistas, jusrealismo e jusrealistas, esses dois últimos utilizados mais na cultura italiana, mas devemos acrescentar o humanismo jurídico e os juristas dos direitos humanos¹⁸³.

Os direitos humanos, pelo ponto de vista filosófico, significam o ressurgimento ou fortalecimento do direito natural valorativo, pela não aceitação da sociedade para a situação de controle estatal das fontes jurídicas¹⁸⁴.

As sociedades puderam ver o que resultou na estatalização das fontes do direito: Hitler, controlou o Parlamento alemão, e o direito tedesco, utilizando do direito para legitimar seus projetos mais nefastos¹⁸⁵.

Também no campo jusfilosófico, os direitos humanos significam o aproveitamento do direito positivo enquanto técnica de cognição, valendo-se de um dos aspectos dessa linha argumentativa, o positivismo jurídico¹⁸⁶.

O positivismo jurídico foi visto como tendo dado suporte ao direito praticado na Alemanha nazista¹⁸⁷. Quando Radbruch afirma que só é direito, o justo, ele afasta o sistema nazista como direito¹⁸⁸, por sua vez, quando Kelsen, só considera como jurídico o normatizado, conclui-se que o sistema nazista era direito¹⁸⁹.

Os juristas e filósofos, passaram a repensar seus conceitos, ante a violência de um Estado que reduziu o homem a um objeto de manipulação, praticada pelo Estado nazista e por outros, como Stalin na URSS, Mao na China no passado, e no presente, a dominação das colônias europeias, notadamente na América, ou para alguns, com a legislação e o tratamento dados a prisioneiros de guerra dos EUA, após 11 de setembro de 2001¹⁹⁰.

183 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 232.

184 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 232.

185 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 232.

186 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 232.

187 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 232.

188 RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Marlene Holzhausen. Rev. téc. Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 47.

189 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 1 ed. (Br). São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 4.

190 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 233.

A doutrina dos direitos humanos, não quer mais ver o homem subjugado pelo Estado, não quer mais oferecer o direito como suporte dogmático para as ditaduras, perseguições de qualquer sorte, notadamente religiosas, étnicas, sexuais ou de opinião¹⁹¹.

Parte da dogmática dos direitos humanos aceita a redução do aspecto técnico do direito, com o conseqüente afastamento das ciências naturais, assim, se o direito perder em técnica, ganhará em conteúdo. Mas um conteúdo, de certo modo impreciso, fluído, em construção¹⁹².

Em primeiro lugar, falar em direitos humanos, significa, colocar o homem no centro das atenções jurídicas. A técnica, com relação ao direito, passa ao segundo plano, alterando-se a finalidade do direito. Da mera organização social, que objetiva a extinção da luta entre estruturas de poder, em decorrência da fixação de uma única fonte de direito e de outros fundamentos justificáveis no passado, a proteção do homem, diante do Estado, é o fundamento e a explicação dos direitos humanos¹⁹³.

Os direitos humanos são um avanço na filosofia ou na doutrina do direito positivo, sendo que esta tem como centro os textos de leis, sem discussões valorativas do direito. Os direitos humanos, não é positivista, ao menos, não em grau elevado, pois trata de valores no universo jurídico, sendo que, para os positivistas o direito é avalorativo, devendo apenas questionar a validade daquele, não sua valorabilidade¹⁹⁴.

Os direitos humanos, traz consigo, os valores mais caros, surgindo em um altiplano jurídico, o homem, muito antes da técnica. O positivismo jurídico é uma técnica de conhecimento, almejando ser uma ciência, sujeita apenas ao controle de verificação possível pela verdade e falsidade. Assim, os direitos humanos compõem uma doutrina que supera a técnica, recolocando o homem no centro da discussão jurídica, não bastando a técnica, se o bem primordial, o homem, não for por ela protegido¹⁹⁵.

Em termos jurídicos, os valores voltam a ser reconhecidos e consagrados e a dogmática é firme em reconhecê-los em princípios¹⁹⁶.

Para J.J. Gomes Canotilho o sistema jurídico composto somente por regras seria de limitada racionalidade prática, também, baseado exclusivamente em princípios seria

191 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 233.

192 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 233.

193 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 233-234.

194 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 234.

195 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 234.

196 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 251.

inaceitável, eis que o sistema jurídico necessita tanto de regras como de princípios, ambos operantes por força de procedimentos e processos que lhes deem operacionalidade prática¹⁹⁷. Considerando a Constituição como um sistema aberto de regras e princípios¹⁹⁸.

Os princípios do direito estão fortemente arraigados no universo jurídico, ganhando mais importância na doutrina dos direitos humanos, diante de seu conteúdo normativo, que tem posição de destaque, no altiplano dos textos normativos, explícita ou implicitamente¹⁹⁹.

O controle de legitimidade constitucional inspirou uma legislação mais perpassada por princípios constitucionais, alterando os instrumentos de interpretação jurídica, notadamente os realizados por Cortes Constitucionais e pelos membros do Poder Judiciário, adquirindo a interpretação constitucional novas formas²⁰⁰.

A regras clássicas de interpretações previstas na Lei de Introdução ao Código Civil não bastam mais. O neoconstitucionalismo busca verificar a consonância da legislação com os princípios contidos no Texto Fundamental, mantendo a validade apenas daquelas leis que não conflitam com os princípios²⁰¹.

A nova roupagem, que é a marca dos direitos humanos, é a conexão necessária entre o direito e a moral, ou seja, o retorno das discussões morais no âmbito do direito positivado²⁰².

Destaca que a Constituição Federal de 1988, em seus primeiros artigos tem profundo matiz principiológico. Esse rol de princípios humanistas é o vetor para todos os demais dispositivos do Texto Constitucional, servindo de alavanca para desenvolver o atual estágio do direito, ser um instrumento de proteção dos homens em escala global²⁰³.

197 CANOTILHO. J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1036.

198 CANOTILHO. J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1037.

199 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 253-254.

200 BARBERIS, Mauro. *Filosofia del diritto: un'introduzione teórica*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2005, p. 28.

201 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 254.

202 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 254.

203 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 254-255.

A exigência da universalidade que o movimento juspositivista cobrou do direito natural, volta com força total em relação aos direitos humanos, ainda, mais do que antes, a violação desses direitos em um local resulta por vezes insuportável para as pessoas de outros lugares²⁰⁴.

Segundo François Rigaux, os direitos humanos após a Segunda Guerra Mundial, tem caráter universal, acrescentando, a jurisprudência posterior a Segunda Guerra Mundial, ao duplo parâmetro interno, coação e adesão, um parâmetro externo, que pode ser chamado de reconhecimento. Que os povos civilizados partilham de uma ideia comum da democracia e da justiça e que se tenham esforçado por empregá-la nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos do homem, fornecendo hoje, um critério aceitável da legitimidade de uma ordem jurídica estatal, no sentido de seu reconhecimento pelas outras ordens jurídicas²⁰⁵.

Os direitos humanos cumprem a exigência de universalismo e de universalidade que o direito positivo cobrou do direito natural, assim, uma violação aos direitos humanos em uma parte do planeta, é intolerável para muitas pessoas e países, a ponto de se fazerem guerras para exigir que as violações dos direitos humanos cessem. E os perpetradores de atrocidades estão sujeitos ao Tribunal Penal Internacional, em demonstração cabal do fortalecimento da universalidade dos direitos humanos²⁰⁶.

Assim, os direitos humanos voltam a exigir uma postura firme do jurista sobre a finalidade do direito, que deverá ser a concretização dos anseios do homem, e que para Kant, a finalidade do direito é garantir a liberdade dos indivíduos. E que está em consonância com a concepção contemporânea do que seja o direito²⁰⁷.

3. O NEOCONSTITUCIONALISMO

Neoconstitucionalismo é apontado como a quarta corrente filosófica, ao lado do jusnaturalismo, juspositivismo e realismo jurídico, por Mauro Barberis, e ainda não há contornos nítidos nem nome consolidado²⁰⁸.

O Estado constitucional do século XX, com o qual a filosofia neoconstitucionalista se relaciona, é marcado por dois aspectos, ou seja, a rigidez da Constituição, que não pode ser mais alterada pela legislação ordinária, somente por lei constitucional de maioria

204 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 256.

205 RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 149.

206 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 257.

207 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 260.

208 BARBERIS, Mauro. *Filosofia del diritto: un'introduzione teórica*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2005, p. 27.

reforçada, e, pelo controle de legitimidade das leis, que autorizam os tribunais a anularem leis ordinárias que violam a Constituição²⁰⁹.

Assim, a Constituição, deixa de ser uma carta meramente política e programática para compor integralmente o sistema jurídico, com a força e os efeitos que lhe são próprios, sendo esse o sentido da nova concepção do constitucionalismo para o direito, não apenas a existência de um documento magno (eis aí a justificativa para o nome neoconstitucionalismo), mas um texto jurídico superior capaz de impor conteúdos normativos a todo o conjunto de documentos legais hierarquicamente inferiores²¹⁰.

De acordo com D' Agostino, Barberis e Barroso, os direitos humanos e o neoconstitucionalismo estão em fase de elaboração, não havendo certeza da terminologia e nomenclatura a ser consolidadas. Poderemos ter direitos humanos, pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, como sinônimos, institutos jurídicos ou linhas filosóficas distintas²¹¹.

Bittar e Almeida afirmam que estamos vivendo em uma época de transição e de certa forma, de indefinição social, em que as coisas indicam que algo está em curso, sob os nossos olhos e se pode entrever um conjunto de mutações que vem sendo provocadas em diversas dimensões, que projeta-se em abalos marcantes a conceitos modernos, sob os mantos dos quais se conduzia a vida, se organizavam as instituições, se agia socialmente, se estruturavam os relacionamentos humanos, se concebiam regras morais e jurídicas, entre outros²¹².

Na fase de construção de nova dimensão jurídica, para Luís Roberto Barroso, os mecanismos que serão utilizados são atribuição de normatividade aos princípios e definição de suas relações com valores e regras, reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica, formação de nova hermenêutica constitucional, desenvolvimento de nova teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana²¹³.

209 BARBERIS, Mauro. *Filosofia del diritto: un'introduzione teórica*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2005, p. 27.

210 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 243.

211 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 243.

212 BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 589.

213 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, ano 23, v. 1, p. 22, 2007.

No que tange aos princípios, assim como não existem apenas regras jurídicas, também, os princípios não são de exclusividade dos estudos do direito. Existem regras morais, religiosas, de convívio social, de apreensão do conhecimento, matemáticas, entre outras. E com os princípios, ocorrem o mesmo, existindo princípios morais, religiosos, científicos, não são exclusivamente jurídicos, assim, as normas jurídicas são entendidas como regras e princípios²¹⁴.

Os princípios são decorrências lógicas, pontos cardeais, iniciais, referenciais, imprescindíveis para a compreensão de uma ordem, de uma sistematização²¹⁵.

Com relação a formação de nova hermenêutica constitucional, o neoconstitucionalismo, tem como traço marcante um novo paradigma jurídico. O término da Segunda Guerra Mundial marcou o fim da Europa como principal centro econômico e político mundial, surgindo os Estados Unidos, como novo centro do mundo, colocando-se no epicentro mundial, tanto militar, como político e economicamente, alterando-se também, a maior referência jurídica, antes destacado pela supremacia legislativa, resultado de fatos históricos, principalmente na Inglaterra, França e Alemanha, desde a Idade Média, passando a ser destacado o modelo americano, após 1945²¹⁶.

No direito praticado nos Estados Unidos, há a supremacia da Constituição como documento jurídico, de conteúdo notavelmente principiológico, e o papel do Poder Judiciário é realçado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que gerou os efeitos do neoconstitucionalismo europeu moderno, a partir da Constituição italiana do pós-guerra e da instalação do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha²¹⁷.

A doutrina aponta que foi lenta a construção do constitucionalismo norte-americano, que tem como pilares a supremacia da Constituição e o controle judicial dos atos legislativos²¹⁸.

Antônio Roberto Sampaio Dória aponta a década de 1930 como o período em que houve a Consolidação dessa sistemática, data que aproxima o neoconstitucionalismo dos

214 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130.

215 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130.

216 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 244.

217 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 244.

218 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 245.

fatos que geraram a Segunda Guerra Mundial, mas a estrutura constitucional norte-americana já havia sido lançada muito antes²¹⁹.

Segundo Madison, Hamilton e Jay, nos artigos federalistas está disposto que é fácil ver que os juízes precisariam ter uma parcela incomum de força para cumprir seu dever de fiéis guardiães da Constituição, quando as violações dela pelo legislativo fossem instigadas pela voz da maioria da comunidade²²⁰.

Com a nova concepção constitucional, a metodologia de solução dos conflitos entre as leis, como o critério temporal e critério da especialidade, não mais será a única utilizada nos tribunais constitucionais. Pelos pressupostos do neoconstitucionalismo, a nova hermenêutica constitucional acrescentará inéditos princípios instrumentais de interpretação, vistos como pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos, ressaltando-se a supremacia da Constituição, a presunção da constitucionalidade das leis e dos atos dos Poderes Públicos, a interpretação conforme a Constituição e os princípios da unidade, da razoabilidade e da efetividade das disposições constitucionais²²¹.

Há uma grande semelhança do neoconstitucionalismo com a doutrina que surgiu após 1945. As discussões jurídicas não podem mais ser centradas apenas nas leis, eis que os direitos humanos estão centrados em conceitos abstratos, como os da dignidade da pessoa humana, solidariedade e razoabilidade, assim, os tribunais constitucionais e os magistrados, como componentes de um verdadeiro Poder, trabalharão sobre textos de menor densidade jurídica, que exigem metodologia própria, distinta das técnicas juspositivistas tradicionais. Os direitos humanos e o neoconstitucionalismo nos levam, ao retorno da dialética e à análise tópica, instrumentos próprios para a verificação de bens jurídicos que se contrapõem²²².

Assim, a subsunção será sobreposta, no paradigma constitucional atual, com referência aos direitos humanos protegidos pelos princípios constitucionais, pela

²¹⁹ DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Direito constitucional tributário e dues process of law: ensaio sobre o controle judicial da razoabilidade das leis*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 26.

²²⁰ MADSON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 483.

²²¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, ano 23, v. 1, p. 25, 2007.

²²² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, ano 23, v. 1, p. 26, 2007.

argumentação, sendo essa a principal técnica jurídica no presente estágio da ciência jurídica²²³.

Para o neoconstitucionalismo a Constituição não é superior às leis infraconstitucionais apenas porque advinda de fonte hierarquicamente superior. A Constituição para o neoconstitucionalismo e para os direitos humanos, é também materialmente superior às demais leis, por veicular comandos de conteúdo mais abstrato, que exigem técnicas específicas de interpretação. Quem nivela a Constituição com as demais leis, não concordará com o neoconstitucionalismo²²⁴.

O neoconstitucionalismo se aproxima do positivismo jurídico pelo reconhecimento da profunda positivação de direitos nos textos constitucionais, todavia, o neoconstitucionalismo não se confunde com o juspositivismo por uma série de distinções entre a positivação constitucional e a positivação legal. Naquela, o neoconstitucionalismo aponta a textura aberta das normas constitucionais, o fato de serem permeadas por valores, bem como pelo caráter criativo e necessariamente presente das interpretações de aludidos textos constitucionais²²⁵.

Ainda, o neoconstitucionalismo se aproxima e se afasta do jusnaturalismo. A aproximação se dá pelo reconhecimento de que há valores superiores ao ordenamento legal, como na aceitação da busca pela justiça como valor jurídico, no reconhecimento de princípios não necessariamente escritos, como a segurança jurídica e a certeza do direito. Contudo, no neoconstitucionalismo é reconhecido e indiscutível o grau de positivação dos valores que, ao contrário do que ocorria no jusnaturalismo, não são buscados em locais metajurídicos, como na razão ou em textos religiosos. Um dos traços do neoconstitucionalismo é que os valores jurídicos são àqueles localizados na Constituição, explícita ou implicitamente²²⁶.

Segundo Luís Roberto Barroso, o marco filosófico é a confluência do jusnaturalismo com o positivismo jurídico no neoconstitucionalismo, identificando-os como opostos, mas por vezes, singularmente complementares, e ressalta que o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto²²⁷.

223 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 246.

224 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 246.

225 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 246.

226 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 246-247.

227 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, ano 23, v. 1, p. 22, 2007.

Tanto com o neoconstitucionalismo como com os direitos humanos retornamos às ligações antigas entre o direito e a moral²²⁸.

Para Hegel é um grave erro, extrair da afirmada diferença entre o direito natural ou filosófico e o direito positivo de que se opõem ou se contradizem, antes, estão um para o outro como as Instituições para os Pandectas²²⁹.

Atualmente, voltamos a tratar do senso de justiça, da ética que está cima dos governantes, a ética e justiça voltam a ser temas não apenas filosóficos, mas jurídicos, de filosofia do direito. E como a ética e justiça alteram a ideia do que é direito, estudá-las pode influenciar na concepção de todo o ordenamento jurídico. Noções que ficam claras no pós-positivismo, tratado como neoconstitucionalismo, que funciona, assim, como a filosofia do direito, como uma ponte entre o direito e a filosofia. Assim, diversas áreas do estudo do direito podem ser preenchidas com o pensamento evolutivo de nossa época, a partir das concepções de ética e justiça, de Kant²³⁰.

O neoconstitucionalismo mora nas Constituições, e algumas de suas características são a imutabilidade de parte do Texto Constitucional, *quórum* especial para a alteração do restante da Constituição e, principalmente, a existência de conceitos indeterminados e talvez até indetermináveis em sua plenitude²³¹.

No que tange aos conceitos indetermináveis, significa que o conteúdo de vários conceitos postos no Texto Maior não é verificável pelos critérios do positivismo, nem pela mera leitura, nem pela aplicação das técnicas de linguagem, e o conteúdo desses conceitos podem sofrer mutação ao longo do tempo²³².

Para Albert Calsamiglia, o pós-positivismo muda a agenda em evidente crítica ao positivismo, porque presta especial atenção aos conceitos indeterminados, o pós-positivismo despreza do centro das atenções os casos claros ou fáceis e prefere os difíceis²³³.

²²⁸ BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 247.

²²⁹ HEGEL, G. W. F. *Princípios da Filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 5.

²³⁰ BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 248.

²³¹ BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 248.

²³² BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 248.

²³³ CASALMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. In: *Doxa* n. 21-I, p. 211, 1998.

Walber Agra estabelece que o neoconstitucionalismo é propulsionado pela falência do padrão normativo que fora desenvolvido no século XVIII, baseado na supremacia do parlamento, na influência da globalização, na pós-modernidade, na superação do positivismo clássico, na centralidade dos direitos fundamentais, na diferenciação qualitativa entre princípios e regras, na valorização do Direito²³⁴.

Assim, na cultura pós-positivista a solução dos problemas jurídicos não se encontra integralmente na norma jurídica, o que supera a profunda separação que o positivismo havia imposto entre o Direito e a Moral, entre o Direito e outros domínios do conhecimento, para encontrar a resposta que a norma não fornece, o Direito se aproxima da filosofia moral, em busca da justiça e outros valores, da filosofia política, em busca da legitimidade democrática e da realização de fins públicos que promovam o bem comum, e de certa forma, da ciências sociais aplicadas, como economia, psicologia e sociologia. Portanto, o pós-positivismo não retira a importância da lei, mas parte de pressuposto de que o Direito não cabe integralmente na norma jurídica, a justiça pode estar além dela.²³⁵

4. A RELAÇÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO COM OS DIREITOS HUMANOS

Apesar das similitudes e aproximações entre o neoconstitucionalismo e os direitos humanos, é possível formular distinções entre ambos²³⁶.

Para Renato Lopes Becho, os direitos humanos, é visto como filosofia, uma relação entre o direito e a moral, firmada no pressuposto da alteridade do homem como objeto de proteção jurídica acima de quaisquer outros, seja o Estado, seja a segurança jurídica vista em moldes tradicionais, ou seja, acima do direito e do Estado está o homem, e todos os pretensos direitos ou interesses que conflitam com essa máxima, com essa superioridade intrínseca, deixam de ter validade²³⁷.

Assim, os interesses do Estado, não podem ser suficientes para sacrificarem os homens, exceto se for, verdadeiramente, para salvar o próprio Estado. O que não seria possível, por exemplo no *III Reich*. Os perseguidos e assassinados pelo direito nazista não colocavam em risco o próprio Estado alemão, a própria história comprova, que foi o Estado nazista que colocou em risco o Estado alemão²³⁸.

234 AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

235 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 10 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 373.

236 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 249.

237 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 249.

238 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 249.

A discussão é atual e está sendo acompanhada por filósofos, historiadores e outros estudiosos das ciências sociais, tendo em vista os ataques terroristas, sendo assim, até que ponto os terroristas colocam em risco os Estados? Os terroristas, lutam, muitas vezes para alterar os Estados-alvo, notadamente Estados Unidos da América e seus aliados, Inglaterra. Isso justifica, as guerras do Afeganistão e Iraque no início do século? É nesse sentido a atualidade da discussão sobre os direitos humanos, contrapondo os interesses do homem e do Estado. É aceitável que militares americanos e ingleses morram nessas duas frentes de combate, além dos civis e milicianos nesses dois países? Eles estão de fato defendendo a existência de seus respectivos Estados? As práticas legalizadas de tortura são atentados válidos aos direitos humanos, pois visam preservar a existência dos Estados Unidos²³⁹?

O neoconstitucionalismo coloca a Constituição em superioridade às demais leis, protegendo-a das alterações comuns havidas na legislação, preenchendo o diploma constitucional com textos indeterminados e que visam a um objetivo maior, a posição sobranceira dos direitos humanos, portanto, o neoconstitucionalismo é uma técnica jurídica de garantia e de realização dos direitos humanos²⁴⁰.

Os direitos humanos são os conteúdos e os fins do direito, a proteção do homem, e não as técnicas. Tais conteúdos, significam a axiologia do direito, a determinação de valores protetivos dos homens no ordenamento jurídico. O direito, nesse contexto, não pode ser visto com técnica de organização social ou subjugação, por ato de força, da sociedade pelo detentor do poder. O poder e o direito, passam a ser os instrumentos de salvaguarda dos homens. E o neoconstitucionalismo é o meio para atingir esses objetivos. Os direitos humanos defendem a moral que deve ser seguida, a justiça que ainda se persegue, a ética, minimamente posta no ordenamento jurídico²⁴¹.

Assim, vivemos na era do neoconstitucionalismo ou pós-positivismo, que se caracteriza pela supremacia constitucional, pela vinculação dos princípios jurídicos que informam e conformam todo o ordenamento, reforçando o caráter interpretativo da norma jurídica e tendo como pano de fundo o respeito aos direitos humanos²⁴².

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nossas considerações são:

239 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 249.

240 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 250.

241 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 248.

242 BECHO, Renato Lopes. *Responsabilidade tributária de terceiros*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 14.

Demonstrar que o neoconstitucionalismo é uma técnica para a garantia dos direitos humanos.

Que são os direitos humanos, surgem de várias fontes, de diversas civilizações, desde o antigo Egito e Mesopotâmia a.C., de conjugação de pensamentos filosóficos-jurídicos, que inseridos em escritos e diplomas legais, em textos medievais, na Grécia, em Roma, na Inglaterra, nas colônias americanas. E que os textos mais recentes estão na Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas e que nela estão estipulados os princípios gerais do Estado Democrático de Direito, como reação às atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial, como resposta às sociedades, pelas estruturas de poder.

Que o ponto fundamental em comum dessas ideias, se traduz na necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas.

Que aos vocábulos jusnaturalismo, juspositivismo e jusrealismo deve ser acrescentado o humanismo.

Que do ponto de vista filosófico, significa o ressurgimento ou fortalecimento do direito natural valorativo, em que juristas e filósofos passam a repensar seus conceitos ante a violência de um Estado que reduziu o homem a um objeto de manipulação, subjugando-o, não podendo mais, o direito ser oferecido como suporte dogmático, para ditaduras, perseguições religiosas, étnicas, sexuais, de opinião.

Que falar em direitos humanos significa colocar o homem no centro das atenções jurídicas, passando a técnica, com relação ao direito, ao segundo plano, alterando-se a finalidade do direito, passando-se a proteção do homem diante do Estado.

Que do ponto de vista jurídico os valores voltam a ser reconhecidos e consagrados e a dogmática o reconhece como princípios, que ganha importância na doutrina dos direitos humanos, tendo posição de destaque nos textos normativos. Havendo uma conexão necessária entre o direito e a moral.

Que o neoconstitucionalismo, pode ser apontado como quarta corrente filosófica ao lado do jusnaturalismo, juspositivismo e realismo jurídico.

Que as discussões jurídicas não podem mais ser centradas apenas nas leis, eis que os direitos humanos estão centrados em conceitos abstratos, e que os tribunais constitucionais e magistrados, trabalharão sobre textos de menor densidade jurídica, que exigem metodologia própria, distinta das técnicas juspositivistas tradicionais. Assim, os direitos humanos e o neoconstitucionalismo nos levam, ao retorno da dialética e à análise tópica, instrumentos próprios para a verificação de bens jurídicos que se contrapõem.

Que a filosofia neoconstitucionalista se relaciona com o Estado constitucional do século XX, marcada pela rigidez da Constituição e pelo controle de legitimidade das leis, pelo Poder Judiciário, compondo integralmente o sistema jurídico, com construção de nova dimensão jurídica com atribuição de normatividade aos princípios e definição de suas relações com valores e regras, com reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica, formação de nova hermenêutica constitucional, desenvolvimento de nova teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

Que as normas jurídicas são entendidas como regras e princípios, e esses são decorrências lógicas, pontos cardeais, iniciais, referenciais, imprescindíveis para a compreensão de uma ordem, de uma sistematização.

Que na formação de nova hermenêutica constitucional, há um novo paradigma jurídico acrescentando inéditos princípios instrumentais de interpretação, vistos como pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos, ressaltando-se a supremacia da Constituição, a presunção da constitucionalidade das leis e dos atos dos Poderes Públicos, a interpretação conforme a Constituição e os princípios da unidade, da razoabilidade e da efetividade das disposições constitucionais.

Que a subsunção será sobreposta, no paradigma constitucional atual, com referência aos direitos humanos protegidos pelos princípios constitucionais, pela argumentação, sendo essa a principal técnica jurídica no presente estágio da ciência jurídica.

Que tanto com o neoconstitucionalismo como com os direitos humanos retornaremos às ligações entre o direito e a moral, voltaremos a tratar do senso de justiça, da ética que está cima dos governantes. Que a ética e a justiça voltam a ser temas não apenas filosóficos, mas jurídicos. E como a ética e justiça alteram a ideia do que é direito, estudá-las pode influenciar na concepção de todo o ordenamento jurídico, que ficam claras no pós-positivismo, tratado como neoconstitucionalismo, que funciona, assim, como a filosofia do direito, como uma ponte entre o direito e a filosofia.

Que o neoconstitucionalismo e os direitos humanos são próximos e semelhantes, mas distintos, eis que os direitos humanos, como relação entre o direito e a moral, com o homem como objeto de proteção jurídica, acima do direito e do Estado, visto como uma filosofia. E, por sua vez, o neoconstitucionalismo coloca a Constituição em superioridade às demais leis, protegendo-a das alterações comuns havidas na legislação, preenchendo o diploma constitucional com textos indeterminados e que visam a um objetivo maior, a posição proeminente dos direitos humanos.

Para concluirmos, pelo método descritivo, teórico bibliográfico de cunho qualitativo que o neoconstitucionalismo é uma técnica jurídica de garantia e de realização dos direitos humanos, que se caracteriza pela supremacia constitucional, pela vinculação dos princípios jurídicos que informam e conformam todo o ordenamento, reforçando o caráter interpretativo da norma jurídica e tendo como pano de fundo o respeito aos direitos humanos, e esses são os conteúdos e os fins do direito, que visam a proteção do homem, com determinação de valores protetivos no ordenamento jurídico, defendendo a moral que deve ser seguida, a justiça perseguida, e a ética, minimamente posta no ordenamento jurídico.

6. REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BARBERIS, Mauro. **Filosofia del diritto: un'introduzione teórica**. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2005, p. 27.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. In: *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, ano 23, v. 1, p. 22, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 681.

BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 231.

BECHO, Renato Lopes. **Responsabilidade tributária de terceiros**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 14.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 589.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1036.

CASALMIGLIA, Albert. **Postpositivismo**. In: *Doxa* n. 21-I, p. 209-220, 1998.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Direito constitucional tributário e dues process of law: ensaio sobre o controle judicial da razoabilidade das leis**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 26.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 1. ed., 4. tir. São Paulo: Atlas, 1991, p. 39.

HEGEL, G. W. F. **Princípios da Filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 5.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 1 ed. (Br). São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 4.

MADSON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 483.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência**. 12. ed. São Paulo: Atlas 2021, p 23.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. Marlene Holzhausen. Rev. téc. Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 47.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 6. ed. anotada e atual. Por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 65-66.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 149.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros: 2002, p 150-151.

A FUNCIONALIDADE DO TERMO DE REFERÊNCIA NO PROCESSO LICITATÓRIO SOB A ÓTICA DA LEI Nº. 14.133/21

ELAINE DOBES VIEIRA:

Analista Judiciário do
Tribunal de Justiça de Mato
Grosso.

RESUMO: A pesquisa científica tem a pretensão de abordar e analisar que a elaboração do Termo de Referência é uma forma multissetorial, que sugere a criação de um processo licitatório. A licitação oportuniza à aquisição ou realização de uma obra ou serviço, e exige a elaboração de um Termo de Referência. O objetivo central deste artigo é demonstrar que o TR é o documento que contém os elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento, considerando os preços praticados no mercado. Assim, questiona-se o seguinte item: A elaboração do TR, mais precisamente a especificação correta do objeto e itens a serem adquiridos pela Administração Pública, são fundamentais para o sucesso das aquisições públicas? Isso remete ao grande desafio da administração Pública num processo licitatório, em que o TR é o reflexo da Licitação, sendo o documento da fase interna, em que o requisitante esclarece o que realmente precisa, a definição do objeto e os demais elementos necessários à sua perfeita contratação e execução. Apesar da discricionariedade atribuída ao administrador para especificar o objeto de um processo licitatório, é fundamental que o responsável pelo detalhamento técnico conheça o tema em questão, sob pena de inviabilizar a aquisição ou gerar uma contratação que não atinja os objetivos desejados. Portanto, é aquele ponto crucial com informações levantadas em torno de um determinado objeto que, traduzido num documento servirá de fonte para guiar a aquisição pública.

Palavras Chave: Licitação. Termo de Referência. Administração Pública.

1 INTRODUÇÃO

Ao efetuar uma compra ou contratar um serviço, os envolvidos das empresas privadas e físicas, procuram e estudam o melhor preço, as melhores condições, a qualidade do produto ou serviço, a garantia, entre outros aspectos.

Tal fato, ocorre também com a Administração Pública, e não poderia ser diferente por gerenciar recursos públicos e ainda possuir o dever de prestar contas perante a sociedade. Se para as pessoas físicas e empresas privadas tal postura é optativo, para a Administração Pública é um dever, considerando que esta possui a obrigação de vigiar determinados Princípios e Leis que exercem as condições para efetuar compras e contratar serviços, pois é previsto na legislação a dispensa de licitação, a inexigibilidade e até a mesmo a sua proibição.

Para que seja fielmente cumprido o interesse público, o gestor público deve estar inteirado das leis que norteiam as compras perante a Administração Pública. Apesar da discricionariedade conferida ao administrador para especificar o objeto de um processo licitatório, é necessário que o responsável pelo esboço técnico conheça o tema em questão, sob pena de inexecução a aquisição ou gerar uma contratação que não atinja os objetivos desejados.

Conseqüentemente o Termo de Referência é de suma importância para se iniciar o processo licitatório e ao final obter o resultado esperado ao adquirir algum bem ou contratar um serviço. O referido trabalho questiona o seguinte item: Até que ponto a elaboração do Termo de Referência, mais precisamente a especificação correta do objeto e itens a serem adquiridos pela Administração Pública, são fundamentais para o sucesso das aquisições públicas?

O problema acima em estudo remete ao grande desafio da administração Pública num processo licitatório, em que o Termo de Referência é o reflexo da Licitação, sendo o documento da fase interna, em que se tem a real necessidade do que precisa, trazendo os demais elementos para a contratação e execução.

Nesta perspectiva, este artigo científico tem por objetivo geral é demonstrar que o Termo de Referência é o documento que contém os elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento, considerando os preços praticados no mercado.

Para atingir esse objetivo geral, essa pesquisa elencou três objetivos específicos: 1) Analisar a importância do Termo de Referência para a efetividade nas aquisições públicas; 2) Entender que o Termo de Referência é um documento que deve ser elaborado na fase de planejamento das compras de qualquer entidade pública, quando esta desejar adquirir bens e serviços comuns; e 3) Reconhecer que o Termo de Referência é uma ferramenta de apoio ao procedimento licitatório.

Portanto, o Termo de Referência, é o aquele ponto crucial com informações diversas levantadas em torno de um determinado objeto que, traduzido num documento servirá de fonte para guiar a aquisição pública.

2 DO PROCESSO LICITATÓRIO

O Brasil, após a promulgação da Carta Política de 1988, principiou sua escalada para exercitar melhorias da Administração Pública, trazendo expressamente em seu art. 37, *caput*, diversos princípios, quais sejam o da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, publicidade e eficiência, todos, objetivando incutir na mentalidade do administrador

público, a seriedade com que deve ser tratado o erário. Encontra-se a licitação prevista no art. 37, XXI da Carta Política, que assim dispõe:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 2000, p. 48)

Desta forma, a Carta Política de 1988, no art. 37, XXI, citado acima, dispõe que a administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos estados e municípios deverá obter e adquirir bens e serviços mediante processo de licitação pública que proporcione igualdade de condições a todos os concorrentes.

Pereira Junior ainda pontua que:

O regime republicano implica especial atenção na execução da despesa pública. O exato equilíbrio entre o dever de tratar todos de forma isonômica, assegurar a proposta mais vantajosa para o Poder Público e garantir a exequibilidade do futuro contrato são pontos que ainda desafiam juristas e legisladores. (JUNIOR, 2019, p. 299)

A Lei de Licitações - Lei nº 8.666/1993, era clara e foi elaborada logo após o primeiro processo de *impeachment*, portanto foi um grande avanço na padronização e moralização das compras públicas, chegou com o elevado propósito de reparar distorções, normatizando as licitações e contratos da Administração Pública, cuja Lei mencionada, elenca as modalidades de acordo com o objeto, como a: Concorrência, Tomada de Preços, Convite, Concurso, Leilão.

Em seu artigo 3º a Lei nº 8.666/1993 definia:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (BRASIL, Lei 8.666/1993).

Pereira Junior (2015, p. 310) afirma que “pela Licitação, a Administração abre a todos os interessados que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de apresentação de proposta”.

No mesmo sentido o processo licitatório é conceituado nas palavras de Meirelles, como:

O procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. (MEIRELLES, 2014, p. 271 e 272).

A busca da Administração pela proposta mais vantajosa por meio do processo licitatório causa uma postura de competição por parte dos licitantes, conforme pontua Bandeira de Mello:

Licitação, em síntese é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir. (MELLO, 2018, p. 517).

Ocorre atualmente em nosso país, notícias em vários tipos de comunicação, rádio, televisão e mídia social, que há uma grande ineficiência nas compras públicas e os fatores são diversos, como falta de planejamento adequado, não selecionado a proposta mais vantajosa, e etc. Segundo Paulo Soares:

Quando os meios de comunicações noticiam uma prolongada falta de remédios nos hospitais e postos de saúde públicos, quando informam a queda de obra em pouco tempo de uso ou quando colocam que uma universidade está sucateada, isso alimenta ainda mais o sentimento negativo da população acerca dos serviços ofertados pelo poder público, o que denota que há um carecimento de planejamento nas aquisições de produtos e/ou serviços na área governamental. (SOARES, 2021)

É necessário impedir ou destituir esse lado desconhecido e sombrio da Administração Pública, oportunizando um trabalho voltado a resultados concretos num real planejamento, execução de aquisição de bens e serviços abarcados na qualidade do produto.

Assim, é de suma importância planejar as compras da Administração Pública, pois o gestor ao conseguir os objetos e serviços essenciais para o processo licitatório, irá definir as condições básicas que nortearão o procedimento desde o seu início até o seu término. A licitação, portanto, aplica uma nova política administrativa, sem ausência de dúvidas, e dispõe sobre um dos principais instrumentos de aplicação do dinheiro público, à medida que possibilita à Administração a escolha, para fins de contratação, como explica Pereira Junior (2019, p. 312).

Sendo assim, é possível apresentar um conceito objetivo de licitação nos seguintes termos:

É um procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados. (MELLO, 2017, p. 519)

Para Mello (2017, p. 496) as tratativas devem ser efetuadas pela Administração e formalizadas mediante contrato administrativo: aquisição de bens, contratação de serviços, ou seja, sempre que a Administração pretender efetuar uma contratação (de qualquer espécie), em regra deve realizar o procedimento licitatório. Desta feita, para o sucesso das compras públicas, um dos documentos mais utilizados, quanto ao objeto que se pretende adquirir, é o Termo de Referência que foi conceituado pelo art. 8º, II do Decreto nº. 3.555/2000:

Decreto nº. 3.555/2000:

Art. 8º A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras:

II - O Termo de Referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato. (BRASIL, 2021)

Em relação a citação acima, nota-se que é o documento, cujas informações contidas nele, serão o ponto final para nortear os procedimentos da aquisição pública.

2.1 NORMATIZAÇÃO DA LICITAÇÃO

O termo normatização e amplamente conceituado como uniformizar, vem agindo em alguns Estados e Municípios sobre as normas gerais de licitação, descaracterizando o processo licitatório; em relação as alterações de fases, no seguinte sentido, como esclarece Leila Almeida:

Avaliação prévia da proposta, para depois examinar a documentação, é procedimento restrito a bens e serviços comuns, sendo inadmissível para os demais casos, sob pena de transformar o processo licitatório em avaliação exclusiva de preços sem qualquer zelo ou apego à qualificação técnica do licitante. (2021)

É relevante também esclarecer que as mudanças das regras e procedimentos em licitações e contratos administrativos, já definidos e consumidos pelas normas gerais, só aceitam alterações por meio de Lei Federal em razão da competência privativa da União. Aos regulamentos Estaduais, Municipais e do Distrito Federal, caberá a complementação daquilo que não foi definido ou delimitado pela norma geral. Almeida defini os conceitos de competência legislativa privativa, concorrente e suplementar:

- Privativa: é a competência plena, direta e reservada a uma determinada entidade do Poder Público.
- Concorrente: é a possibilidade de legislar sobre o mesmo assunto ou matéria por mais de uma entidade federativa, mas obedecendo a primazia da União quanto às normas gerais.
- Suplementar: é uma subespécie da competência concorrente; é aquela que preenche os vazios da norma geral; para alguns ela é "complementar". (ALMEIDA, 2021)

Perante o art. 22, XXVII da Constituição Federal, é de competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitação, *in verbis*:

Art. 22. Compete privativamente à **União legislar sobre:**

(...)

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido ao disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

A Carta Magna definiu como competência privativa da União legislar certas matérias, *in casu*, normas gerais de licitação e contratação, permitiu aos Estados legislar - não concorrentemente, mas, conforme **§ 2º do art. 24 da Constituição: § 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.** (ALMEIDA, 2021)

Detalhe relevante é da competência concorrente (aquela em que os Estados também poderiam legislar) não se aplica ao tema de "licitações e contratos administrativos", uma vez que a competência suplementar dos Estados e do Distrito Federal não abrange "normas gerais"; dessa forma, como bem preceitua o art. 24, §§ 1º e 4º, da CF/88, a competência legislativa limitar-se-ia a adaptação das normas federais no que se refere às suas particularidades locais. Dessa forma, aquilo que for proibido, explícita ou implicitamente pela Constituição Federal, não será objeto de normatização por parte dos Estados: **Art. 25, § 1º - São reservadas aos Estados às competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.**

A competência legislativa plena dos Estados somente pode ser exercitada se não houver as normas gerais de licitação definidas na Lei nº 14.133/2021. Portanto, os Estados não podem legislar sobre normas gerais de licitação, em face da competência privativa da União sobre essa matéria.

Da mesma forma, aos Municípios é dado o direito de suplementar a norma federal, naquilo que couber e lhe for possível: **Art. 30. Compete aos Municípios: (...) II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.** Propriamente as regras criadas pela Lei Federal nº 14.133/2021 não podem ser modificadas; mas, sim, complementadas, ou suplementadas, o que é muito diferente.

Atualmente já existe jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que atribui a inconstitucionalidade da lei estadual ou municipal em matéria cuja competência seja concorrente, justificadas as hipóteses em que a norma se adapta às particularidades locais; sem alteração da lei federal. O que dirá então o STF, quando a competência para legislar sobre "normas gerais" de licitação e contratos administrativos é privativa?

Segundo o sistema concebido pelos §1º e 4º do art. 24 da Constituição, em tema de competência concorrente, à União incumbe o estabelecimento de normas gerais, restando aos Estados à atribuição de complementar às lacunas da normatização federal,

consideradas as situações regionais específicas. Assim, salvo em caso de ausência de lei editada pela União, **não podem os Estados disciplinar matérias revestidas de generalidade tal que importe invasão das atribuições reservadas apenas à União - CF/88, art. 24, §1º.**

Portanto, é importante frisar: a) a União possui competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades - art. 22, XXVII, CF/88; b) Estados e Municípios somente legislam sobre matéria passível de complementação. No início de abril de 2021, entrou em vigor a Lei nº 14.133/2021, que estabelece normas gerais acerca dos procedimentos licitatórios e de contratações para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais. A lei regulamenta o art. 37, XXI, da CF/1988, e abrange todos os entes federativos e os Poderes Executivos, Legislativos e Judiciário.

A legislação decorre de longas discussões acerca do regime de licitação criado pela Lei nº 8.666/93, que se tornou obsoleto, especialmente diante do cenário de pandemia da Covid-19. A pandemia demandou maior celeridade, eficácia e transparência nas contratações da Administração Pública, ensejando, como medidas excepcionais para enfrentamento da emergência de saúde pública, a edição das Leis nº 13.979/20, 14.035/20 e 14.121/21 e da Medida Provisória nº 926/20 antes mesmo do texto legal ora em análise. (MARÇAL, 2021, p. 197)

Apesar de popularmente chamada de Nova Lei de Licitações, a lei vai além da simples atualização dos procedimentos licitatórios, mesclando normas gerais e específicas, unificando a Lei nº 10.520/02, que instituiu a licitação na modalidade pregão, e a Lei nº 12.462/11, que criou o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), bem como positivando inúmeros entendimentos oriundos de julgados dos Tribunais de Contas e ensinamentos da doutrina.

De imediato, o legislador infraconstitucional revogou os artigos 89 a 108 da Lei nº 8.666/93, remetendo para o Código Penal (art. 337-E ao art. 337-O) os tipos penais e sanções em caso de descumprimento da lei, ficando para 2/4/2022 a revogação dos artigos 1º a 47-A da Lei nº 12.462/11 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas), da integralidade da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações "antiga") e da Lei nº 10.520/02 (pregão eletrônico), passando a valer a legislação ora analisada. (MARÇAL, 2021, p. 199)

2.1.1 Licitação é um procedimento administrativo

A licitação é processo ou procedimento? A análise deste tópico requer a prévia distinção entre processo e procedimento, vez que a caracterização da licitação dentro deste ou daquele instituto é tema de acirrados debates doutrinários.

Dentre as várias posições acerca desta diferenciação, será adotada a estabelecida por Tolosa Filho (2014, p. 199), segundo a qual, processo e procedimento se resumem em forma de explicitação de competência através de sequência encadeada de atos dirigidos a um resultado final. Sendo que, a diferença entre ambos reside no fato de o primeiro ser qualificado pela participação de interessados em contraditório, necessária diante da possibilidade de o ato administrativo gerar alteração na esfera jurídica dos particulares.

De procedimentos administrativos podem resultar processos administrativos, desde que caracterizada situação demandante de compartilhamento de interessados em impugnação, ou seja, quando os procedimentos se tornam revisivos, sancionatórios disciplinares, ou litigiosos se faz necessária a existência de participantes em contraditório, transformando-se assim o procedimento em processo. Tolosa Filho entende que licitação é processo, assim argumenta que:

Processo é espécie do gênero procedimento. O próprio art. 38 da Lei nº. 8.666/93 demonstra isso, realçando a relação gênero/espécie e caracterizando a licitação como processo, devido a sua inerente beligerância. Assim, sem dúvida, a licitação é processo, pois nasce marcada por uma conflagração, uma verdadeira disputa de interesses. (FILHO, 2014, p. 200)

Data máxima vênia ao posicionamento de Tolosa Filho, a princípio parece mais correto a licitação ser materializada como procedimento administrativo, o conflito de interesses inerente à licitação não configura uma lide, razão pela qual, não é caracterizada pela existência de contraditório.

2.1.2 Procedimento licitatório disciplinado em lei

Em razão do Princípio da Legalidade, em regra, todo o procedimento licitatório deve ser pautado pelos termos da lei.

A competência legislativa em matéria de licitação é concorrente. Competem a União estabelecer normas gerais, impositivas às Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e às Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista prestadoras de serviço público. Aos Estados, Distrito Federal e Municípios compete estabelecer normas específicas, adequadas às peculiaridades locais. Na ausência destas, aplica-se a legislação federal.

As Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista e suas subsidiárias ao editar sobre o estatuto jurídico próprio, previsto na Lei 13.303/2016, contém normas específicas de exigência de licitação e casos de dispensa e inexistência.

A Lei nº 14.133/2021 vigorou em conjunto com a Lei nº 8.666/1993, com a Lei nº 10.520/2002 e com Lei nº 12.462/2011, de modo que competirá à Administração Pública optar, discricionariamente, a cada licitação ou contratação direta, por aquela lei ou por estas, de acordo com o artigo 191 da nova Lei de Licitações e de Contratos Públicos.

De todo modo, os contratos administrativos disciplinados por lei diversa da Lei nº 14.133/2021 serão regidos por essas leis durante toda a sua vigência, mesmo em caso de prorrogação contratual após 04.4.2023, em acordo com os artigos 190 e 191, § único, da nova Lei de Licitações e de Contratos Públicos. Manifesta-se, então, o fenômeno da ultratividade da lei revogada, de acordo com o qual a lei revogada produz efeitos, isto é, vigora, ainda que não vija. Assim, tem-se que:

- i)** a nova Lei de Licitações vige e vigora desde 1º de abril de 2021 (art. 194);
- ii)** revogaram-se em 1º de abril de 2021 os artigos 89 a 108 da Lei n.º 8.666/1993 (art. 193, I);
- iii)** as Leis n.º 8.666/1993, n.º 10.520/2002 e n.º 12.462/2011 (arts. 1º a 47-A) serão revogadas em 4 de abril de 2023 (arts 193, II);
- iv)** de 1º de abril de 2021 a 4 de abril de 2023, compete à Administração Pública optar expressamente, no instrumento convocatório, pela nova Lei de Licitações e de Contratos Públicos ou pelas Leis n.º 8.666/1993, n.º 10.520/2002 e n.º 12.462/2011 (art. 191);
- v)** após a revogação das Leis n.º 8.666/1993, n.º 10.520/2002 e n.º 12.462/2011, em 4 de abril de 2023, os contratos que tenham sido assinados enquanto elas estavam vigentes permanecerão regidos por elas, em vigor póstumo à sua vigência, por incidência do fenômeno da ultratividade. (MARÇAL, 2021, p. 199)

Assim, importa saber desde quando a Lei nº 14.133/2021 está vigente, e quando deixarão de ter vigência e vigor as normas substituídas. Assim prescreve a Lei:

Art. 190. O contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor desta Lei continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada.

Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas

no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

Parágrafo único. Na hipótese do caput deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.

Art. 192. O contrato relativo a imóvel do patrimônio da União ou de suas autarquias e fundações continuará regido pela legislação pertinente, aplicada esta Lei subsidiariamente.

Art. 193. Revogam-se:

I - os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei;

II - a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.

Art. 194. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

2.1.3 A licitação é realizada pela administração pública

Em regra, toda Administração Pública está obrigada a licitar, inclui-se aí, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Autarquias, Fundos Especiais, Fundações, Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e suas Subsidiárias. Entretanto, em virtude da alteração constitucional promovida no art. 173, pela Emenda Constitucional nº. 19/1998 tem-se, que as Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e suas subsidiárias exploradoras de atividade econômica, submetem-se a regime especial, fiel aos princípios gerais de licitação, mas regulado por estatuto jurídico próprio, estabelecido em lei, que disporá sobre licitações e contratações administrativas (CF/88. art. 173 § 1º, III). (JUSTEN FILHO, 2016, p. 124)

A alteração constitucional tem nexos, pois se o Estado cria entidades para atuar no mercado, deve garantir a estas possibilidades de concorrer com as empresas privadas, de modo a cumprir a finalidade pública para qual foram criadas.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União firmou entendimento de que as Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista exploradoras de atividade econômica

estão dispensadas de licitar nas contratações diretamente relacionadas ao desempenho de sua atividade final. Bandeira de Mello, incorpora-se com a posição adotada pelo TCU, que:

Nas hipóteses em que o procedimento licitatório inviabilizaria o desempenho das atividades específicas para as quais foi instituída a entidade entender-se-á inexigível a licitação. Isto ocorre quando suas aquisições ou alienações digam respeito ao próprio objetivo a que a pessoa está preposta e desde que tais atos demandem a agilidade, a rapidez, o procedimento expedito da vida negocial corrente, sem o quê haveria comprometimento da boa realização de sua finalidade. (MELLO, 2017, p. 492)

Por fim, cabe analisar o regime de contratação das entidades de apoio, organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e os serviços sociais autônomos.

Situação distinta se configura quando estas entidades recorrem ao mercado, estabelecendo relações comerciais. Se por um lado, são pessoas jurídicas alheias ao Estado, o que as afasta do regime de direito público, por outro recebem recursos estatais, o que impede a caracterização de um regime estritamente privado. (MELLO, 2017, p. 492)

Já quanto aos serviços sociais autônomos, foi elaborado regulamento próprio, o qual após aprovado pelo Tribunal de Contas da União, desobrigou tais entidades da aplicação da Lei de Licitações. É oportuno esclarecer que o rol positivado no caput do art. 2º da Lei de nas hipóteses em que o procedimento licitatório inviabilizaria o desempenho das atividades específicas para as quais foi instituída a entidade entender-se-á inexigível a licitação. Isto ocorre quando suas aquisições ou alienações digam respeito ao próprio objetivo a que a pessoa está preposta e desde que tais atos demandem a agilidade, a rapidez, o procedimento expedito da vida negocial corrente, sem o que haveria comprometimento da boa realização de sua finalidade. (MELLO, 2017, p. 493)

2.1.4. Beneficiário particular por meio de ato administrativo

Gasparini esclarece, com propriedade, que o fundamento da obrigatoriedade de licitação não é a realização de uma contratação administrativa, mas sim, a confere a um interessado de uma vantagem que não poderá ser oferecida a todos os que a desejarem. Neste sentido é sua lição:

Realmente a exigência do certame não se justifica pelo fato de travar-se contrato, mas sim porque a administração vai conferir a alguém um

benefício singular insuscetível de extensão a todos os interessados aptos. (GASPARINI, 2016, p. 390)

Celso Ribeiro Bastos (2016, p. 117) apresenta raciocínio que conduz ao fundamento de tal obrigatoriedade, segundo o autor “em um Estado de Direito a igualdade de todos diante da Lei reflete-se tanto na igualdade diante dos ônus que a Administração passa a impor, como diante dos privilégios que possa proporcionar”. Em suma, o que ocorre na licitação é que o vínculo do objeto licitado ao licitante vencedor, ao menos por um período de tempo, torna inviável a repetibilidade da mesma oportunidade aos demais interessados.

2.1.5 A licitação visa a contratação mais vantajosa

Conforme se depreende da leitura do art. 11 da Lei nº 14.133/2021, a realização do procedimento licitatório possui escopos primordiais, quais sejam, a escolha da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos, bem com incentivar a inovação e o desenvolvimento sustentável. Do mesmo modo, Mello elucida que:

A licitação visa a alcançar duplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto) e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares. (MELLO, 2017, p. 495)

Estes objetivos estão diretamente relacionados. Quando abre oportunidade para todos os possíveis interessados participarem em igualdade da disputa pelo objeto licitado a administração garante a isonomia, mas também possibilita que o maior número de propostas de contratação seja apresentado. Contudo, para o alcance da maior vantajosidade é necessário que a isonomia esteja presente tanto na fase externa, quanto na fase interna da licitação. Não é correto extrair destas afirmações que a isonomia é mero instrumento para o alcance da vantajosidade. Nesta linha é o pensamento de Nobrega:

Quanto à proposta a ser obtida, não basta que seja a mais vantajosa. Isso porque o objetivo buscado pela Administração não é a vantagem pela vantagem obtida a qualquer preço, a qualquer custo, por quaisquer meios. Se assim fossem deixar-se-ia de atender a outro dos objetivos da licitação: a escolha do vencedor mediante regramento

uniforme, que afaste discriminações arbitrárias e enseje oportunidade de disputa igualitária entre os participantes. (NOBREGA, 2018, p. 59)

Enfim, isonomia e vantajosidade constituem duas finalidades legais, que devem ser interpretadas e cumpridas de modo harmônico e complementar.

2.2 FASES DA LICITAÇÃO

Tratando, então, especificamente, da dispensa de licitação, a restrição quanto à utilização da legislação e procedimentos que serão adotados na contratação é mesma: ou se utiliza as regras da Lei nº 8.666/93 ou se utiliza as regras da Lei nº 14.133/2021. Nesse ponto, então, é fundamental conhecer os impactos da opção, porque, deles, decorrem limites diferenciados, fundamentação diferenciada, procedimentos diferenciados, como assim explica Marçal & Oliveira:

Optando-se pelas regras, já conhecidas, da Lei nº 8.666/93, onde, em seu art. 24, há as possibilidades do gestor dispensar a licitação, temos trinta e cinco incisos nos quais o gestor pode se fundamentar para dispensar a licitação. E, tratando-se da dispensa de licitação em razão de valor, temos os limites constantes nos incisos I e II, do art. 24, respectivamente: R\$ 33.000,00, para obras e serviços de engenharia, e R\$ 17.600,00, para demais serviços e compras. (MARÇAL & OLIVEIRA, 2021, p. 206)

Sem constar, na Lei nº 8.666/93, o procedimento detalhado a ser seguido para a contratação por dispensa de licitação, inclusive, quanto ao planejamento da contratação, a pesquisa de preços, o gerenciamento de risco e a escolha do fornecedor, o que pode destacar é o texto final da redação do art. 24, I e II quando a lei possibilita a dispensa de licitação pelos referidos valores desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda, para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, no caso do inciso I, ou desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez. (MARÇAL & OLIVEIRA, 2021, p. 208/209)

Nesse ponto, a lei, de certa forma, traz que o gestor deverá planejar suas contratações para se evitar o fracionamento da despesa. Na Lei nº 14.133/2021, o art. 75 traz as possibilidades de que o gestor dispõe para dispensar a licitação, seja em razão de valor, seja de acordo com o objeto, seja no caso de licitação deserta ou fracassada. Especificamente, quanto à dispensa de licitação:

O art. 75, I e II trazem a previsão de que, respectivamente, para contratações de obras e serviços de engenharia ou serviços de manutenção de veículos automotores, poderá ser dispensa a licitação para contratações com valor inferior a R\$ 100.000,00; e, para contratações de demais serviços e compras, esse valor limite é de R\$ 50.000,00. Sendo os referidos valores duplicados nos casos de contratos firmados por consórcio público, ou por autarquia ou fundação qualificada, como agências executivas definidas em lei. (MARÇAL & OLIVEIRA, 2021, p. 207)

Um detalhe importante é que, enquanto a Lei nº 8.666/93 prevê que a possibilidade de contratação por dispensa de licitação deve observar se a contratação não pode ser realizada em conjunto, por meio de licitação, na nova lei, foram trazidas regras para aferição dos valores, para observância dos novos limites, que estão no § 1º, do art. 75. Para a contratação por dispensa de licitação, deve-se observar se:

O somatório do que for despendido no exercício financeiro pela respectiva unidade gestora não atingiu os limites e se o somatório da despesa realizada com objetos de mesma natureza, sendo aqueles considerados do mesmo ramo de atividade. Não sendo necessário se observar referidas regras de aferição nas contratações com valor até R\$ 8.000,00 para serviços de manutenção de veículos automotores. (CARVALHO, 2021, p. 186)

Também, especificamente, para as contratações em razão de valor, preferencialmente, deverá haver divulgação do aviso da dispensa de licitação em sítio eletrônico oficial, pelo prazo mínimo de 3 (três) dias úteis, com a especificação do objeto pretendido e com a manifestação de interesse da Administração em obter propostas adicionais de eventuais interessados, devendo ser selecionada a proposta mais vantajosa.

Algo que vem no Decreto nº 10.024/2019, que regulamenta o pregão eletrônico na esfera federal, onde é prevista a dispensa eletrônica, para bens e serviços comuns, inclusive, serviços comuns de engenharia. Relembrando que essa legislação não se aplica à nova lei de licitações. (CARVALHO, 2021, p. 187)

Em relação, a fase interna para a contratação por dispensa de licitação, uma fase de planejamento, até se chegar no Termo de Referência ou no Projeto Básico ou no Projeto Executivo, é semelhante ao de um procedimento licitatório. Importante entender que as normas infra legais, atualmente vigentes, como o caso da IN SEGES nº 73/2020, que trata da pesquisa de preços, a IN nº 40/2020, que trata do ETP, não se aplicam às novas regras da nova lei de licitações. Essa consciência deve ter absorvida por quem atua na área. Mas que, agora, o estudo da melhor solução para contratação, mesmo por dispensa de licitação,

deverá existir e ser materializado no processo, no documento que resulta do Estudo Técnico Preliminar. (CARVALHO, 2021, p. 199)

Acerca da formalização do contrato, a lei, em seu artigo 95, também flexibiliza a exigência do instrumento de contrato na dispensa de licitação em razão de valor, prevendo a possibilidade de o instrumento ser substituído por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço. Dessa forma, temos, nessa breve análise das novas regras de contratação por dispensa de licitação, trazidas pela Lei nº 14.133/2021, que não basta o gestor escolher utilizar a nova lei, animado pelos novos limites.

Assim, a opção por utilizar os novos limites da dispensa de licitação, trazidas pela Lei nº 14.133/2021, não torna o processo mais simples. Não basta, apenas, querer usar os limites, tem-se que capacitar a equipe para aprender a planejar, analisar os riscos, para, então, realizado todo esse procedimento constante no art. 72, se chegar na contratação. De forma resumida, todo cuidado é pouco nesse momento de discussões sobre a nova lei, inclusive, sobre a eficácia das contratações, mesmo as que são realizadas por dispensa de licitação.

Não basta, apenas, se preocupar com os limites, não basta, apenas, se preocupar com as discussões em torno do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). Afinal, a lei prevê, em seu art. 73, que, na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis. Vale lembrar também que a Lei nº. 14.133/21, há 4 modos de disputa para a etapa de julgamento da proposta. São eles: o modo aberto, o modo fechado, o modo aberto e fechado e o modo fechado e aberto.

a) No modo aberto, os licitantes deverão fazer a apresentação de suas propostas, cabendo a adoção de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes. Todos os lances são públicos e sucessivos, com prorrogações que variam conforme o definido no edital. b) No modo fechado, por outro lado, as propostas feitas ficarão em sigilo até a data e hora designadas para que sejam divulgadas. c) No modo aberto e fechado, os licitantes, em um período fixo de tempo, dão os seus lances publicamente. Em seguida, há um outro período de tempo aleatório adicional sem prorrogação para que os licitantes ajustem suas propostas. Depois disso, nos minutos seguintes, os melhores lances, isto é, os até 10% superiores ao menor lance, terão a oportunidade de ofertar um último valor ou lance de modo fechado,

ou seja, sigiloso. Nesse modo de disputa, a previsão de intervalo mínimo de diferença entre os valores ou percentuais entre os lances é facultativa no edital. Após o fim da etapa de lances, o sistema ordena os melhores valores por ordem de vantajosidade para que apresentem seus últimos lances finais fechados. Ao fim do processo, as propostas fechadas são conhecidas, apurando-se qual delas é mais vantajosa para a administração. d) No modo fechado e aberto, por fim, acontece o contrário do modo aberto e fechado. Ou seja, há uma primeira etapa de envio de lances que é fechada, isto é, os lances não são públicos. (CARVALHO, 2021, p. 210)

Essa etapa, por sua vez, é seguida por uma etapa aberta com os licitantes que ofereceram lances até 10% superiores ao menor lance tem a oportunidade de fazer ofertas de forma aberta, ou seja, publicamente.

3 TERMO DE REFERÊNCIA

O termo de referência é o instrumento confeccionado pela Administração Pública para tornar explícito o conjunto de informações essenciais à aquisição/contratação que deseja realizar.

O Termo de Referência perdura entre a Contratação e o Planejamento existente, expondo o alinhamento da contratação à estratégia do negócio. O dever de planejar é constituído no princípio da eficiência (art. 37 da CF/88), como pontua Menezes Niebuhr:

Faz-se necessário, no Termo de Referência, em primeiro lugar, especificar o objeto a ser licitado, ainda que possa haver alguma complementação posterior. Deve-se no mínimo definir o que a Administração Pública necessita o que pretende com a futura contratação. E, também, já se deve determinar como o objeto da licitação deve ser executado, com a definição de métodos, estratégias de suprimentos e prazo de execução. (NIEBUHR, 2018, p.30)

Em relação a citação acima, nota-se que o Termo de Referência contém os códigos genéticos da Licitação e do contrato a que vier a ser lavrado. Eduardo Santana (2019, p.21) o conceitua como " o documento de natureza essencial, o que se pode verificar da sua própria definição, cabendo enfatizar que deverá estabelecer os elementos indispensáveis à formulação das propostas pelos interessados em participar da disputa".

Bittencourt, conceitua o Termo de Referência da seguinte forma:

O Termo de Referência é o documento que condensa as principais informações da **fase interna da licitação** e, por isso, deve ser

construído com cuidado e atenção, já que seus dados servem de espelho para elaboração do edital e contrato administrativo. (BITTENCOURT , 2017, p. 34/35)

Desta feita, o Termo de Referência, serve de diretriz para a confecção do edital e sua confecção é considerada obrigatória, como pontua Camarão:

O Termo de Referência destina-se à caracterização do objeto em todas as suas dimensões, servindo à um só tempo, tanto para atender as necessidades da Administração Pública, quanto aos interesses dos particulares, especialmente no que toca à elaboração de suas propostas. (CAMARÃO, 2019, p. 49/50)

Em relação aos conceitos acima apresentados pelos doutrinadores, Bittencourt e Camarão, pode-se dizer que o Termo de Referência tem a finalidade única e fundamental de especificar o objeto ou serviço fruto da aquisição a ser contratado em todos os seus aspectos, devendo conter detalhes que norteará o julgamento durante o certame, bem como a fase contratual. A doutrina ressalta que há muitos projetos básicos e termo de referência inadequados e que não são fundamentados com a necessidade da Administração Pública, assim Camarão adverte que:

O instrumento é confeccionado como mais um documento formal que tem de constar no processo licitatório, mas, na realidade, não explicita o que se deseja contratar, as condições técnicas exigidas e os resultados esperados. (CAMARÃO, 2019, p. 50)

Assim, por ser um documento que se expõe na fase interna da licitação, norteadando todo o processo licitatório, é viável que seja espelho do compromisso de interesse público com os agentes públicos na sua efetividade ou seja na sua produção e conseqüentemente com o setor responsável pelo processo licitatório. No direito brasileiro, Meirelles tratou, da tese da eficiência como dever de seus agentes públicos, frente à Administração:

Dever da eficiência é o que impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. (MEIRELLES, 2018, p. 328)

Assim, Lopes Torres ressalta o comprometimento:

A confecção do Termo de Referência dependerá de vários setores envolvidos na realização de uma licitação, desde o requisitante, o setor de Compras e Comissões de Licitação, uma vez que diversos são seus conteúdos, passando pela descrição do objeto, contratação, fiscalização e fase de execução do contrato. (TORRES, 2016, p. 163)

Ressalte-se, ainda, que além de obrigatória a elaboração do Termo de Referência, também é sujeito a sua aprovação, e deve ser cerceada da respectiva motivação, princípio essencial da Administração Pública.

Portanto, para que o Termo de Referência tenha o resultado adequado, objetivando a sua função no processo licitatório, deve ser promovido por uma equipe comprometida, que irá sintetizar os principais elementos que darão suporte à futura aquisição, assim, Tatiana Camarão, menciona os 10 (dez) conteúdos que devem nortear um Termo de Referência:

- 1) definição do objeto,
- 2) justificativa,
- 3) orçamento detalhado,
- 4) critério de avaliação das propostas,
- 5) cronograma físico-financeiro (quando for o caso),
- 6) critério de aceitação do objeto,
- 7) deveres das partes,
- 8) gerenciamento do ajuste,
- 9) prazo de execução, e
- 10) sanções. (CAMARÃO, 2019, p. 58)

Entender o o detalhamento dos conteúdos acima mencionados, é consagrado ao todo gestor, pois ele servirá de norte para se concretizar ações em busca do melhor desempenho possível visando atender os anseios da população com qualidade e efetividade. Luciano de Souza tem o seguinte posicionamento:

Ao definir que o Termo de Referência é a forma existente para auxílio na elaboração do edital de licitação, deve-se atentar que este é um fator multidisciplinar, ou seja, o departamento de licitação não é capaz

de definir o objeto e ser licitado considerando todos seus fatores esta é uma responsabilidade da área envolvida na aquisição. Por exemplo, se há necessidade da aquisição de um trator agrícola, técnicos ligados a agricultura e mecânica, devem mensurar o que se deseja com relação à usabilidade deste bem, definindo claramente critérios mínimos para atender esta finalidade.(SOUZA, 2021)

O objeto que se quer licitado tem, no Termo de Referência, a representação da realidade que se intenta a partir de um propósito. Assim posto, há de zelar-se pela produção deste documento, já que, o Termo de Referência contém o código genético da licitação e do contrato que venha a ser concebido daí, conforme pontua Camarão:

Como na administração pública o gestor só pode fazer aquilo que está expresso na lei, o mesmo deve buscar o embasamento dentro dos preceitos legais, na jurisprudência e na doutrina e usar do seu papel de líder para demonstrar que o trabalho em equipe, entre todas as áreas, é um fator imprescindível para confecção de um Termo de Referência eficiente. (CAMARÃO, 2019, p. 63)

Isso contribui para procedimentos licitatórios céleres e aquisições bem sucedidas, tanto economicamente como qualitativamente. Conhecer o impacto de suas ações junto à sociedade faz com que o agente público, investido em um cargo de gestão, almeje sempre a melhor aplicabilidade dos recursos, uma vez que nos dias de hoje há uma maior cobrança por resultados e por serviços de qualidade.

A partir de uma confecção de qualidade do Termo de Referência, que deve estar em sintonia entre o corpo técnico das áreas demandantes e da área de compras, poderá demonstrar a real capacidade daquilo que se pretende adquirir ou contratar, mensurando sua importância e características, bem como seu valor intrínseco, como explica Torres (2016, p. 165).

Ao proceder desta forma o gestor público estará dando sua parcela de contribuição para que o Termo de Referência seja realmente uma ferramenta de apoio no setor público para a área de compras públicas, principalmente quando se tratar de aquisições de bens e serviços considerados comuns. Assim, é oportuno ao Termo de Referência permitir a real pretensão do Poder Público, e a simplificação da elaboração de uma eventual proposta cabível de ser feita pelo fornecedor.

Entretanto, a realidade que nos circunda no Poder Público é de que a grande maioria dos servidores ou das áreas que elaboram as solicitações de compras e serviços, que

segundo (CAMARÃO, 2016) desvaloriza a importância do Termo de Referência, fazendo requisições superficiais aos setores de licitações.

O Termo de Referência, é um dos primeiros documentos a ser elaborado na etapa interna do pregão e exige um trabalho complexo, como explica Camarão (2019, p. 74), além de oportunizar avaliação do custo da compra ou contratação, tem outras funções, quais sejam:

- 1 - Demonstrar as necessidades da Administração;
- 2 - Permite a correta elaboração da proposta pelo licitante;
- 3 - Viabiliza a execução do objeto, já determina as diretrizes;
- 4 - Viabiliza a competitividade e privilegia o princípio da isonomia;
- 5 - Evita aquisições irracionais, desperdiçadas, desnecessárias, uma vez que circunscreve limitadamente um objeto. (CAMARÃO, 2019, p. 74)

Portanto, vale ainda ressaltar que o processo licitatório não deve ser cenário para licitantes aventureiros ou desonestos, descompromissados com as necessidades da sociedade, tampouco deve ser tratada como mero ato de expediente por parte dos servidores públicos, devendo estes especialmente observar os princípios norteadores da Administração Pública.

Abrindo um parentêses neste artigo científico, vale mencionar que o ano 2020, trouxe ao mundo de forma geral, uma devastadora crise na saúde pública, em face da Pandemia de Covid-19, e tal fato colocou os gestores públicos frente a inúmeros e diversos desafios, que por ventura tiveram que trabalhar contra o tempo, no enfrentamento da pandemia.

Tal circunstância chocou a economia brasileira e mundial e as relações sociais, inclusive, é claro, no Brasil, e os agentes públicos tiveram grande influência nas atribuições das decisões, para o enfrentamento eficaz dos problemas decorrentes da rápida expansão do vírus. Sob a coordenação de Tatiana Camarão (2021), no Fórum on-line sobre os impactos da pandemia, a autora pontou que:

O Decreto Legislativo nº 06/2020 reconhece o estado de calamidade pública, com isso, ficam suspensas algumas disposições e dispensados certos limites previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal, como em relação às despesas com pessoal (arts 23 e 70) e à necessária redução

da dívida consolidada do ente da federação, prevista no art. 31 da LRF. (2021)

Nesse cenário, Camarão ressalta que uma das importantes questões que abrangem as contratações públicas, é a necessidade de os governantes atuarem com rapidez para atender os anseios da população. Desta feita, para arcarem com a situação de emergência da Pandemia de Covid-19, os gestores da Administração Pública careciam da contratação de serviços e adquirirem produtos, assim Camarão declara que:

A Lei nº 13.979/2020, despontou com a missão principal de indicar algumas medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, que as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre elas a requisição de bens e serviços.

A requisição administrativa representa um ato de intervenção do Estado na propriedade privada e consiste na utilização de bens ou de serviços particulares pela Administração, para atender necessidades coletivas em tempo de guerra ou em caso de perigo público iminente, mediante pagamento de indenização *a posteriori*. (CAMARÃO, 2021)

É essencial, por parte dos gestores públicos, uma reflexão clara e sucinta para este procedimento de intervenção estatal, sobre as repercussões econômicas dela derivadas, em se tratando de requisição administrativa de bens e insumos produzidos ou fornecidos pelo mercado, em uma situação de necessidade continuada.

Tatiana Camarão (2021) ainda alerta que a Lei nº 13.979/2020, inserida na competência privativa da União para criar normas gerais sobre licitações e contratos, outras medidas como nos termos do art. 22, XXVII, da Carta Política de 1988, gerou uma nova hipótese de dispensa de licitação tão somente para o período de combate do vírus, como ocorreu com a Pandemia de Covid-19.

Não se pode deixar e nem despercebida da sociedade brasileira, que a criação de uma nova operação de dispensa de licitação e a flexibilização do pregão, sem embargo de outras medidas definidas como astutas para o enfrentamento da crise em razão da pandemia.

A despeito do olhar visionário naquele momento de crise na saúde em face Pandemia de Covid-19 e, logo, influenciados pela luta contra o tempo, as novas regras indicaram mais que a simples inadequação temporária das medidas tradicionais, fomos

orientados a refletir sobre os aspectos do ciclo da contratação pública, chamados a proteger o interesse público. (CAMARÃO, 2021)

Para Tatiana Camarão, a Pandemia de Covid-19 manifestou a dissociação entre a cautela com o interesse público e a burocracia exagerada, afinal, todas as medidas adotadas para atenderem à situação pandêmica deveriam ser examinadas e analisadas como ensinamentos que, bem observadas, possibilitaram que as contratações pudessem expressar ou manifestar dessa crise mais céleres e alinhadas com a necessidade e realidade dos órgãos públicos:

Não pode deixar de reconhecer que a pandemia impactou outros aspectos das contratações públicas, que levaram inevitavelmente a muitas reflexões e mudanças. Por isso, é fundamental buscarmos alternativas que possam se adequar a essa crise, pois não temos perspectiva do retorno à normalidade.

Dentro dessa perspectiva de uma espiral de apreensão e incerteza gerada pela crise, são indispensáveis estudos técnicos buscando verificar soluções que melhor se adequem a essa situação singular e sensível. (CAMARÃO, 2021)

Nesse passo, normatizado pela Lei nº 13.979/2020 que instituiu uma a modalidade de contratação direta: a dispensa de licitação para aquisição de bens, insumos e serviços, inclusive de engenharia, destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Novo Coronavírus (art. 4º). (CAMARÃO, 2021)

Com base neste dispositivo, qualquer ente do Poder Público ficou outorgado a dispensar a elaboração do procedimento licitatório quando, exclusivamente em função da emergência de saúde pública a Pandemia de Covid-19, buscando adquirir bens/insumos ou contratar serviços, inclusive de engenharia. Também com a intenção de acelerar a contratação, outras importantes disposições legais foram disponibilizadas, como enumerou Camarão:

- a) excepcionalmente, será possível a contratação de fornecedora de bens, serviços e insumos de empresas que estejam com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso, quando comprovadamente se tratar da única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido (§ 3º); e
- b) a aquisição de bens não se restringirá a equipamentos novos, desde que o fornecedor se responsabilize pelas plenas condições de uso e funcionamento (art. 4º-A); e

c) excepcionalmente e mediante justificativa da autoridade competente, será admitida a dispensa parcial de documentação habilitatória, quando houver restrição de fornecedores ou prestadores de serviço. Contudo, ainda sim, a comprovação da regularidade relativa à seguridade social e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da CF serão necessários (Art. 4º-F). (CAMARÃO, 2021)

Portanto, em relação a citação acima, nota-se que o Termo de Referência é o documento que consagra todos os elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento minucioso, definição dos métodos, estratégia de suprimento, valor aproximado em planilhas de acordo com o preço de mercado, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva.

O Tribunal de Contas da União traz importante esclarecimento a respeito do assunto, na sua publicação Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU, de 2010, ao tratar da fase interna da licitação:

Na fase interna do procedimento de licitação pública será observada a seguinte sequência de atos preparatórios: [...] - Elaboração da especificação do objeto, de forma precisa, clara e sucinta, com base em projeto básico ou em termo de referência apresentado; - Elaboração de projeto básico, prévio e obrigatório nas licitações para contratação de obras e serviços, em caso de concorrência, tomada de preços e convite; - Elaboração de termo de referência, prévio e obrigatório nas licitações para contratação de bens e serviços comuns, em caso de pregão. (GUIMARÃES, & NIEBUHR, 2021, p. 149)

De acordo com a **Lei nº 14.133/2021 o Termo de Referência**, documento necessário para a contratação de bens e serviços, deve conter os seguintes parâmetros e elementos descritivos:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

XX - estudo técnico preliminar: documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação;

XXIII - termo de referência: documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter os seguintes parâmetros e elementos descritivos:

- a) definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação;
- b) fundamentação da contratação, que consiste na referência aos estudos técnicos preliminares correspondentes ou, quando não for possível divulgar esses estudos, no extrato das partes que não contiverem informações sigilosas;
- c) descrição da solução como um todo, considerado todo o ciclo de vida do objeto;
- d) requisitos da contratação;
- e) modelo de execução do objeto, que consiste na definição de como o contrato deverá produzir os resultados pretendidos desde o seu início até o seu encerramento;
- f) modelo de gestão do contrato, que descreve como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade;
- g) critérios de medição e de pagamento;
- h) forma e critérios de seleção do fornecedor;
- i) estimativas do valor da contratação, acompanhadas dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, com os parâmetros utilizados para a obtenção dos preços e para os respectivos cálculos, que devem constar de documento separado e classificado;
- j) adequação orçamentária;

XXIV - anteprojeto: peça técnica com todos os subsídios necessários à elaboração do projeto básico, que deve conter, no mínimo, os seguintes elementos:

- a) demonstração e justificativa do programa de necessidades, avaliação de demanda do público-alvo, motivação técnico-econômico-social do empreendimento, visão global dos investimentos e definições relacionadas ao nível de serviço desejado;

- b) condições de solidez, de segurança e de durabilidade;
- c) prazo de entrega;
- d) estética do projeto arquitetônico, traçado geométrico e/ou projeto da área de influência, quando cabível;
- e) parâmetros de adequação ao interesse público, de economia na utilização, de facilidade na execução, de impacto ambiental e de acessibilidade;
- f) proposta de concepção da obra ou do serviço de engenharia;
- g) projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção proposta;
- h) levantamento topográfico e cadastral;
- i) pareceres de sondagem;
- j) memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação. (GUIMARÃES, & NIEBUHR, 2021, p. 159)

Assim, o art. 6º, XX da nova lei trouxe um conceito muito semelhante ao adotado pelo Decreto nº. 10.024/2019. Outra consequência da análise acurada realizada quando da elaboração do Termo de Referência é, uma vez identificada a necessidade, a possibilidade de unir objetos de mesma natureza, que possam ser licitados conjuntamente, cumprindo assim um planejamento estratégico eficaz para a economicidade buscada no instituto licitatório.

Em sentido amplo é possível afirmar que, segundo os doutrinadores Guimarães e Niebuhriv:

Planejamento é um processo que visa determinar a direção ser seguida para se alcançar determinado resultado. A sua utilização possibilita a percepção da realidade fática de certa situação, a avaliação das alternativas e dos possíveis caminhos a serem trilhados. Trata-se de um processo de avaliação e deliberação prévia que organiza e racionaliza ações, antevendo resultados, e que tem por

escopo atingir, da melhor forma possível, os objetivos predefinidos. (GUIMARÃES, & NIEBUHR, 2021, p. 159)

Pode-se concluir que o Termo de Referência é a especificação técnica do objeto que será licitado por meio da modalidade de licitação Pregão, modalidade de licitação utilizada para contratação de bens e serviços comuns.

Abaixo, um resumo dos requisitos básicos do Termo de Referência, conforme os ensinamentos de Furtado (2020, p. 58):

a) Definição do objeto - é um dos itens mais importantes do documento, senão o mais importante. Trata da identificação da demanda, a definição da necessidade pela área demandante.

A definição deve ser precisa, suficiente e clara. Precisa e clara, no sentido de ser inteligível para qualquer pessoa que dela tenha conhecimento e suficiente, no sentido de não trazer especificações demasiadas e desnecessárias, que possam levar ao direcionamento da escolha.

Independente da modalidade de licitação escolhida, deve ser buscado o “menor melhor preço”, e sempre que o julgamento das propostas, dirigida pelo menor melhor preço, é tarefa que demanda a qualificação prévia do objeto. Tal qualificação do objeto é chamada de classificação. É dizer somente se permite que sejam admitidas à disputa aquelas ofertas (propostas) cujos elementos se mostrem conforme às exigências (objetivas) do edital.

Noutras palavras, se pode dizer que na dinâmica do processamento de um pregão, a verificação de conformidade do objeto antecede à disputa. E, sendo assim, a qualidade, a eficiência, os caracteres intrínsecos e extrínsecos do objeto são alvo de avaliação preliminar. O preço (o menor) é postergado para a disputa.

b) Justificativa - A justificativa contém a motivação do procedimento administrativo. É ela que demonstra que a licitação (bem como sua dispensa ou inexigibilidade) ocorrerão em razão do atendimento de uma necessidade.

A justificativa bem fundamentada e registrada nos autos do processo é a segurança do gestor público. Ela assegura que a assunção do múnus público de realizar uma licitação ou uma contratação direta atende ao interesse público, finalidade maior da Administração Pública.

c) Pesquisa de preços - É por meio da pesquisa de preços que se tem o dimensionamento econômico do objeto, chegando-se à estimativa do valor da contratação, o que fundamenta a escolha da modalidade de licitação. A estimativa do valor

do objeto tem grande relevância ainda para a verificação da disponibilidade orçamentária do órgão/instituição para a cobertura da despesa com a contratação, além de servir de parâmetro para o julgamento das propostas de preços.

d) Dotação orçamentária - A área demandante deve indicar no Termo de Referência de qual conta orçamentária sairão os recursos orçamentários necessários para custear as despesas com a aquisição de materiais ou contratação dos serviços.

e) Condições de habilitação - Trata-se dos documentos que serão exigidos dos interessados para participarem da licitação. O rol de documentos de habilitação regulamentar ou estatutariamente exigido é taxativo.

Além desses, a exigência de demais documentos deverá ser devidamente justificada. Assim, poderão ser exigidos os documentos que comprovem regularidade jurídica, técnica, econômico-financeira e fiscal.

e) Forma de apresentação das propostas - O licitante deverá encaminhar proposta de preços com a descrição do objeto e do preço, apresentando o valor unitário ou global do item ou lote de acordo com o determinado no Termo de Referência. Deve estar ainda expresso na proposta que o preço ofertado inclui tributos, fretes, tarifas e todas as despesas decorrentes da execução contratual. Não deverão ser aceitas ofertas de objeto com especificações diferentes do Termo de Referência, bem como as propostas devem conter prazo de validade, que vinculam o proponente, pelo período de duração.

f) Prazo de entrega e forma de pagamento - É uma importante regra a ser preestabelecida no Termo de Referência, visto que pode refletir nas propostas de preços a serem apresentadas pelas licitantes.

A depender do prazo de entrega, a empresa demandará mais ou menos empregados, maior ou menor estrutura, isso tudo pode influenciar diretamente sua margem de lucros, e, por consequência, a proposta a ser apresentada.

É importante a licitante saber de antemão a que regras ela irá se submeter, de modo a analisar e decidir, sem futuras alegações de desconhecimento, se participa do certame. Quanto à forma de pagamento, igualmente, pode haver reflexo direto nas propostas a serem apresentadas, de modo que deve ser regra previamente estabelecida.

g) Condição de recebimento do objeto - Deverão estar estabelecidas no Termo de Referência todas as condições de recebimento do objeto (ou de prestação dos serviços), como local, horário, pessoa responsável pelo acompanhamento da entrega, dentre outros.

Além disso, interessante estarem estabelecidas as condições de recebimento provisório (que ocorre com o ato de entrega propriamente dito) e o recebimento definitivo (que ocorre após o Gestor do contrato atestar que foram cumpridos os termos do contrato).

h) Fiscalização – gerência responsável - A fiscalização, geralmente e logicamente, será realizada pela área demandante, já que ela que tem interesse e conhecimento técnico para conduzir a contratação.

i) Obrigações da contratante e da contratada - Tais como os prazos de entrega e de pagamento, trata-se de regras que podem ter impacto nas propostas a serem apresentadas. Quanto mais obrigações forem imputadas à Contratada, em regra, mais ônus ela terá.

Assim, é importante que a licitante saiba previamente das regras que permearão a licitação e a contratação, decidindo, de acordo com suas possibilidades, se participa do certame.

j) Sanções Administrativas - O prévio estabelecimento das sanções porventura aplicáveis à contratada cumpre, dentre outros, o princípio da segurança jurídica, na medida em que não serão criadas sanções ao longo da execução contratual.

l) Garantia contratual - A garantia contratual não é uma regra em toda contratação pública, ela decorre da avaliação do Gestor, de acordo com a conveniência e oportunidade administrativa, considerando, dentre outros, o vulto e complexidade do objeto da licitação.

m) Amostras (quando for o caso) - A depender do objeto da licitação, pode ser conveniente estabelecer a apresentação de amostras (estabelecendo-se prazo para tanto). A determinação de apresentação de amostras pode ser útil para evitar o recebimento provisório do objeto a descontento, evitando-se o descumprimento de prazo e a consequente aplicação de sanções ao contratado.

n) Data, local e assinatura - Posto possa parecer requisito dispensável, é importante que o Termo de Referência esteja datado e assinado pelo responsável pela sua elaboração, ficando esse condicionado aos motivos determinantes ali dispostos.

Tratando ainda do termo de referência, o assunto é de tão alta seriedade que o assunto foi sumulado pelo TCU, conforme abaixo:

Súmula 177 -TCU: A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação,

constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão. (FURTADO, 2020, p. 78/79)

Ocorre que a Administração deve também respeitar limites legais na definição do projeto. Os principais aspectos de tais limitações são relacionados a garantir um tratamento isonômico aos interessados no processo licitatório, como também buscar uma maior competição das empresas permitindo assim a busca da proposta mais vantajosa para a Administração. Exatamente neste ponto que a importância do projeto ou termo de referência ganha destaque, pois eles serão a base para avaliação das propostas em relação ao atendimento dos fins que a Administração busca, como também da sua vantajosidade.

Conforme verifica-se acima, a lei de liberdade econômica trouxe mais uma limitação, não basta agora a Administração fazer a especificação técnica, tem que mostrar como as exigências feitas relacionam-se com o objetivo a ser alcançado na contratação.

Feitas estas observações, pode-se entender que o Projeto e o Termo de Referência guardam uma correlação direta, sendo os dois os direcionadores principais para a contratação pública adequadas. Para tanto, estes devem ser a definição do objetivo, deve ser precisa, clara e suficiente, sendo requisito indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes e consecução da proposta mais vantajosa para a Administração.

CONCLUSÃO

Com a elaboração da pesquisa científica, nota-se que o sucesso de um Termo de Referência quando for partilhado por responsabilidades e tenha zelo dos diversos setores da unidade administrativa abrangidas, atribuindo que pelo fato de o Termo de Referência ser um documento interligado e estruturado por várias partes, como sejam o objeto, a justificativa, a pesquisa mercadológica, o elenco de obrigações entre as partes, sua composição vai depender, sobretudo, da metodologia do órgão que o vai executar.

O ano de 2021, trouxe uma nova roupagem em relação às Licitações, cuja Lei nº. 14.133/21 trouxe a Administração Pública inúmeras inovações que impactaram algumas esferas relacionadas aos contratos administrativos. E esse desafio fica ainda maior quando a própria Lei 14.133/21 permite que a Administração Pública continue a utilizar das leis já existentes pelo prazo de até 2 anos da publicação da nova Lei, quando aquelas serão finalmente revogadas.

Em relação ao tema proposto para esta dissertação, teve como foco o Termo de Referência, que é um documento interligado e estruturado por várias partes, como sejam

o objeto, a justificativa, a pesquisa mercadológica, o elenco de obrigações entre as partes, sua composição vai depender, sobretudo, da metodologia do órgão que o vai executar.

É fundamental entender que convém ao Termo de Referência na Lei nº 14.133/21, trouxe considerações fundamentais na qualidade dos procedimentos da sua elaboração.

Ao gestor público, pessoa fundamental, cabe uma especial atenção em face a elaboração do Termo de Referência, para alcançar uma licitação igualitária e perfeita, e que o Poder Público possa executar o papel que a lei lhe oferta, a vontade dos interessados. Vale ainda mencionar que num Termo de Referência é essencial que as ideias aplicadas no Projeto, tais como: O Que Fazer? Por Que Fazer? Como Fazer? Onde Fazer? Quando Fazer? Com Quem Fazer? Com Quanto Fazer? Caso tais itens não estejam de acordo e cronologicamente encartados, a Administração Pública está inserida em prejuízo ao erário.

Para que não ocorra tal prejuízo ao erário público, deve-se atentar que o Termo de Referência não é somente essencial, também é indispensável, tal a sua importância.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Leila Tinoco da Cunha Lima. **Dispensa e inexigibilidade de licitação: casos mais utilizados**. Disponível em: <[http](http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos)>www.buscalegis.ufsc.br/arquivos. Acesso em: 17.7.2021.

BITENCOURT, Sidney. Nova Lei De Licitações E Contratos Administrativos - Lei nº 14.133/2021. São Paulo: Mizumo, 2021.

_____. **Pregão passo a passo**. Rio de Janeiro: Temas & Idéias Editora, 2017.

_____. **Licitação passo a passo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. **A contratação emergencial por dispensa de licitação em função da pandemia provocada pelo novo Coronavírus**. Disponível em: <https://www.olicitante.com.br>. Acesso em: 01.8.2021.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto e Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 48.

_____. **Decreto Federal nº 3.555/2000. Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 14.01.2021.

CAMARÃO, Tatiana. **Termo de Referência, O impacto da especificação do objeto e do termo de referência na eficácia das licitações públicas e contratos**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

_____. **Fórum - Impacto da Covid-19 nas contratações públicas.** Disponível em: <https://www.tcmgo.tc.br>. Acesso em: 14.01.2021.

CARVALHO, Matheus. **Nova Lei de Licitações – Lei nº. 14.133/21.** Salvador: Juspodivm, 2021.

FILHO, Benedicto de Tolosa. **Pregão uma nova modalidade de licitação.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FILHO, Marçal Justem. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas.** Belo Horizonte, RT, 2021.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos.** Belo Horizonte: Fórum, 2015.

FURTADO, Madeline Rocha. **Gestão de contratos de terceirização.** Belo Horizonte: Fórum, 2020.

GASPARINI, Diógenes. **Crimes na licitação.** São Paulo: Editora NDJ, 2016.

GUIMARÃES, Edgar & NIEBUHR, Joel Menezes. **Registro de Preços: aspectos práticos e jurídicos.** Belo Horizonte: Fórum, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** São Paulo: Dialética, 2016.

_____. **Pregão (comentários à legislação do Pregão comum e eletrônico).** São Paulo: Dialética. 2018.

MARÇAL, Thais & OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Estudos sobre a Lei nº 14.133/2021.** Salvador: Juspodivm, 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2018.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2017.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico.** Curitiba: Zenite, 2018.

NÓBREGA, Airton Rocha. **A modalidade pregão: considerações sobre o pregoeiro, a habilitação e os preços inexeqüíveis.** São Paulo: Saraiva. 2018.

_____ **Proposta inexequível no Pregão. Boletim de licitações e contratos.**
São Paulo: Saraiva, 2018.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública.** Rio de Janeiro: Renovar, 2019.

SANTANA, Jair Eduardo. **Coleção 10 anos de Pregão.** Curitiba: Negócios Públicos, 2019.

SOARES, Paulo Marcello Bione. **A importância do Termo de Referência para o Sucesso das Licitações.** Disponível em: <<http://www.viajus.com.br>. Acesso em: 14.01.2021.

SOUZA, Luciano de. **Termo de Referência: ferramenta estratégica nos processos licitatórios.** Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br>. Acesso em: 14.01.2021.

TORRES, Ronny Charles Lopes. **Licitações Públicas.** Salvador: JusPodivm, 2016.

FORMA FEDERATIVA DE ESTADO: A VISÃO DE HANS KELSEN E CLASSIFICAÇÕES SOBRE O TEMA

RAUL QUEIROZ DE MENEZES: Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife da UFPE, Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes, Advogado e ocupante do cargo efetivo de Agente Legislativo da Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco, onde assessora a Comissão de Constituição, Legislação e Justiça.

RESUMO: O presente artigo faz uma análise sobre a teoria de Hans Kelsen acerca do Estado Federal, bem como tece algumas considerações sobre as possíveis classificações do federalismo, abordando conceitos como os de Federalismo Centrípeto, Centrífugo, por agregação, por segregação, federalismo cooperativo e federalismo dual.

Palavras-chave: Federalismo. Hans Kelsen. Autonomia. Classificações. Federalismo dual. Federalismo Cooperativo. Federalismo Centrípeto. Federalismo Centrífugo.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo é fruto de pesquisa realizada na área do Direito Constitucional, com análise centrada no federalismo, sobretudo nas considerações de Hans Kelsen acerca do tema e também nas diversas classificações que a doutrina elabora acerca do Estado Federal.

O interesse deste autor pelo tema nasceu ainda durante as aulas de Direito Constitucional no início da Faculdade, quando do tempo do primeiro contato com a ideia de que os Estados Federais são entes dotados de soberania, mas compostos pela união de Estados-Membros dotados de autonomia que lhes confere liberdade para tomar medidas específicas, respeitando a Constituição Federal. Ademais, a ideia de federações estruturadas de maneira centrípeta, com maior centralização do poder na União, e federações centrífugas, com maior grau de descentralização, pareceu instigante. Ora, entender o tema é também, de certa forma, entender a realidade de nosso país, as estruturas políticas presentes, o diálogo realizado entre os Entes Federados.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Teoria kelseniana do Estado Federal

É extremamente bem estruturada a teoria de Hans Kelsen sobre o Estado Federal, presente na sua obra *Teoria Geral do Direito e do Estado*, de forma que torna-se imprescindível analisá-la, estudando o Estado Federal, sua organização, a diversidade de ordens jurídicas existentes dentro dele e algumas confusões conceituais que por vezes são realizadas.

Um dos conceitos fundamentais ligados à ideia do Estado Federal é a descentralização, que se retrata, no caso dos Estados Federais, pela autonomia dos entes federados, que possuem capacidade de auto-organização, autoadministração e autogoverno. Em certa medida, tem-se descentralização nas Confederações e nos Estados Unitários, mas a intensidade, o grau dessa descentralização é a distinção determinante entre as duas formas de Estado citadas acima e o Estado Federal.

Para Kelsen, o que diferencia um Estado Unitário dividido por províncias autônomas de um Estado federal é tão somente o grau de descentralização. Na mesma linha, o que diferencia uma Confederação internacional de Estados de um Estado Federal é também o grau de descentralização, que é maior na Confederação. Desta forma, pode-se afirmar que o Estado Federal encontra-se entre o Estado Unitário e a Confederação, possuindo uma descentralização maior que a do Estado Unitário e menor que a da Confederação, e uma centralização maior que a da Confederação porém menor que a do Estado Unitário²⁴³.

Importante destacar que a ordem jurídica do Estado Federal é composta de normas centrais, que valem em todo o território, e de normas locais, que valem apenas para determinados pontos do território, válidas apenas no território dos Estados-Membros responsáveis pela edição dessas normas locais. Desta forma, é característica do Estado Federal ser formado por duas instâncias de poder legiferante, uma autoridade central, e uma autoridade parcial, que na verdade se divide em várias, tantas quantas forem os Estados componentes do Estado Federal²⁴⁴.

Sob esse aspecto, é possível encontrar semelhanças entre a organização do Estado Federal e do Estado Unitário composto por províncias autônomas, haja vista ambas formas de Estado possuírem essa coexistência de ordens legislativas dentro do território do Estado. Em que pese haver semelhança nesse sentido, os dois tipos de Estado se distinguem no que diz respeito à importância e à quantidade de matérias que as ordens parciais ou locais, quais sejam os Estados-Membros e as províncias, tratam. A medida em que a centralização da ordem central é maior, que o seu poder é maior, as ordens locais

²⁴³KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luis Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 451-452.

²⁴⁴*Ibidem*. p. 451-453.

ficam com uma parcela menor de competências legislativas para tratar, que é o que ocorre numa intensidade maior nos Estados Unitários²⁴⁵.

Em suma, tem-se uma autonomia alargada dos entes federados no Estado Federal, que tem essa autonomia limitada apenas pelas regras da Constituição Federal. No Estado Unitário se tem menos seguranças em relação à autonomia, uma vez que esta pode ser limitada até mesmo por leis ordinárias do governo central, de forma que a autonomia dos entes descentralizados deste tipo de Estado não tem qualquer garantia contra a vontade do governo.

É imprescindível deixar claro que a Federação - que no Brasil corresponderia à União- não se confunde com o Estado Federal, como muitas pessoas podem pensar. As normas centrais, editadas pelo poder legislativo da federal, formam a ordem jurídica central, que por sua vez constitui a comunidade jurídica central parcial, incidindo sobre todos os moradores do Estado Federal. Essa dita comunidade central parcial corresponde ao que Kelsen chama de Federação, que como dito anteriormente seria o equivalente à União no Brasil, e é parcial porque ela é apenas uma parte do Estado Federal total que é constituído pela união da Federação e das demais comunidades jurídicas parciais locais, que são os Estados-Membros²⁴⁶.

Da mesma forma, a ordem jurídica total é composta pela ordem jurídica geral central - da Federação - associada às diversas ordens jurídicas locais parciais. Neste diapasão, cada indivíduo faz parte, ao mesmo tempo, de um Estado-Membro e da Federação, submetendo-se às duas ordens jurídicas parciais. Resta claro, pois, que Federação não se confunde com Estado Federal²⁴⁷.

Contudo, apesar de a Federação ser apenas uma parte do Estado Federal, a Constituição da Federação é também a Constituição do Estado Federal. Por sua vez, os Estados-Membros possuem cada um suas Constituições estaduais, elaboradas pelos constituintes derivados dos próprios Estados componentes. No entanto, esses constituintes ao elaborarem as Constituições dessas comunidades jurídicas locais parciais, devem respeitar os limites estabelecidos pela Constituição Federal. Reside aí mais um ponto de diferenciação entre o Estado Federal e Estados Unitários, segundo Kelsen, uma vez que as províncias autônomas não possuiriam autonomia do ponto de vista constitucional pelo fato de serem suas constituições prescritas pelas Constituições do

²⁴⁵*Ibidem*. p. 452.

²⁴⁶KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luis Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 452.

²⁴⁷*Ibidem*. p. 452.

Estado Unitário, da ordem jurídica total, ou seja: a legislação em matérias constitucionais nos Estados que adotem essa forma de organização é totalmente centralizada²⁴⁸.

Outro ponto de relevo é a composição do órgão legislativo federal nos Estados que adotam o federalismo. É característica marcante, recorrente no Estado Federal a presença de um Poder Legislativo Federal composto de duas Casas, um legislativo bicameral, e esse elemento também é abordado por Kelsen na elaboração de sua teoria. Uma das Casas é a chamada Casa dos Representantes, Câmara Baixa ou Câmara dos Deputados como é denominada no Brasil e é composta por representantes do povo. O povo de cada Estado-Membro escolhe seus representantes para compor essa Casa legislativa, tendo um número de representantes proporcional à quantidade de habitantes do Estado componente. O outro órgão é a chamada Casa dos Estados, Câmara Alta ou Senado Federal, tal qual é conhecido no Brasil²⁴⁹.

O Senado é composto por representantes dos Estados, não do povo, e como a Federação pressupõe igualdade entre os entes federados, todos os Estados-Membros são representados pela mesma quantidade de Senadores, também escolhidos pela população dos Estados na maioria dos casos - pode acontecer de a escolha ser dos membros do legislativo estadual. Importante reforçar que independente da extensão territorial ou quantidade populacional do Estado-Membro, a quantidade de representantes enviados por ele para compor o Senado Federal vai ser a mesma dos demais Estados componentes.

Nesta senda, tem-se que em que pese os legislativos locais editarem normas locais e o legislativo federal editar normas gerais centrais, essas normas centrais são elaboradas por representantes do povo e por representantes dos Estados-Membros, de forma que há respeito ao binômio unidade nacional - autonomia estadual, com a manutenção dessa autonomia por parte também do legislativo federal haja vista seus membros serem representantes justamente do Estado e do povo.

2.3 Classificações do federalismo

Nem todas as Federações são criadas da mesma maneira e a depender de como elas se originaram pode-se estabelecer classificações. Há casos em que Estados Soberanos já existentes decidem se juntar, abrindo mão de sua soberania, para dar origem a um novo

²⁴⁸ *Ibidem*. p. 453.

²⁴⁹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luis Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 453.

Estado que será o único titular da soberana; nessa hipótese diz-se que há uma Federação por agregação. É o caso da formação dos Estados Unidos da América²⁵⁰.

Por outro lado, pode-se ter um processo no qual um Estado Unitário, composto por Províncias ou Comunidades, desprovidas de autonomia, decida se transformar, por via de uma nova Constituição, em um Estado Federal. Nessa situação, ocorre um Federalismo por segregação, onde além da criação do novo Estado Federal tem-se a criação de novos Estados-Membros dotados de autonomia.

Também é interessante destacar dois termos idênticos, mas que são usados de forma distinta na doutrina. São eles: federalismo centrípeto e federalismo centrífugo.

No entendimento de Raul Machado Horta, o federalismo centrípeto é aquele no qual há uma maior concentração de competências no âmbito da União, do poder central. Por sua vez o federalismo centrífugo ocorreria naquelas Federações onde houvesse uma maior autonomia dos entes federados, com maior descentralização do poder e conseqüente acúmulo de competências maior por parte dos entes. Nas palavras do referido constitucionalista:

A repartição de competências poderá acentuar a centralização, concentrando na União a maior soma dos poderes e competências, como se fez na Constituição de 1967, ou consagrar a descentralização, reduzindo os poderes centrais e ampliando os poderes estaduais [...] No primeiro caso, a centralização de poderes leva ao federalismo centrípeto; no segundo, a descentralização conduz ao federalismo centrífugo²⁵¹.

Há também o entendimento sustentado por Nilo Marcelo de Almeida Camargo, que entende serem centrípetas aquelas Federações que nascem por uma unificação, pela junção de Estados existentes que se agregam de forma a criar um novo Estado, que estará no centro. Seriam centrífugas aquelas que decorrem de um processo de descentralização. Em suas palavras:

Historicamente as Federações podem ser centrípetas ou centrífugas. Diz-se da primeira modalidade aquelas que surgem por aglutinação, como o caso dos Estados Unidos da América, ao passo que o segundo modelo nasce pela descentralização, sendo característico o

250 CAMARGO, Nilo Marcelo de Almeida. **A forma federativa de Estado e o Supremo Tribunal Federal pós-constituição de 1988**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010. p. 24.

251 HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 468.

caso brasileiro, com a proclamação da República em 1889. No dizer de Bandeira de Mello, nos Estados Unidos a federação foi constituída por integração; no Brasil por diferenciação 252.

Embora os mesmos termos sejam utilizados de maneiras distintas para conceituar federações, entende-se que se trata apenas de uma questão de referencial. Os termos tais quais Nilo Camargo os usa dizem respeito ao momento e à forma através da qual a federação foi criada. De outra forma, Horta utiliza os mesmos termos, mas sob a ótica do momento atual do federalismo, de como as competências são repartidas, do quão acentuada é a autonomia do ente federado.

Outra classificação pertinente acerca do Federalismo diz respeito aos modelos através dos quais essa forma de Estado se manifestou ao longo de sua história. Esses modelos guardam estrita relação com a conjuntura política e histórica dos países que os adotaram, bem como com a repartição constitucional de competências entre o a União e as demais unidades que formam o Estado Federal.

O primeiro dos modelos a ser analisado é o do federalismo dual. Tal modelo está ligado à ideia do *laissez-faire*, do liberalismo, da menor intervenção possível do Estado, que deveria apenas atuar naquilo que fosse essencial. Tal modelo de federalismo primava por uma fixação rígida das competências, com clara delimitação das competências de cada ente e com forte atuação do poder judiciário para evitar que um ente entrasse na zona de competência do outro, evitando uma inflação da zona de atuação do poder público. Era considerado dual por ter a clara divisão entre as atribuições dos Estados-Membros e as atribuições da União²⁵³.

Para ilustrar, cita-se a passagem na qual Chemerensky explica o federalismo dual e cita um caso envolvendo as definições de comércio (competência federal) e atividades entendidas pelo legislador como distintas ao comércio, fases anteriores a este, e que portanto não poderiam ser legisladas pela União:

Dual federalism was the view that the federal and state governments were separate sovereigns, that each had separate zones of authority [...] The Court held that commerce was one stage of business, distinct from earlier phases such as mining, manufacturing, or production. Under this view, only commerce itself could be regulated by Congress; the others were left for state regulation. [...] Finally, the Court held that the Tenth Amendment reserved a zone of activities

252 CAMARGO, Nilo Marcelo de Almeida. *op. cit.* p. 24.

253 CAMARGO, Nilo Marcelo de Almeida. **A forma federativa de Estado e o Supremo Tribunal Federal pós-constituição de 1988**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010. p. 45.

*to the states and that even federal laws within the scope of the commerce clause were unconstitutional if they invaded that zone*²⁵⁴.

Outra forma de organização do Estado Federal é por meio do federalismo de equilíbrio. Tal qual o próprio nome traz à tona, esse modelo de organização federal preconiza um equilíbrio, uma harmonização entre os entes federados, buscando uma estabilidade entre os ideais de unidade nacional e de autonomia estadual. Nesse modelo de federalismo, busca-se deixar de lado a ideia do federalismo centrípeto ou centrífugo sob o prisma da repartição das competências, evoluindo para uma repartição de competências em que tanto a União quanto os Estados-Membros possuem seu protagonismo. São exemplos a Constituição Brasileira de 1988 e a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949.

Menciona-se também uma vertente do federalismo que é o cooperativo, que ganha destaque nos Estados Unidos após a crise de 1929 não obstante outras federações ao redor do globo utilizarem-se de algumas de suas características, como é o caso do Brasil.

Conforme explicado anteriormente, o federalismo dual baseava-se na ideia do *laissez-faire*, do liberalismo, ideal que foi rechaçado com o advento da crise econômica, que acarretou na necessidade de intervenção estatal para garantir a recuperação do País. Essa maior intervenção é retratada pelo plano econômico denominado *New Deal*, criado pelo economista John Maynard Keynes e posto em prática pelo Presidente Frank Delano Roosevelt, iniciando o federalismo de cooperação.

É pilar desse federalismo cooperativo a ajuda entre os entes estatais, sobretudo da União em relação aos Estados-Membros, haja vista aquela ter maior orçamento e capacidade arrecadatória. Como exemplo, tem-se a repartição tributária de impostos federais e de impostos estaduais, com a transferência de percentuais da arrecadação, beneficiando Estados e Municípios. Outro mecanismo de consecução do federalismo cooperativo são os convênios entre os entes federados com o intuito de ceder servidores de um ente para outro por certo prazo.

Quanto aos modelos de federalismo ainda pode-se citar um modelo de federalismo de região. Tal organização não é adotada por nenhum Estado Federal, tendo uma maior afinidade com Países que adotam a forma de Estado Unitário Descentralizado, como Espanha e Itália. Se por um lado essa regionalização da Federação poderia dar um poder maior para as localidades, que teriam mais um nível poder parcial, por outro lado alguns Constituintes de 1987/1988 se convenceram que a elevação das regiões ao posto de entes federados poderia estimular um separatismo, pondo em risco a unidade nacional.

²⁵⁴CHEMERINSKY, Erwin *apud* CAMARGO, Nilo Marcelo de Almeida. *Ibid.* p. 47.

Desta forma, entenderam que a melhor maneira de harmonizar a unidade nacional com a autonomia dos entes federados era elevar ao status de entes federados autônomos a União, Estados, Municípios e Distrito Federal, deixando as regiões de fora dessa engenharia constitucional.

No Brasil um dos maiores defensores desse tipo do federalismo de regiões é Paulo Bonavides, que leciona da seguinte maneira:

No federalismo das autonomias regionais, o que se propõe não é a eliminação das autonomias do Estado-Membro e dos municípios, mas precisamente o contrário, a saber, o seu fortalecimento com a adição da autonomia regional. Esta, sim, fadada a regenerar o sistema federativo e por termo à crise adveniente das forças centrípetas e das correntes mais centralizadoras geradas por um presidencialismo absoluto, cuja nação não pode ser bastantemente embargada e debelada pelo código constitucional de 1988. O aspecto do centralismo continua, pois, presente, deitando sombras e ameaças à ordem federativa, enquanto não se resolver a questão regional²⁵⁵.

3. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, importante destacar que não há uma perfeita relação entre os modelos de federalismo na prática e os modelos teóricos. Não necessariamente um País que adote essa forma de estado terá exatamente todas as características de determinado modelo. No caso brasileiro, por exemplo, tem-se um modelo de repartição de competências - competências privativas da União, concorrentes, comuns, exclusivas da União - que nos faz ter muita afinidade com o federalismo de equilíbrio. Entretanto, tem-se também algumas características do federalismo cooperativo, como a possibilidade de cessão de servidores de um ente para outro. Da mesma forma, se tem no federalismo brasileiro tanto aspectos relacionados ao federalismo centrípeto quanto aspectos ligados ao federalismo centrífugo, além de diversos dispositivos que buscam um federalismo de equilíbrio.

Desta forma, conclui-se afirmando que não há um modelo perfeito de federalismo, nem tampouco apenas dois ou três modelos, que servem somente de norte para uma classificação doutrinária. Com efeito, existem tantos modelos de Estados Federados quanto sejam os Estados que resolvam adotar essa forma de Estado, já que cada um deles terá influência de suas particularidades e viverá o federalismo a seu próprio modo.

255 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 372.

REFERÊNCIAS

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luis Carlos Borges, 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CAMARGO, Nilo Marcelo de Almeida. **A forma federativa de Estado e o Supremo Tribunal Federal pós-constituição de 1988**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

QUANTO VALE A SUA MORAL? CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

MARÍLIA NOBRE MIRANDA:

Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Gama Filho. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Analista Judiciário. 256

RESUMO: O presente artigo objetiva estudar os critérios utilizados para fixação dos valores de indenizações por dano moral na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Para tal, buscou-se compreender o instituto da responsabilidade civil, sua evolução histórica e aplicabilidade na legislação civilista e no Código de Defesa do Consumidor. Definindo o conceito de dano moral, os sujeitos passivos, como se faz a prova do dano e as diferenças de dano moral para um mero aborrecimento cotidiano. Como é feita a reparação pelo dano moral sofrido a partir da análise dos entendimentos jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça, órgão responsável pela uniformização da aplicação do direito infraconstitucional. A utilização do método bifásico como forma de objetivação dos valores indenizatórios.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Jurisprudência. Dano moral. Método Bifásico.

Sumário: Introdução. 2. Responsabilidade Civil. 3. O dano moral. 3.1. Diferenças entre Dano Moral e Mero Aborrecimento. 4. A Reparação Pelo Dano Sofrido. 4.1. O Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Considerações Finais. Referências

1. Introdução

O instituto da responsabilidade civil surgiu da necessidade de controlar os abusos de uns e garantir a reparação aos ofendidos. No tocante a responsabilidade por ofensa à honra, por ser um bem imaterial, abstrato e subjetivo surgem grandes dificuldades tanto para considerar o que é de fato uma ofensa indenizável, quanto para fixar o valor de uma indenização pecuniária.

Quanto vale a moral de um homem com sua honra ofendida por ter o nome colocado injustamente na lista de maus pagadores? Quanto vale a moral de alguém que não recebeu o produto comprado? Quanto vale a moral de quem teve sua imagem utilizada indevidamente? Estas são questões difíceis de serem respondidas. Diferentemente

256 Contato: marilianobre@gmail.com

dos bens materiais onde impera a objetividade, fixar um valor para a moral é uma das matérias mais difíceis impostas ao julgador.

Esta pesquisa bibliográfica buscou essencialmente o entendimento jurisprudencial a respeito da fixação do dano moral. Através do entendimento do instituto da responsabilidade civil e conceituação de dano moral. Com o objetivo final de analisar como o Superior Tribunal de Justiça, em especial as Turmas de Direito Privado, formou seu entendimento na aplicação do método bifásico na fixação de indenização por danos morais.

2. Responsabilidade Civil

A função do direito é regular a vida em sociedade, assim, a responsabilidade civil surge na tentativa de assegurar o regular desenvolvimento dos atos jurídicos devido a importante exigência coletiva de manutenção da paz social. A origem da responsabilização civil está relacionada aos primeiros conflitos de interesses quando o homem se organizou em sociedade.

O significado jurídico da expressão responsabilidade é o dever legal de recomposição do dano. Portanto, é a obrigação de dar, fazer ou não fazer alguma coisa, de ressarcir ou reparar danos, de suportar sanções penais, exprimindo sempre a obrigação de responder por alguma coisa. Sendo o dever contraído pelo causador do dano de assumir o prejuízo decorrente de seus atos seja judicial ou extrajudicialmente.

Quando a responsabilidade decorre de ato próprio, há a chamada responsabilidade direta ou objetiva, e a indireta ou subjetiva é aquela que decorre de ato ou fato alheio à sua vontade, mas de algum modo sob sua proteção e vigilância. As duas espécies de responsabilidade têm como ponto em comum, a obrigação de indenizar. Porém distinguem-se nos aspectos da culpa, do ônus da prova e das cláusulas de não indenizar.

O legislador do Código Civil de 2002 abordou o tema da Responsabilidade Civil no Título IX, artigos 927 a 954. Assim como no revogado Código de 1916 a regra é responsabilidade civil subjetiva, em que é relevante a culpa do agente, mas em determinadas situações é admitida a responsabilidade civil objetiva adotando a teoria do risco da atividade. Isto pode ser constatado pela leitura do art. 927 do Código Civil:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou

quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

São elementos da responsabilidade civil: **conduta** (ato realizado pelo próprio agente ou ato de terceiro a quem o agente tem responsabilidade); o **dano** (prejuízo sofrido pela vítima de ordem patrimonial ou extrapatrimonial) e **nexo de causalidade** entre a conduta do agente e o dano sofrido.

Nas relações reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor – CDC a regra é a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos e serviços (art. 12, caput, do CDC). Ressalte-se que nas relações consumeristas a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos é prevista como direito básico do consumidor no art. 6º, VI, do CDC.

3. O Dano Moral

O dano encontra-se como um dos pressupostos da responsabilidade civil, juntamente com a conduta e o nexo de causalidade, pois “A responsabilidade civil diferentemente da responsabilidade penal, tem como fim exclusivo a reparação de um dano, restabelecendo-se uma relação de justiça” (SAMPAIO, 2007, p.86).

Conceitua-se então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 71).

Em uma conceituação simplificada são considerados danos patrimoniais aqueles que atingem interesses avaliáveis em dinheiro e danos não patrimoniais ou morais são os que se verificam em relação a interesses insuscetíveis de avaliação pecuniária.

Dano moral ou imaterial ou extrapatrimonial são sinônimos que se referem ao mesmo tipo de dano, muitas são as denominações encontradas na doutrina para caracterizá-lo. Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 77-78) o define como violação do direito à dignidade, estando desvinculado do aspecto psíquico da vítima, de modo que a dor, vexame, sofrimento e humilhação são apenas reflexos do dano moral sofrido que podem ou não ocorrer, e não o dano em si.

Assim, no momento atual, doutrina e jurisprudência dominantes têm como adquirido que o dano moral é aquele que, independentemente de prejuízo material, fere direitos personalíssimos, isto é, todo e

qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outros. O dano é ainda considerado moral quando os efeitos da ação, embora não repercutam na órbita de seu patrimônio material, originam angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima, trazendo-lhe sensações e emoções negativas (BODIN, 2003, p. 157-158).

Desta forma, é de observar que se está diante do pior tipo de dano possível dentre todos compreendidos na seara jurídica, uma vez que ataca os sentimentos mais íntimos, os direitos da personalidade, em que não cabem desaprovação ou mensuração limitativa de terceiros.

O dano moral subjetivo é exatamente a dor e a humilhação decorrentes de determinado ato ilícito. O comprometimento da imagem, do nome, da boa-fama, que a pessoa lesada possui perante a sociedade, é denominado dano moral objetivo, que exige, em regra, ser provado.

O dano moral subjetivo e o objetivo podem coexistir, mas não necessariamente. Uma pessoa física pode sofrer abalo moral tanto subjetivo quanto objetivo. Porém, as pessoas jurídicas somente são passíveis de sofrer danos morais objetivos, eis que não têm os referidos sentimentos, mas têm uma credibilidade perante a sociedade que depende diretamente de sua imagem, conforme decidiu o STJ no AgInt no AREsp 913.343/RS de relatoria do Min. Marco Buzzi:

O que se protege é a honra objetiva da pessoa jurídica. Assim, quando se fala que a pessoa jurídica pode sofrer danos morais, o que se está dizendo é que ela pode sofrer danos contra seu bom nome, fama, reputação etc. Desse modo, é possível que a pessoa jurídica sofra dano moral, desde que demonstrada ofensa à sua honra objetiva (imagem e boa fama) (STJ. 4ª Turma. AgInt no AREsp 913.343/RS, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 06/03/2018).

Historicamente os danos patrimoniais sempre foram indenizáveis, porém existia muita controvérsia sobre a licitude da indenização dos danos morais. A Constituição da Federal de 1988 acabou com as discussões ao inserir no art. 5º, V e X, a previsão de indenização por dano extrapatrimonial. Veja-se:

Art. 5º (...)

V: é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou a imagem. (...)

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

Essa elevação constitucional da reparação dos danos morais deve-se ao fato da Constituição de 1988 ter adotado o princípio da dignidade da pessoa humana. Desta forma os direitos à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade e à liberdade estão alçados a direitos fundamentais da pessoa humana.

3.1. Diferenças entre Dano Moral e Mero Aborrecimento

O conceito de ofensa à honra é muito subjetivo. É certo que cada um tem sentimentos próprios e reações diferentes aos fatos que ocorrem em sua vida. Contudo, na tentativa de qualificar o que é uma situação indenizável e o que não é o Superior Tribunal de Justiça passou a diferenciar danos morais de mero aborrecimento do cotidiano.

A principal diferença está no fato de que o dano moral tem maior gravidade e gera direito de reparação a vítima. O mero aborrecimento é algo facilmente superado, muitas vezes fútil, sem previsão legal de direito a indenização para a vítima. O simples descontentamento não altera o aspecto psicológico ou emocional de alguém, apenas causa sensações negativas e momentâneas. São fatos desagradáveis e que causam desconforto. Mas, fazem parte da vida em sociedade.

O único tipo de indenização possível nos casos de mero aborrecimento é a por danos materiais. Deve-se reconhecer que esta diferenciação surge em uma jurisprudência defensiva que visa reduzir o número de demandas no Judiciário pátrio.

A diferenciação é realizada caso a caso levado a julgamento. Tem sido formado ao longo dos anos um padrão nas decisões judiciais como forma de proteger o instituto do dano moral e não dar ensejo a ações judiciais em busca de indenizações pelos mais banais aborrecimentos.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça podem ser encontrados casos recorrentes que são, na maioria das vezes, considerados mero aborrecimento por esta corte:

- Travamento de porta giratória impedindo acesso a agência bancária, sem que o preposto do banco tenha agido de forma desrespeitosa (STJ - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial, Processo: 200401341135, RJ);

- O saque indevido de numerário em conta corrente não configura dano moral in re ipsa (presumido), podendo, contudo, observadas as particularidades do caso, ficar caracterizado o respectivo dano se demonstrada a ocorrência de violação significativa a algum direito da personalidade do correntista. (REsp 1573859/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 13/11/2017);

- O atraso, por parte de instituição financeira, na baixa de gravame de alienação fiduciária no registro de veículo não caracteriza, por si só, dano moral in re ipsa. (STJ. 2ª Seção. REsp 1881453-RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 30/11/2021).

Portanto, um simples transtorno e aborrecimento da vida social, apesar de desagradável, não têm relevância jurídica para caracterizar um dano moral. Cabe ao julgador avaliar, cada caso concreto, a extensão do fato e suas conseqüências para a pessoa, para que se possa verificar a ocorrência efetiva de um dano moral.

4. A Reparação Pelo Dano Sofrido

A indenização no Direito pátrio tem dupla finalidade: compensatório para a vítima e exemplar para a sociedade. A compensação do dano sofrido para a vítima é uma oferta de uma quantia capaz de proporcionar-lhe satisfações e alegrias que possam compensar a injusta agressão sofrida. Somente tem caráter reparador, já que, jamais a moral ferida poderá ser igual a anterior ao fato. Quanto ao caráter exemplar, é para evitar que o infrator volte a cometer atos atentatórios à dignidade.

São critérios utilizados para a fixação da indenização por danos morais:

- **Graus de culpa:** art. 944, parágrafo único, do Código Civil pode ser aplicado de maneira adequada para as hipóteses de dano moral quando houver grande desproporção entre a gravidade da culpa e o dano;

- **A conduta do ofensor após o dano;**

- **Capacidade econômica do ofensor:** para evitar que uma eventual condenação módica possa servir de estímulo para novas condutas lesivas. Também serve para evitar que uma imensa condenação possa levar um ofensor de poucos recursos a ruína, o que geraria um segundo dano à sociedade;

- **Capacidade econômica da vítima:** a compensação do dano moral deve ser de tal monta que produza na vítima uma sensação de reconforto. O valor da indenização do dano moral não pode ser como uma loteria;

- **Repercussão Social da Lesão:** deve-se levar em consideração qual parcela da sociedade ficou sabendo da lesão. Pois, é diferente difamar perante muitos e perante poucos.

A maior parte da doutrina entende que a reparação por danos morais é feita pagando-se um valor, uma quantia pecuniária. Mas, há uma parcela dos juristas que vem a cada dia questionando essa exclusividade ao pagamento em pecúnia. Pois, a Constituição Federal se refere à reparação que deve ser entendida como uma compensação, uma vez que o dano moral não pode ser quantificado objetivamente para gerar o direito a uma indenização.

Questiona-se a condenação exclusivamente em dinheiro nos casos repetitivos, de massa, principalmente nos casos frequentes dos Juizados Especiais Cíveis. As empresas de grande porte (bancos, seguradoras, planos de saúde, empresas de telefonia e aéreas) preferem pagar as baixas indenizações pelos danos a investir na melhoria dos sistemas que evitem erros causadores de danos morais aos seus clientes. Nestes casos, o caráter preventivo da reparação não surte qualquer efeito.

O ressarcimento, contudo, pode dar-se não só através de dinheiro, mas igualmente com a entrega de uma coisa ou com a prestação de uma atividade (ou de uma prestação de fato) que resulte adequada, em vista da situação concreta, para eliminar as consequências danosas do fato lesivo. Logo, a reparação não se limita às questões patrimonialistas.

Conforme o Enunciado nº 589 do Conselho da Justiça Federal: "A compensação pecuniária não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo admitida a reparação 'in natura', na forma de retratação pública ou outro meio." Exemplo seria a da publicação da sentença em periódicos de grande circulação, levando ao conhecimento amplo da sociedade a condenação pelo ilícito.

4.1. O Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

No julgamento da quantia a ser paga a título de indenização por danos morais é dado ao juiz um excessivo poder discricionário. Devendo ele pautar suas decisões nos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade. Mas, cada juiz é uma pessoa humana que tem sentimentos e opiniões próprias. Há muito não se admite mais entre os filósofos do Direito que exista a neutralidade completa e absoluta do magistrado

como almejavam os positivistas. Deve o juiz buscar a neutralidade em suas decisões, mas impossível esta ser alcançada em sua plenitude.

Na falta de parâmetros legais mais objetivos, as diretrizes têm sido delineadas em cada processo pelos Tribunais e principalmente pelo Superior Tribunal de Justiça nacionalmente. Ele, por meio de seus acórdãos acaba por estabelecer padrões indenizatórios para casos de dano moral, uma vez que os juízes do país seguem as suas decisões. A jurisprudência desta corte tem atuado restringindo os exageros utilizando os critérios de proporcionalidade e razoabilidade de forma a impedir o enriquecimento sem causa. Com o objetivo de evitar que a apuração do valor da indenização se converta em medida exagerada e contrária à Constituição Federal.

Nos diversos julgados em que revê o valor da indenização por danos morais, o Superior Tribunal de Justiça ressalta que somente o faz quando o valor arbitrado nas instâncias ordinárias é irrisório ou exorbitante e que o *quantum* indenizatório deve atender aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Tais requisitos são muito criticados pelo alto grau de subjetividade.

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE CIVIL. MAJORAÇÃO POR DANO MORAL. VALOR IRRISÓRIO FIXADO NA ORIGEM. POSSIBILIDADE DE REVISÃO. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, o valor arbitrado pelas instâncias ordinárias, a título de danos morais, pode ser revisado na via especial apenas quando irrisório ou exorbitante. 2. O quantum indenizatório deve atender aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, com vistas a evitar o enriquecimento sem causa do demandante da ação indenizatória, sem, contudo, olvidar-se do caráter preventivo e pedagógico inerente ao instituto da responsabilidade civil. 3. Consideradas as peculiaridades do caso concreto, o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) fixado na origem afigura-se irrisório. 4. Agravo interno desprovido. (AgInt no REsp n. 1.998.761/TO, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 24/11/2022.)

Na tentativa de reduzir as disparidades nas decisões judiciais na fixação da indenização por danos morais o Superior Tribunal de Justiça desenvolveu o critério bifásico. No julgamento do Recurso Especial n. 1.152.541 de relatoria do Min. Paulo de Tarso Sanseveriano fixou-se que devem ser percorridas duas etapas para a fixação do valor dos danos morais.

“Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo à determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz”.

A consideração do grupo de precedentes na fixação do valor inicial demonstra uma preocupação em uniformização da jurisprudência em conformidade com o art. 926 do Código de Processo Civil. A segunda etapa considera as peculiaridades do caso concreto, fixando um valor definitivo mais adequado aos fatos. Nesta fase devem ser considerados como fatores a gravidade do fato em si, a culpabilidade do agente, a eventual culpa concorrente da vítima e a condição econômica das partes.

Nas razões de decidir do REsp 1.152.541 o relator rechaça a tarifação dos valores da indenização por afrontar diretamente o princípio da reparação integral. Ademais o próprio STJ já vinha há muito tempo rejeitando a ideia de tarifação.

Em análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que aplicou o método bifásico, observa-se tal método foi utilizado para majorar, manter ou reduzir os valores fixados nas instâncias ordinárias.

Na ementa do julgado do AgInt no REsp 1719756/SP extrai-se os detalhes de como é feita a aplicação do método bifásico pelo STJ, em que é fixado um valor inicial em conformidade com o que já vem decidindo a corte em casos semelhantes. Após, na segunda fase são indicados os pontos peculiares do caso, que fazem o valor básico ser majorado:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SEGURO SAÚDE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. TRATAMENTO CONSISTENTE EM SESSÕES DE FONOAUDIOLOGIA PARA RECUPERAR A CAPACIDADE DE MASTIGAÇÃO E DEGLUTIÇÃO. RECUSA INDEVIDA. DANO MORAL IN RE IPSA. OCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO. ARBITRAMENTO. MÉTODO BIFÁSICO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça perfilha o entendimento de que "conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, a jurisprudência desta Corte vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada"

(REsp 735.168/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/03/2008, DJe 26/03/2008). 2. A fixação do valor devido à título de indenização por danos morais, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, deve considerar o método bifásico, sendo este o que melhor atende às exigências de um arbitramento equitativo da indenização por danos extrapatrimoniais, uma vez que minimiza eventual arbitrariedade ao se adotar critérios unicamente subjetivos do julgador, além de afastar eventual tarifação do dano. Nesse sentido, em uma primeira etapa deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. Após, em um segundo momento, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para a fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz. **3. Para fixação do quantum indenizatório, tendo em mira os interesses jurídicos lesados (direito à vida e direito à saúde), tenho por razoável que a condenação deve ter como valor básico R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), não destoando da proporcionalidade, tampouco dos critérios adotados pela jurisprudência desta Corte.** 4. No que tange à segunda fase do método bifásico, para a fixação definitiva da indenização, partindo do valor básico anteriormente determinado, ajustando-se às circunstâncias particulares do caso, devem ser consideradas as seguintes circunstâncias: a) trata-se de caso envolvendo consumidor hipossuficiente litigando contra sociedade empresária de grande porte; b) o ato ilícito praticado pela ora recorrida e que deu ensejo aos danos morais suportados pela recorrente relaciona-se à graves problemas de saúde decorrentes de acidente automobilístico, demandando a recorrente de tratamento fonoaudiólogo de urgência para a recuperação da capacidade de mastigação e deglutição; c) a recusa à cobertura das despesas relacionadas às sessões de fonoaudiologia inviabilizaria o próprio tratamento médico, impedindo, a rigor, a utilização de meio hábil à cura e inviabilizando a própria concretização do objeto do contrato. **5. Indenização definitiva fixada em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).** 6. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp n. 1.719.756/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15/5/2018, DJe de 21/5/2018.)

Veja-se que a grande importância da aplicação do método bifásico é fazer uma objetivação na fixação da indenização, uniformizando a jurisprudência de forma a trazer maior segurança jurídica, sem deixar de considerar as circunstâncias do caso concreto.

Considerações Finais

A moral corresponde ao íntimo de cada indivíduo. É um bem extrapatrimonial juridicamente tutelado, mas que para o cidadão comum, são apenas os seus sentimentos, que para ele são únicos. Diariamente cidadãos têm suas honras ofendidas, na maioria das vezes isto acontece numa relação comum do cotidiano.

O instituto da responsabilidade civil com sua origem nos primórdios do direito sofreu muitas mudanças e atualmente consagrado pelo Código Civil tem como finalidade reparar o dano.

A jurisprudência e a doutrina juntas estabeleceram alguns critérios, mas não de forma pacífica, para definir o valor a ser pago na indenização por danos morais. São eles: grau de culpa do ofensor, conduta do ofensor após o dano, capacidade econômica do ofensor, capacidade econômica da vítima e repercussão social da lesão.

Nesta falta dos critérios legais mais objetivos cada juiz ao julgar tem excessivo poder discricionário. O que gera muitas disparidades nas decisões judiciais. Havendo fixação de valores extremamente diferentes para casos muito semelhantes. Os excessos na fixação desses valores levam a dúvidas e aumentam a quantidade de recursos nos tribunais.

No entanto, para obtenção do direito a reparação por dano moral deve-se ter tido um abalo de maior monta. Um mero aborrecimento cotidiano não é passível de indenização. O julgador analisará o caso concreto, as condições em que se deram os fatos e a repercussão social e na vida da vítima. Há uma preocupação do Superior Tribunal de Justiça em evitar a banalização do instituto dos danos morais e de evitar a sobrecarga do Poder Judiciário com o excesso de ações ajuizadas.

Na busca de objetivação da fixação dos valores por danos morais e de ter maior isonomia, sem deixar de considerar as peculiaridades de cada caso, surge o critério bifásico na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Enxerga-se como uma saída para um problema que há muito assola o Poder Judiciário. Está longe de ser a solução para todos os problemas, mas é uma alternativa viável de evitar decisões conflitantes e garantir uma reparação justa para os danos morais.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.
Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 de jan. 2023.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.152.541/RS. Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. DJe 21/09/2011

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 913.343/RS. Relator Ministro Marco Buzzi. DJe 06/03/2018.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 689213/RJ. Relator Ministro Jorge Scartezzini. DJ 11/12/2006.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1573859/SP. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. DJe 13/11/2017.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1881453-RS. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. DJ 30/11/2021.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp n. 1.998.761/TO. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. DJe de 24/11/2022.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MELO, Domingos Nehemias de. **Dano Moral nas Relações de Consumo: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil – Responsabilidade civil**. v. IV. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

RIGHT TO BE LET ALONE E A INCOMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UM DESDOBRAMENTO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

PEDRO BORGES COELHO DE MIRANDA FREIRE:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Advogado. Pós-graduado em Direito Tributário e Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes (UCAM).²⁵⁷

Resumo: O presente trabalho objetiva analisar a compatibilidade do direito ao esquecimento com o sistema jurídico brasileiro, tendo em vista o crescente número de documentários retratando crimes que ocorreram no passado sendo gravados nas maiores redes de streamings. Para um melhor entendimento, é imperiosa a análise jurisprudencial, inclusive pela recente decisão do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Incompatibilidade. Jurisprudência.

Abstract: The present work aims to analyze the compatibility of the right to be let alone with the Brazilian legal system, in view of the growing number of documentaries portraying crimes that occurred in the past being recorded in the largest streaming's network. For a better understanding, jurisprudential analysis is imperative, including the recent decision of the Federal Supreme Court.

Keywords: Right to be let alone. Incompatibility. Jurisprudence.

Introdução

Com a globalização e a internet, muito se debate sobre a perpetuidade das informações jogadas nas redes. O que antes era facilmente submetido ao esquecimento social, até porque veiculado em jornais, agora acaba tendo longa vida, principalmente em vista do crescente número de documentários e filmes retratando a vida dos mais famosos – bem como o vasto interesse da sociedade nesse tipo de conteúdo.

Aliado a isso, a popularização de redes de streaming acabou por subsidiar esse mercado, de forma que tem sido cada vez mais comum documentários retratando crimes famosos que aconteceram no Brasil, bem como a vida dos envolvidos hoje em dia, mesmo após terem cumprido suas penas.

Com o retorno do crime à memória social, o que acontece é uma reviravolta na vida de quem já estava voltando ao convívio geral. Isso porque, a partir do momento em que a

257 Contato: pedrobcmf@hotmail.com

sociedade é lembrada de um ilícito que ocorreu em seu meio, o criminoso envolvido passa, automaticamente, ao posto de *persona non grata*.

Se o sistema penal é feito para essa ressocialização, a doutrina há de delimitar um instituto que possibilite a segurança jurídica daquele que já cumpriu o que deveria segundo a lei. É norte do direito penal brasileiro que o apenado seja ressocializado. E foi nesse sentido que surgiu o direito ao esquecimento objeto do presente trabalho.

Para além dessa repercussão, também há relação com outros aspectos. No âmbito cível, a possibilidade de rememorar fatos remotos podem acabar por constranger e atrapalhar o indivíduo, como o caso de alguém que era famoso e deseja cair no anonimato para viver de acordo com sua capacidade de autodeterminação – que é a exteriorização da autonomia dos indivíduos de viverem a vida de acordo com seu livre-arbítrio.

É de salutar que reconhecer os direitos da personalidade acaba por dar azo ao reconhecimento de que a pessoa pode mudar com o passar dos anos e essa mudança só é possível se houver uma permissão a uma renovação do julgamento social das pessoas.

Assim, analisaremos a compatibilidade do direito ao esquecimento com o ordenamento jurídico brasileiro, partindo da premissa de que esse é vital para a garantia dos direitos da personalidade garantidos na Constituição Federal, bem como contraria alguns direitos igualmente valiosos.

1 DIREITO AO ESQUECIMENTO

A noção da existência de prerrogativas inerentes à condição de humano foi um grande avanço da doutrina jurídica, tanto no viés legal quanto jurisprudencial. Os direitos da personalidade são direitos que, apesar de serem desprovidos de cunho econômico, se mostraram mercedores da guarda legal, e protetores das pessoas pelo simples fato de sua existência humana.

Estima-se que a sua origem se deu no direito natural – no pré-jurídico. Todavia, o reconhecimento formal dos direitos da personalidade se deu com a Declaração dos Direitos do Homem, em 1789, o que nos dá uma noção de que essa discussão sobre direitos do homem em razão de sua própria natureza é recente.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves,

No âmbito do direito privado sua evolução tem-se mostrado lenta. No Brasil, têm sido tutelados em leis especiais e principalmente na jurisprudência, a quem coube a tarefa de desenvolver a proteção à

intimidade do ser humano, sua imagem, seu nome, seu corpo e sua dignidade.

O grande passo para a proteção dos direitos da personalidade³⁶⁶ foi dado com o advento da Constituição Federal de 1988, que expressamente a eles se refere no art. 5º, X²⁵⁸.

Assim, destaca-se o direito à vida, liberdade, nome, disposição do próprio corpo, à imagem e honra. E, nesse sentido é proclamado pela Constituição Federal, em seu art. 5º:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

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

O código civil, por sua vez, dedicou um capítulo aos direitos da personalidade, mas, tendo em vista a complexidade da matéria e sua interligação com a noção de moral e ética, os enunciados são vagos, com pouco rigor e clareza, até para se encaixar nos moldes sociais à medida de sua evolução, pela possibilidade de interpretações a serem dadas pela jurisprudência.

Mas, conceituando-os, Maria Helena Diniz afirma que os direitos da personalidade são:

direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária); e a sua integridade moral (honra, recato, segredo profissional e doméstico, identidade pessoal, familiar e social) 259.

Nos termos da codificação civilista, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária. Mas, a doutrina

258 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Parte Geral*. 20. ed. v. 1. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 201.

259 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1, p. 153

entende que eles também são absolutos, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis, inexpropriáveis e vitalícios.

As duas primeiras características denotam a sua indisponibilidade, que não é absoluta, mas relativa, tendo em vista que pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral. Haverá de ser segundo as intenções da própria pessoa, específico sobre o ato e temporário. Daí se afirmar que pode haver a doação de órgãos para fins de transplante.

Apesar de intransmissíveis e, portanto, personalíssimos, a pretensão de exigir reparação pecuniária pelo seu ferimento em caso de ofensa é transmitida aos sucessores. Isso foi positivado no art. 943 do Código Civil, e, sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça²⁶⁰. Isso é possível porque o direito de ação por dano moral tem natureza patrimonial, em que pese o direito ferido não o tenha.

São imprescritíveis porque não há perda do direito pelo não uso nem pelo decurso do tempo. Todavia, assim como relativizamos anteriormente, aqui há uma ressalva: ação de dano moral, que consista na lesão à direito da personalidade se submete aos prazos prescricionais previstos em lei, isso porque, conforme dito, há natureza patrimonial na reparação.

Diz-se que os direitos da personalidade são absolutos porque são oponíveis *erga omnes*, impondo dever de abstração à coletividade que os respeite, e gerais porque, conforme já dito, são inerentes a toda pessoa humana.

O rol de direitos da personalidade é ilimitado, não podendo haver a expectativa de que eventual código conseguisse prevê-los taxativamente. Tanto é que novos direitos se percebem à medida que a sociedade evolui, sendo seguida pela doutrina jurídica.

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves²⁶¹ afirma:

O progresso econômico-social e científico poderá dar origem também, no futuro, a outras hipóteses, a serem tipificadas em norma. Na atualidade, devido aos avanços científicos e tecnológicos (Internet, clonagem, imagem virtual, monitoramento por satélite,

²⁶⁰ Súmula 642: O direito à indenização por danos morais transmite-se com o falecimento do titular, possuindo os herdeiros da vítima legitimidade ativa para ajuizar ou prosseguir a ação indenizatória. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Julgamento em 02/12/2020. RSSTJ vol. 49 p. 11. DJe 07/12/2020.

²⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro – Parte Geral. 20. ed. v. 1. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 204.

acesso imediato a notícias e manipulação da imagem e voz por computador), a personalidade passa a sofrer novas ameaças que precisarão ser enfrentadas, com regulamentação da sua proteção. O direito de personalidade vai, pois, além das prerrogativas catalogadas na Constituição e na legislação ordinária.

Nessa senda, o código civil não previu um rol taxativo. E, à medida em que surgem direitos, questiona-se se são direitos da personalidade. Nesse sentido, temos o direito ao esquecimento e a dúvida quanto ao seu cabimento no ordenamento jurídico brasileiro.

Também chamado de direito de estar só, de ser deixado em paz ou *right to be let alone*, o que se tem é um desdobramento do direito à vida privada, intimidade e honra, bem como consequência legítima do princípio da dignidade da pessoa humana, norteador do ordenamento jurídico.

No âmbito de uma sociedade que resiste a ressocializar presos que já cumpriram a pena imposta pelo Estado, o direito ao esquecimento surge como o direito de uma pessoa poder barrar a publicidade de um fato que, em que pese verídico, aconteceu remotamente e, por isso, não mais merece ser exposto ao público, trazendo-lhe sofrimento e impedindo a sua socialização.

Isso, obviamente coloca em xeque alguns outros direitos fundamentais positivados, notadamente o da liberdade de expressão e informação, na medida em que, para proteger o indivíduo de ser constantemente submetido ao crivo social por algo remoto, tolhe-se o direito da imprensa de publicar uma informação verdadeira.

Segundo Anderson Schreiber²⁶²:

(...) o direito ao esquecimento é, portanto, um direito (a) exercido necessariamente por uma pessoa humana; (b) em face de agentes públicos ou privados que tenham a aptidão fática de promover representações daquela pessoa sobre a esfera pública (opinião social); incluindo veículos de imprensa, emissoras de TV, fornecedores de serviços de busca na internet etc.; (c) em oposição a uma recordação opressiva dos fatos, assim entendida a recordação que se caracteriza, a um só tempo, por ser desatual e recair sobre aspecto sensível da personalidade, comprometendo a plena

262 SCHREIBER, Anderson. Direito ao esquecimento e proteção de dados pessoais na Lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, G; FRAZÃO, A; OLIVA, M.D. Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 376.

realização da identidade daquela pessoa humana, ao apresentá-la sob falsas luzes à sociedade.

Nesse sentido, o STJ, em sua VI jornada de direito civil, entendeu que a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Um caso bastante conhecido é o *caso Lebach*, que ocorreu na Alemanha. Quatro soldados alemães foram assassinados em uma cidade alemã, e três réus foram condenados: dois à prisão perpétua e um a seis anos de reclusão. Esse cumpriu devidamente a sua pena e, finda, haveria de retornar ao convívio social.

Só que às vésperas de deixar a cadeia, uma emissora de televisão decidiu exibir um programa especial sobre o crime, mostrando fotos dos condenados. O apenado, então, entrou com uma ação inibitória para impedir que o programa fosse televisionado.

A Corte alemã, então, decidiu que a proteção constitucional aos direitos da personalidade não permite que a imprensa explore eternamente a pessoa do criminoso, adentrando em sua vida privada. Num embate principiológico, o que a Corte entendeu foi pela prevalência do direito da personalidade em detrimento da liberdade de informação, isso em vista da ausência de um interesse atual na informação, eis que o crime já havia sido punido.

Tendo em vista, inclusive, que o sistema penal serve para, em tese, haver a retribuição de um ilícito com a ressocialização do apenado ao seio social posterior, a veiculação acabaria por tolher de eficácia a pena aplicada. Isso porque haveria um lembrete ao meio social do indivíduo que, anos antes, cometeu um ilícito, atrapalhando (ou inviabilizando) sua ressocialização, o que acabaria por culminar na manutenção da pessoa como um criminoso.

A ressocialização é indispensável à licitude das condutas do indivíduo quando solto. Até porque permanecendo isolado, não haverá outra saída que não permanecer na delinquência. Assim, na Alemanha, a emissora foi proibida de exibir o documentário.

A “sociedade da informação” ganha ainda mais importância com a internet, eis que, com a rede mundial de computadores, uma publicação de uma notícia é praticamente eternizada – estará lá sempre disponível para quem pesquisar seus termos, com todo o arcabouço midiático aplicável, e facilmente encontrável. Isso foi bem explicado por Isabella Frajhof²⁶³:

263 FRAJHOF, Isabella Z. O direito ao esquecimento na internet: conceito, aplicação e controvérsias. São Paulo: Almedina, 2019. p. 19.

Esta memória social gerada pela internet garante que toda e qualquer informação compartilhada na rede esteja constantemente disponível. É como se a primeira página do jornal de ontem, com a manchete perturbadora, a imagem constrangedora, com as chamadas para as principais notícias do dia, que hoje estaria “forrando a gaiola do papagaio”, continuassem a ser a primeira página do jornal de todos os dias, acessível a qualquer momento e a qualquer tempo. Basta um clique, e menos de dez segundos, que qualquer conteúdo se torna acessível em uma pesquisa na internet. Considerando que mais de 80% dos adultos (entre 30 e 49 anos) preferem acessar notícias disponibilizadas online, e que no Brasil 48% das pessoas afirmam utilizar a internet como principal canal para acessar notícias, conclui-se que a internet transformou substancialmente o modo pelo qual as pessoas se informam, adquirem e acessam conhecimento.

Inclusive, em casos paralelos ao supramencionado, tem-se ganhado muita recorrência séries documentais sobre crimes antigos que se passaram no Brasil. Esses produzidos e veiculados nas maiores redes de streaming, o que acaba por dar repercussão para acontecimentos que não eram mais tão lembrados pela sociedade. E cujos criminosos estão em liberdade há pouco tempo.

Um esclarecimento se faz necessário: em que pese o exemplo dado na seara penal, quanto aos antecedentes criminais, trata-se de mero recurso didático. O direito ao esquecimento e sua discussão foram ampliados de tal maneira que hoje em dia se aplica em diversos outros âmbitos, como aspectos da vida de uma pessoa que ela mesma quer que sejam esquecidos.

Incide recorrentemente quanto a pessoas famosas, que no passado tenham feito obras ou atos dos quais não mais quer ser constantemente lembrado, sendo de se supor o direito de travar a proliferação de informação em prol da passagem do tempo, tendo em vista o potencial de que sejam causados prejuízos profissionais ou mesmo incômodos pessoais.

Seria o caso de uma pessoa que no passado fez uma obra da qual não se orgulhe e que, em virtude da passagem do tempo, não mais quer ver sua carreira profissional atrelada àquela. Pode até ser o caso dessa obra causar algum prejuízo financeiro ao seu autor, quando da mudança de profissão ou ramo.

Tem-se casos até mesmo de pessoas famosas que decidiram não mais o serem. Direito esse que deve ser preservado pelo ordenamento jurídico, e posto em xeque caso

seja permitido veicular notícias desprovidas de atualidade. Foi o que aconteceu com a atriz Ana Paula Ambrósio que, vivendo o auge de sua carreira, decidiu largar a fama.

Garantir a decisão do indivíduo de se autodeterminar há de incluir o direito de não ser exposto a reportagens, entrevistas ou qualquer outra maneira de exposição pública que culmine na impossibilidade de ser a pessoa que quer ser, no caso, uma pessoa anônima. Havendo legitimidade em seu pleito e vontade.

A discussão quanto à aceitação desse direito se dá porque garanti-lo significa atenuar a liberdade de expressão e de imprensa, de índole igualmente constitucional, garantidas na CF em seu artigo 5º:

Art. 5º. (...) VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; (...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Ademais, o direito de atenuar a publicação de uma informação acaba por ser um desprestígio à história, na medida em que o direito ao esquecimento contraria o direito à memória da sociedade. Sendo essa um vetor do crescimento social, corroborado pela máxima de “aprender com os erros do passado nos permite não os repetir”.

Basta pensar nos casos de crimes que mudaram o curso da história, bem como possibilitaram a inovação da ciência criminal, e que, com a invocação em tela, acabariam por privar a proliferação de informações de inegável valor histórico, com interesse público subjacente. Esses, inclusive, permanecem presente mesmo com o decurso do tempo.

Um correto estudo do passado pressupõe, infelizmente, a relativização da privacidade de alguns dos envolvidos, como é o caso de crimes históricos, que determina a sua correta publicidade. Mas isso demanda uma análise casuística, até porque não são todos os acontecimentos que são *históricos*.

Por isso é que se diz que, ainda que se prestigie o direito ao esquecimento, seu deferimento não pode se dar de maneira genérica, devendo haver retida análise caso a caso, com ponderação dos direitos envolvidos concretamente. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Existindo evidente interesse social no cultivo à memória histórica e coletiva de delito notório, incabível o acolhimento da tese do direito ao esquecimento para proibir qualquer veiculação futura de matérias

jornalísticas relacionadas ao fato criminoso cuja pena já se encontra cumprida.

O chamado direito ao esquecimento, apesar de ser reconhecido pela jurisprudência, não possui caráter absoluto.

Em caso de evidente interesse social no cultivo à memória histórica e coletiva de delito notório, não se pode proibir a veiculação de matérias jornalísticas relacionados com o fato criminoso, sob pena de configuração de censura prévia, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio. Em tal situação, não se aplica o direito ao esquecimento²⁶⁴.

Quando da aplicação do direito, o STJ afirmou, inclusive, que a guarida desse direito é reforçada pelo artigo 748 do Código de Processo Penal, que prevê a possibilidade de não serem mencionadas condenações prévias na folha de antecedentes do reabilitado, vejamos:

Art. 748. A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal.

Por uma atividade hermenêutica tem-se que, se o ordenamento garante aos condenados que já cumpriram penas o direito de sigilo dos antecedentes e registro na identificação, é de se supor que haja garantia do mesmo direito aos que absolvidos foram de permanecer com algum estigma social. Deve ser assegurado o direito de serem esquecidos aos que ainda menos fizeram. Quem pode o mais, há de poder o menos, assegurando-se o direito aqui defendido a todos (condenados, absolvidos e até não investigados).

Mas, a internet facilita a leitura de fatos veiculados há anos, sem que haja uma republicação do conteúdo por parte dos portais de notícia. Razão pela qual, em época de globalização é quase impossível salvaguardar o direito ao esquecimento. Ainda que haja uma decisão nesse sentido, da retirada de uma publicação prévia, não há como retirar do meio cibernético em países que não mantém nem ao menos tratados internacionais de cooperação judiciária.

²⁶⁴ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp 1.736.803-RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 28/04/2020 (Info 670).

Nessa senda, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar, tendo decidido pela incompatibilidade do direito ao esquecimento com o ordenamento jurídico brasileiro, colocando uma pá de cal na discussão aqui trazida.

Inicialmente, a Suprema Corte começou por delimitar direito ao esquecimento como sendo a pretensão do indivíduo de impedir a divulgação de fatos ou dados verídicos, lícitamente obtidos, e, pelo transcurso do tempo, se tornado descontextualizados ou desprovidos de interesse público subjacente a nova publicação.

A conceituação é mister. Isso porque o direito ao esquecimento detém uma gama de significados. E, havendo esse necessário recorte, o que se determina pela incompatibilidade é unicamente o direito ao esquecimento nesse significado específico. Não se pode querer alegar que não é compatível o direito ao esquecimento quando da publicação de um fato inverídico, por exemplo.

Entendido como tal, não pode ser compatível com a Constituição Federal, no entendimento do STF, que será explicado adiante. Pelo seu teor didático, é mister trazer a ementa do julgado:

Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido. 1. Recurso extraordinário interposto em face de acórdão por meio do qual a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento a apelação em ação indenizatória que objetivava a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso não autorizado da imagem da falecida irmã dos autores, Aída Curi, no programa Linha Direta: Justiça. 2. Os precedentes mais longínquos apontados no debate sobre o chamado direito ao esquecimento passaram ao largo do direito autônomo ao esmaecimento de fatos, dados ou notícias pela passagem do tempo, tendo os julgadores se valido essencialmente de institutos jurídicos hoje bastante consolidados. A utilização de expressões que remetem a alguma modalidade de direito a reclusão ou recolhimento, como *droit a l'oubli* ou *right to be let alone*, foi aplicada de forma discreta e muito pontual, com significativa menção, ademais, nas razões de decidir, a direitos da personalidade/privacidade. Já na contemporaneidade, campo mais fértil ao trato do tema pelo advento da sociedade digital, o nominado direito ao esquecimento adquiriu roupagem diversa, sobretudo após o julgamento do chamado Caso González pelo

Tribunal de Justiça Europeia, associando-se o problema do esquecimento ao tratamento e à conservação de informações pessoais na internet. 3. Em que pese a existência de vertentes diversas que atribuem significados distintos à expressão direito ao esquecimento, é possível identificar elementos essenciais nas diversas invocações, a partir dos quais se torna possível nominar o direito ao esquecimento como a pretensão apta a impedir a divulgação, seja em plataformas tradicionais ou virtuais, de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos, mas que, em razão da passagem do tempo, teriam se tornado descontextualizados ou destituídos de interesse público relevante. 4. O ordenamento jurídico brasileiro possui expressas e pontuais previsões em que se admite, sob condições específicas, o decurso do tempo como razão para supressão de dados ou informações, em circunstâncias que não configuram, todavia, a pretensão ao direito ao esquecimento. Elas se relacionam com o efeito temporal, mas não consagram um direito a que os sujeitos não sejam confrontados quanto às informações do passado, de modo que eventuais notícias sobre esses sujeitos – publicadas ao tempo em que os dados e as informações estiveram acessíveis – não são alcançadas pelo efeito de ocultamento. Elas permanecem passíveis de circulação se os dados nelas contidos tiverem sido, a seu tempo, lícitamente obtidos e tratados. Isso porque a passagem do tempo, por si só, não tem o condão de transmutar uma publicação ou um dado nela contido de lícito para ilícito. 5. A previsão ou aplicação do direito ao esquecimento afronta a liberdade de expressão. Um comando jurídico que eleja a passagem do tempo como restrição à divulgação de informação verdadeira, lícitamente obtida e com adequado tratamento dos dados nela inseridos, precisa estar previsto em lei, de modo pontual, clarividente e sem anulação da liberdade de expressão. Ele não pode, ademais, ser fruto apenas de ponderação judicial. 6. O caso concreto se refere ao programa televisivo Linha Direta: Justiça, que, revisitando alguns crimes que abalaram o Brasil, apresentou, dentre alguns casos verídicos que envolviam vítimas de violência contra a mulher, objetos de farta documentação social e jornalística, o caso de Aida Curi, cujos irmãos são autores da ação que deu origem ao presente recurso. Não cabe a aplicação do direito ao esquecimento a esse caso, tendo em vista que a exibição do referido programa não incorreu em afronta ao nome, à imagem, à vida privada da vítima ou de seus familiares. Recurso extraordinário não provido. 8. Fixa-se a seguinte tese: “É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao

esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível”²⁶⁵.

Em suma, apesar do ordenamento jurídico pátrio estar cheio de previsões que se prestem a proteger os direitos da personalidade, inclusive dando-lhes arcabouço jurídico à efetiva aplicação na dignidade da pessoa humana, não se pode tolerar que um direito (ao esquecimento) tolha de maneira prévia outro, ainda mais o direito à liberdade de expressão.

Válido lembrar que a Constituição de 1988, conhecida como cidadã tem a liberdade de expressão como um de seus vetores máximos, até pelo contexto em que foi promulgada, sendo a liberdade de expressar-se um pilar da democracia – de valor inenarrável ao ordenamento.

Assim, entender pela restrição à liberdade de expressão em situações legalmente definidas em que há afetação de outros direitos fundamentais seria compatível com o ordenamento. Mas, não se pode dizer o mesmo do reconhecimento do direito ao esquecimento, eis que seria um pretenso e prévio direito de se ver livre de dados e fatos por pura descontextualização simplesmente pelo transcurso do tempo, sem um dispositivo legal que lhe preveja expressamente.

Não se pode tolerar que uma presunção de que a passagem do tempo restringisse o direito à divulgação de informação verdadeira, obtida de acordo com os ditames legais. Outro panorama seria se houvesse um comando jurídico nesse sentido, tendo sido esse o maior fator da negativa do STF. Não havendo lei que o preveja, não se pode reconhecer o direito ao esquecimento pelo caminho judicial, sob pena de restringir um direito ilegítimamente. Mais um reforço do princípio democrático, na máxima da legalidade.

Mas, não se deixou esse direito da personalidade ao léu: garante-se a proteção pela via de responsabilização contra o excesso, eis que informações inverídicas, ilícitamente

²⁶⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. RE 1010606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 11/2/2021 (Repercussão Geral – Tema 786) (Info 1005).

obtidas ou decorrentes de abuso a liberdade de expressão poderão submeter seus autores à responsabilização judicial. Proteção essa que se estende ao âmbito cível e penal.

O que se deve ter em mente é que no sopesamento feito pelo STF, a liberdade de expressão acabou por implicar a incompatibilidade do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico pátrio.

Considerações Finais

Isso posto, concluir pela incompatibilidade parece mais acertado. A democracia, tal como pensada, impõe o princípio da legalidade. Isso porque as leis são fabricadas pelo parlamento, que são legitimamente elegidos pelo detentor do poder político, o povo.

Assim, através do princípio da legalidade, e tendo em vista que a feitura das leis é tarefa que compete ao parlamento, o povo apenas se obriga ao posto pelos que legitimamente o colocaram lá.

Ato contínuo, a essência do entendimento da Corte pela incompatibilidade é exatamente a ausência de lei que preveja essa indevida restrição da liberdade de expressão.

Não seria legítima a atuação do judiciário que criasse aos veículos de informação um dever negativo unicamente no sopesamento com os direitos da personalidade de outrem – até porque a liberdade de se expressar também é um direito de guarida constitucional.

Não se trata de uma última palavra absoluta. Isso em vista que o decidido pelo STF em sede de controle de constitucionalidade escapa ao entendimento de dois órgãos: do legislativo e da própria Suprema Corte. Assim, pode-se pensar na superveniência de uma reação legislativa que torne legítimo o direito ao esquecimento.

Essa reação, mais conhecida como *backlash*, é a resposta do parlamento ao entendimento jurisprudencial – uma superação do entendimento por dispositivo legal, cuja interpretação lhe compete. Mas, é válido lembrar que nenhuma interpretação é legítima quando contraria o texto legal.

Assim, apesar da conclusão ser pela incompatibilidade, essa é variável, podendo o direito ao esquecimento vir a ser compatibilizado no futuro. Mister se faz, assim, analisar a jurisprudência vindoura da Suprema Corte.

Referências

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. RE 1010606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 11/2/2021 (Repercussão Geral – Tema 786) (Info 1005).

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Corte Especial. Julgamento em 02/12/2020. RSSTJ vol. 49 p. 11. DJe 07/12/2020.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp 1.736.803-RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 28/04/2020 (Info 670).

FRAJHOF, Isabella Z. O direito ao esquecimento na internet: conceito, aplicação e controvérsias. São Paulo: Almedina, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro – Parte Geral. 20. ed. v. 1. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

DINIZ. Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1.

SCHREIBER, Anderson. Direito ao esquecimento e proteção de dados pessoais na Lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, G; FRAZÃO, A; OLIVA, M.D. Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 376.

ANÁLISE DA OBRA “HOLOCAUSTO BRASILEIRO” DE DANIELA ARBEX: DESASTRE HUMANITÁRIO NO HOSPITAL COLÔNIA BARBACENA

JULIANA MOTA GARCIA EDUVIRGEM:
Graduanda em Direito na Faculdade de
Petrolina-PE (FACAPE).²⁶⁶

JÉSSICA CAVALCANTI BARROS RIBEIRO²⁶⁷

GUILHERME SABINO NASCIMENTO SIDRÔNIO DE SANTANA²⁶⁸

(coautores)

RESUMO: O objetivo deste artigo é conectar a obra “Holocausto Brasileiro”, de autoria de Daniela Arbex, com o Direito. A Obra trata a respeito do grande desastre humanitário, social e político vivido por pessoas que eram internadas no hospital psiquiátrico Colônia. Os pacientes tinham suas vidas totalmente destruídas, pois eram severamente torturados, a pretexto do tratamento de saúde ofertado. Resalta-se que a grande maioria deles não tinham diagnóstico de doença mental. A principal relação dessa obra com a ciência jurídica são os pontos da narrativa que refletem violação a Dignidade da Pessoa Humana, princípio essencial à ordem jurídica. Com efeito, este trabalho consiste em uma Pesquisa Descritiva e Bibliográfica, realizada precipuamente na área dos Direitos Humanos. Esse Trabalho surge a partir de estudos direcionados ao Projeto de extensão “Direito & Literatura” da FACAPE – Faculdade de Petrolina. Ao final, conclui-se que no Estado Democrático que vivemos não permite a prática de genocídio, tendo em vista que a primazia da democracia e dos direitos dispostos nas Leis vigentes protegem todos os seres humanos de todas as formas de violência.

Palavras-Chave: Direitos Humanos. Violação. Desrespeito. Genocídio.

ANALYSIS OF THE WORK “BRAZILIAN HOLOCAUST” BY DANIELA ARBEX: HUMANITARIAN DISASTER AT THE HOSPITAL COLONIA BARBACENA

ABSTRACT: The purpose of this article is to connect the book “Holocausto Brasileiro”, by Daniela Arbex, with Law. The work deals with the great humanitarian, social and political

²⁶⁶ E- mail: juliana.eduvirgem.21530@aluno.facape.br

²⁶⁷ Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes, Especialista em Direito Penal pela Faculdade Damásio, Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia, professora de direito penal e direito constitucional da Faculdade de Petrolina-PE (FACAPE), advogada. Contato: jessicabr2017@gmail.com

²⁶⁸ Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, advogado. Professor de Direito da Faculdade de Petrolina-PE (FACAPE).

disaster experienced by people who were hospitalized in the psychiatric hospital Cologne. Patients had their lives completely destroyed, as they were severely tortured, under the pretext of the health treatment offered. It is noteworthy that the vast majority of them had no diagnosis of mental illness. The main relationship of this work with legal science are the points of the narrative that reflect violation of the Dignity of the Human Person, an essential principle of the legal order. Indeed, this work consists of a Descriptive and Bibliographic Research, carried out primarily in the area of Human Rights. This work arises from studies directed to the Extension Project "Law & Literature" of FACAPE - Faculdade de Petrolina. In the end, it is concluded that the Democratic State we live in does not allow the practice of genocide, given that the primacy of democracy and the rights set out in the current laws protect all human beings from all forms of violence.

Keywords: Human Rights. Violation. disrespect. Genocide.

1. INTRODUÇÃO

O Projeto de extensão Direito & Literatura se destina ao estudo e difusão da interdisciplinariedade entre Direito, Literatura, Arte e Cinema. Demonstra-se que com o desenvolvimento de propostas para reflexão acerca do Direito e dos contextos sociais relevantes, expostos através da Literatura e da Arte, os juristas possuem papel de revolução social. Assim, a interdisciplinaridade e interligação de fontes de conhecimento, possibilitam uma compreensão mais eficaz do fenômeno jurídico no seio social.

A aproximação entre Direito, Literatura, Arte e Cinema motivam a reflexão e os seus impactos se dão sobre o âmbito jurídico, de forma que há ênfase nas novas formas de pensar acerca do Direito. Tal persecução deve ter amplitude de preocupação, pois, apesar da formação do jurista se basear no conhecimento técnico-legal, não se pode ignorar o contexto cultural. Busca-se, em suma, uma análise dinâmica, holística e sensível do Direito.

2. JUSTIFICATIVA

O Direito & Literatura possibilita a abertura de um novo campo para a realização de estudos e pesquisas jurídicas e difunde, mediante o diálogo entre as comunidades acadêmicas, a reflexão acerca da capacidade da narrativa literária auxiliar os juristas na árdua tarefa de compreender/interpretar/aplicar o Direito, relacionando a ficção com a realidade social e jurídica.

A importância da atividade se materializa na expansão dos horizontes culturais e na ampliação da capacidade interpretativa, bem como da habilidade da escrita (elaboração de textos) de todos os que participarem dos eventos. Também, possibilita, uma comunicação entre diferentes disciplinas, sob diferentes olhares, a partir do diálogo entre

docentes e discentes da FACAPE – Faculdade de Petrolina, e de outras instituições e interessados em geral.

3. OBJETIVOS

3.1. OBJETIVO GERAL

Este relatório tem o objetivo principal de comunicar as atividades desenvolvidas pelos alunos integrantes do Projeto de Extensão à Coordenadora.

3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- I. Realizar reuniões para a manutenção do projeto e o aprofundamento nos temas tratados, através da discussão de textos, livros e materiais ofertados;
- II. Auxiliar na formação crítica e interpretativa dos alunos;
- III. Promover a integração dos estudantes de Direito com a comunidade acadêmica da região.
- IV. Produção de artigos, capítulos de livro, e outros trabalhos acadêmicos.
- V. Participação em Congressos e eventos diversos.

4. METOLOGIA OPERACIONAL

Leitura de material bibliográfico pertinente, identificação de instituições públicas de ensino superior que concordem em viabilizar visitas para promover encontros com seus discentes e atividades voltadas para o incentivo à leitura. As reuniões também podem acontecer de forma remota, conforme necessidade.

A forma de avaliação será a presença nas reuniões, o estudo dos temas levantados para formação humanística relativa ao tema e a participação nos encontros nas instituições públicas (ensino superior).

5. AÇÕES REALIZADAS PELA DISCENTE JULIANA MOTA GARCIA EDUVIRGEM

Participei do projeto juntamente com a ilustre idealizadora do projeto, professora Jéssica Cavalcanti, e com os colegas participantes do referido projeto, através de reuniões virtuais, pela plataforma do classrom.

- As Reuniões se deram de forma periódicas entre os alunos partícipes do projeto de extensão, em 18 e 19 de maio, bem como 03 e 22 de agosto, com o fito de discutir acerca dos livros escolhidos para a leitura, e discutir

a relevância dos temas distribuídos através das referidas obras.

6. RESUMO DA OBRA LITERÁRIA ESCOLHIDA

Trata-se do grande desastre humanitário “Holocausto Brasileiro”, de autoria de Daniela Arbex, com sua primeira edição em maio de 2013. A narrativa do livro gira em torno de um grande problema humanitário, social e político vivido por pessoas que tinham suas vidas totalmente destruídas em meio à um novo mundo apresentado à elas, nomeado até mesmo de “inferno”(expressão utilizada por vários sobreviventes em trechos de seus relatos), no hospital psiquiátrico Colônia.

O livro conta a história real vivida por várias pessoas, as quais eram levadas ao hospital Colônia, e desde o seu ingresso no local era perdida a sua identidade, a integridade, a liberdade, a intimidade, a segurança. Porém, apesar do nome, eram recebidos todo tipo de pessoas, de diferentes idades, por diferentes motivos e de diferente classe social. A grande maioria delas não tinham diagnóstico de doença mental, pois uma simples embriaguez ou até mesmo uma opção de local para se desfazer da esposa para o marido ficar com a amante.

Nomeado de Hospital Colônia Barbacena de Minas Gerais, desde o século XX, além dos motivos pelos quais se recebiam as pessoas, o lugar apresentava condições desumanas, como a retirada da vestimenta das pessoas, bem como a falta de água para beber e esgoto a céu aberto, fornecimento de comida sem nenhum tipo de higiene, nem preparo adequado e muito menos nutrição. Sem falar nas mortes diárias que ocorria no local, tanto por causa do frio, quanto por causa de tratamentos com choques elétricos dados naqueles que não se comportavam e eram amordaçados, resultando morte.

O livro foi dividido em 14 capítulos, quais sejam: I - O Pavilhão Afonso Pena; II - Na roda da loucura; III - O único homem que amou o Colônia; IV - A venda de cadáveres; V - Os meninos de Oliveira; VI - A mãe dos meninos de Barbacena; VII - A filha da menina de Oliveira; VIII - Sobrevivendo ao holocausto; IX - Encontro, desencontro, reencontro; X - A história por trás da história; XI - Turismo com Foucault; XII - A luta entre o velho e o novo; XIII - Tributo às vítimas; XIV - A herança do Colônia separando a narrativa entre vários depoimentos e acontecimentos que marcaram a história do Brasil.

Ao longo de todos os capítulos se narra o quanto a crueldade do lugar foi devastadora para a vida das vítimas. O sofrimento, as mortes, a corrupção, a destruição familiar, e a falta de humanidade são característica do verdadeiro holocausto praticado em Barbacena.

7. CONHECENDO O AUTOR DA OBRA

Daniela Arbex é autora do best-seller Holocausto brasileiro, eleito Melhor Livro-Reportagem do Ano pela Associação Paulista de Críticos de Arte em 2013, bem como o segundo melhor Livro-Reportagem no prêmio Jabuti (2014). A obra ganhou as telas da TV, em 2016 com documentário exclusivo. Em 2015, a autora lançou Cova 312, também vencedor de Prêmio na categoria livro-reportagem (2016). A obra aborda a ditadura de uma forma que a história oficial nunca fez.

Sua terceira obra publicada, foi "Todo dia a mesma noite" na qual reconstituiu de maneira sensível e inédita os eventos da madrugada de 27 de janeiro de 2013, quando a cidade de Santa Maria perdeu de uma só vez 242 vidas na boate Kiss.

Em 2021, a Série Colônia, livremente inspirada na obra Holocausto Brasileiro, foi lançada no Canal Brasil e na Globoplay.

Daniela é uma das jornalistas mais premiadas de sua geração, tem mais de 20 prêmios nacionais e internacionais, entre eles três prêmios Esso, o americano Knight International Journalism Award (2010), o prêmio IPYS de Melhor Investigação Jornalística da América Latina (2009) e o Natali Prize.

8. RELAÇÃO DA OBRA LITERÁRIA ESCOLHIDA COM O DIREITO

A Obra Literária "Holocausto Brasileiro" relaciona-se com o Direito, na medida em que a história traz o alerta sobre o maior desastre humanitário ocorrido em nosso país. O quanto a falta de aplicação da Lei, do acesso à justiça, bem como de amparo legal efetivo, assim como os costumes e período em que o país vivia na época, contribuíam para o referido holocausto.

Nesse sentido, o regime que imperava era o fim da ditadura e da promulgação da Constituição de 1988, em meio a revoluções, à práticas de tortura, vistos como abolidos atualmente, vigorava no período que todo o desastre durou até meados do século XXI.

Dessa forma, é iminente a prática de genocídio contra aqueles grupo de seres humanos, os quais foram vulneráveis desde o momento do ingresso no local. Com isso, importa mencionar o ensinamento de Maria Garcia (2004, p. 289) sobre genocídio, a qual diz que: *"constitui-se, efetivamente, em crime contra a humanidade e a ordem internacional porque visa eliminar a diversidade e a pluralidade que caracterizam o gênero humano"*, o que requer a defesa da coletividade do grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como bem jurídico a ser tutelado.

Nesse sentido, importa frisar que já existia a tipificação desse crime na época do desastre. Pois o ordenamento jurídico brasileiro também se utiliza de instrumentos para a repressão do referido crime.

A legislação infraconstitucional define e tipifica o crime de genocídio, nos termos da Lei 2.889 (1956), conforme consta do art. 1º, *"Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso"*, acrescentando, de forma literal o que a Convenção menciona, como:

- a) matar membros do grupo;
- b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
- d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

A Lei 2.886/56 é anterior a Constituição Federal de 1988, foi recepcionada e encontra-se em plena vigência. Além disso, o Código Penal Brasileiro (1941) prevê, desde 1984, o crime de genocídio, in verbis:

Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:

I - os crimes: [...]

d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;

Por sua vez, a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, em conformidade ao art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, parágrafo único do seu art. 1º, considera também crime hediondo o crime de genocídio, previstos na Lei 2.889/59.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Projeto Direito & Literatura conseguiu disseminar informações sobre o livro "Holocausto Brasileiro", tendo em vista sua grande relevância social no que concerne as informações e denúncias do grande sofrimento e aterrorizante que as vítimas do hospital sofreram.

A obra da autora é merecedora de todos os títulos de prêmios reebidos, pois um crime bárbaro como esse verdadeiro holocausto em Barbacena não pode ser admitido na sociedade brasileira.

No estado democrático que vivemos atualmente, e até mesmo no início da referida democracia na época do desastre, não era pra ter, sequer, existido tal genocídio, tendo em vista que a primazia da democracia e dos direitos dispostos das Leis vigentes eram para proteger todos aqueles seres humanos.

Com isso, tem-se a constatação da grande relevância da discussão que a obra traz. Por fim, foi gratificante para mim participar deste ilustre projeto, o qual contribuiu para minha carreira acadêmica, tendo em vista a consonância entre a leitura da obra e a relação com o Direito.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

GARCIA, Maria. *Limites da Ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

JURISDIÇÃO E INTERNET: OS DESAFIOS DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL PARA A COLETA DE DADOS ELETRÔNICOS NO COMBATE AOS CRIMES TRANSNACIONAIS

BIANKA ZLOCCOWICK BORNER DE OLIVEIRA:

Advogada e Procuradora do Município de São Paulo. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra. Pós-graduada em Direito Tributário pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. 269

Resumo: O presente artigo visa analisar os atuais conflitos de soberania e jurisdição relativos à busca e apreensão de dados eletrônicos na *internet* como meios de prova em processos criminais e os desafios do direito internacional para criar mecanismos multilaterais mais eficazes e adequados ao ambiente digital. Nesta linha, a cooperação judiciária internacional será utilizada como principal via para a definição de balizas que melhor se adequem à *internet* e atendam aos fins de prevenção e combate aos crimes transnacionais, respeito à soberania e aos direitos humanos.

Palavras-chave: direito internacional; soberania e jurisdição; dados eletrônicos e *internet*; cooperação internacional.

Abstract: This article aims to analyze the current conflicts of sovereignty and jurisdiction related to the search and seizure of electronic data on the internet as evidence in criminal cases and the challenges of international law to create multilateral mechanisms that are more effective and adequate to the digital environment. In this line, international judicial cooperation will be used as the main route for defining beacons that are best suited to the internet and serve the purposes of preventing and combating transnational crimes, respecting sovereignty and human rights.

Keywords: international law; sovereignty and jurisdiction; electronic data; international cooperation.

1.Introdução

O mundo não é o mesmo desde o surgimento da *internet*. As mudanças são notórias em todos os aspectos da vida humana, desde as relações sociais privadas até as relações econômicas, financeiras e políticas.

A *internet* desconhece barreiras físicas e consegue conectar, instantaneamente, indivíduos, empresas e organizações de todo o mundo em um ambiente integrado e

269 E-mail de contato: biaborner@gmail.com.

totalmente digital. Assim, a *internet* proporciona o desenvolvimento de meios de comunicação mais céleres e eficazes, a ampliação do acesso à informação e gera uma economia dinâmica e transnacional.

Neste sentido, é possível entender a *internet* como o grande motor da “compressão tempo/espço”²⁷⁰ da pós-modernidade ou da modernidade líquida,²⁷¹ na denominação cunhada por Zygmund BAUMAN.

Hoje, os reflexos da *internet* nas relações transnacionais estão presentes não apenas no cenário de grandes empresas e organizações, mas no dia a dia de qualquer cidadão comum. Essa transformação digital pode ser constatada no desenvolvimento de diversos setores, como redes sociais, aplicativos de comunicação digital, serviços bancários e pagamentos *online*, comércio eletrônico (*e-commerce*), ensino à distância (*e-learning*), entre outros serviços.

A pandemia do COVID-19, deflagrada no ano de 2020, acelerou ainda mais o processo de informatização da vida humana. A necessidade de isolamento social, com a consequente imposição de *home office*, elevou a demanda por serviços eletrônicos de forma substancial. Para ilustrar o mencionado, em abril de 2020, a *Zoom*, empresa norte-americana que oferta de serviços de conferência, anunciou que ultrapassou a marca de 300 milhões de pessoas em reuniões *online* por dia, enquanto que em dezembro de 2019, a média foi de apenas 10 milhões.²⁷²

A despeito dos avanços mencionados, a globalização provocada pela *internet* também proporcionou o desenvolvimento de efeitos colaterais perversos. Um deles fora o crescimento do crime de natureza transnacional.²⁷³

270 Sobre o assunto: BAUMAN, Zygmunt. Globalização: As consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999, p. 6.

271 O filósofo polonês Zygmunt Bauman propôs o conceito de “modernidade líquida” para fazer uma análise crítica da sociedade moderna ou pós-moderna, fundada na fluidez, incerteza e precariedade das relações humanas.

272 Cf. se pode extrair do sítio eletrônico: <<https://investors.zoom.us/static-files/28614884-1d63-477a-9148-a7039796f19c>>. Acesso em: 26/02/2022.

273 Consoante observa da Convenção de Palermo (artigo 3º, 2), considera-se crime transnacional aquele que: a) for cometido em mais de um Estado; b) for cometido em num só Estado, mas com uma parte substancial da sua preparação, planejamento, direção ou controle em outro Estado; c) for cometido em um Estado, mas que envolva participação de grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um Estado; ou, por fim, d) for cometido em um só Estado, mas que produza efeitos substanciais em outro. Vale destacar que o crime transnacional não se confunde com o crime internacional, que são “que afetam a comunidade internacional no seu conjunto”, conforme estabelecido no Estatuto de Roma (art. 5º, 1).

Nos últimos anos, a humanidade assiste ao crescente número de organizações criminosas interconectadas em todo o mundo, que praticam crimes de viés internacional, os chamados "*crimes of the powerful*",²⁷⁴ além do número cada vez maior de infrações cibernéticas, que também não conhecem fronteiras.

Nesse contexto, se tornou imperativa a necessidade de regulação e de definição dos limites da soberania em relação à *internet*, em especial, do exercício da jurisdição, seja ela legislativa, judicial ou executiva. Isto porque, para exercer o *ius puniendi* estatal, ou seja, para investigar, solucionar, bem como punir os infratores de crimes transnacionais, os Estados necessitam cada vez mais de dados eletrônicos que estão armazenados fora de suas fronteiras e da execução de medidas persecutórias no exterior.

À primeira vista, poderia se pensar que a solução de tal questão passaria pela adoção de mecanismos de cooperação judiciária consolidados no âmbito do direito internacional, como as cartas rogatórias e o auxílio direto via tratados de assistência jurídica.

No entanto, o desafio surge quando tais meios de cooperação judiciária, ditos tradicionais, não se mostram suficientes e/ou adequados para lidar com o ambiente digital, que provocou rupturas em padrões, modelos ou tecnologias já conhecidos.

O presente estudo busca analisar, sob o prisma do direito internacional público, como os Estados têm atuado na obtenção de dados eletrônicos para prevenção, investigação e enfrentamento da crescente dos crimes transnacionais, levando em consideração os percalços envolvendo conflitos de soberania, territorialidade e jurisdição no ambiente transfronteiriço da *internet*.

Assim, para a investigação do tema proposto, serão inicialmente analisados os princípios elementares do direito internacional público de soberania, jurisdição e territorialidade, bem os instrumentos de cooperação judiciária internacional consolidados, tendo como pano de fundo o exercício do poder punitivo estatal.

Em um segundo momento, o foco será dirigido à análise dos desafios dessa interação entre Estados soberanos no contexto da coleta de dados eletrônicos disponíveis na *internet*. Na oportunidade, será examinada a aplicação dos critérios de delimitação de jurisdição tradicionais e dos meios de cooperação judiciária atuais para a coleta de dados

²⁷⁴ Segundo o relatório do escritório da ONU sobre drogas e crimes - UNODC, estima-se que o crime organizado internacional gere 125 bilhões de dólares por ano, sem considerar os crimes financeiros, como corrupção e lavagem de dinheiro (branqueamento de capitais), que também produzem grandes impactos econômicos, políticos e sociais. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/noticias/2010/06/TOCTA_Report_2010_low_res.pdf>. Acesso em 25.02.2022.

eletrônicos. Em seguida, serão analisadas algumas práticas unilaterais de Estados, que, com vistas à obtenção dos dados de forma célere e eficaz para o combate aos crimes transnacionais, ultrapassam os limites do seu território. Por outro lado, também serão examinados os efeitos reversos que a negativa injustificada da transferência de dados pode causar, como o fomento à criação de “paraísos de dados”, o que favoreceria o acobertamento de provas e a impunidade do crime organizado internacional.

Por fim, longe de almejar o esgotamento do tema, o trabalho lança luz sobre a possibilidade de enfrentamento da questão pela via cooperativa entre os Estados, a partir da harmonização de critérios de jurisdição de dados eletrônicos e de revisão dos acordos de cooperação judiciária, de modo a alcançar o equilíbrio entre as necessárias ações de prevenção, investigação e combate aos crimes internacionais, e o respeito à soberania e aos direitos humanos.

2. Soberania, jurisdição e territorialidade: contornos e limites do exercício do *ius puniendi* estatal

Atualmente, o conceito de soberania amplamente aceito pela doutrina internacionalista se aproxima da noção de *independência* e *igualdade* entre os Estados-Nação²⁷⁵. Em outras palavras, a relação entre Estados soberanos é horizontal, afastada qualquer ideia de subordinação formal, seja ela política ou jurídica.

Uma das manifestações típicas da soberania é o exercício do *ius puniendi* estatal, que nada mais é do que o direito do Estado de punir os crimes cometidos em seu território, como instrumento de manutenção da ordem social interna e externa.

Por sua vez, o exercício da soberania estatal e, conseqüentemente, do *ius puniendi*, são limitados ao âmbito da *jurisdição* do Estado, o que significa que a competência para produzir normas e aplicar sanções deve ser exercida dentro dos limites do seu domínio, ou seja, do seu povo e seu território.²⁷⁶

A *jurisdição* dentro do território de um Estado soberano é plena e exclusiva, isto é, no exercício da sua competência legislativa, administrativa e jurisdicional, o Estado não enfrenta concorrência de qualquer outra soberania. Como ensina José Francisco REZEK, “só ele pode, dessarte, tomar medidas restritivas contra pessoas, detentor que é do monopólio

275 REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público: curso elementar, 17. Ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 164.

276 Neste sentido: “Jurisdiction concerns the power of the state to affect people, property and circumstances and reflects the basic principles of state sovereignty, equality of states and non-interference in domestic affairs. Jurisdiction is a vital and indeed central feature of state sovereignty, for it is an exercise of authority which may alter or create or terminate legal relationships and obligations.” (SHAW, Malcolm N. International Law. 3 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 9ª ed., 2021, p. 394).

do uso legítimo da força pública”.²⁷⁷ Há, aqui, uma nítida relação com o *princípio da não ingerência*, segundo o qual cada Estado soberano deve agir dentro da sua competência, devendo abster-se de interferir no domínio alheio.²⁷⁸

Malcolm SHAW distingue a jurisdição em legislativa, judicial e executiva. Como ressalta o internacionalista, as jurisdições legislativa e judicial podem ter aplicação extraterritorial, baseadas nos princípios da nacionalidade, residência, personalidade passiva, proteção, ou até no princípio da universalidade.²⁷⁹ Por outro lado, a jurisdição executiva do Estado soberano não pode desbordar do seu território para interferir na jurisdição de outro Estado soberano.²⁸⁰

Nesta esteira, para a delimitação da jurisdição executiva, vigora no direito internacional público o princípio da *territorialidade*²⁸¹. A Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (Convenção de Palermo) é um exemplo prático de adoção desse critério, ao dispor seu artigo 4.º, 2, que “*o disposto na presente Convenção não autoriza qualquer Estado Parte a exercer, no território de outro Estado, jurisdição ou funções que o direito interno desse Estado reserve exclusivamente às suas autoridades.*”

Assim, de acordo com os princípios elementares de direito internacional, o cumprimento de medidas executórias (busca e apreensão, congelamento de bens, prisão,

²⁷⁷ REZEK, José Francisco. Op. Cit., p. 164.

²⁷⁸ SHAW, Malcolm N. *International Law*. 3 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 394.

²⁷⁹ SHAW, Malcolm N. *International Law...*, p. 399-413.

²⁸⁰ Neste sentido: “[...] These differences, particularly between the capacity to make law (the prescriptive jurisdiction) and the capacity to ensure compliance with such law (the enforcement jurisdiction), are basic to an understanding of the legal competence of a state. This is to some extent because jurisdiction, although primarily territorial, may be based on other ground, for example, nationality, while enforcement is restricted by territorial factors. To give an instance if man kills somebody in Britain and then manages to reach Holland, the British courts have jurisdiction to try him, but they cannot enforce it by sending officers to the Netherlands to apprehend him. They must apply to the Dutch authorities for his arrest and dispatch to Britain” (SHAW, Malcolm N. *International Law...*, p. 394).

²⁸¹ Com a lupa sobre a lei penal, Figueiredo Dias manifesta que: “[...]a assunção do princípio da territorialidade como base do sistema de aplicação da lei penal no espaço é a via que facilitará em maior medida a harmonia internacional, o respeito pela não ingerência em assuntos de um Estado estrangeiro. Se a aplicação espacial da lei penal nacional é rigorosamente demarcada por sobre as fronteiras de cada Estado, e se a generalidade dos Estados aceita este princípio, está então descoberto o melhor caminho para que não se gerem conflitos internacionais – positivos ou negativos – de competência interestadual. (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*: parte geral. Coimbra: Coimbra editora, 2012. p. 209-210.)

entre outras), pressupõe o *consentimento* e a *cooperação* do Estado em que este esteja localizado, de maneira a resguardar a soberania e o respeito à territorialidade deste.

2.1. Os instrumentos tradicionais de cooperação judiciária internacional para a coleta de provas entre Estados soberanos

A criação de instrumentos de cooperação judiciária internacional surgiu, nesse contexto, para viabilizar o cumprimento de medidas executórias solicitadas por um Estado soberano em território de outro Estado, mediante a colaboração recíproca. Sobre o assunto, o Professor André de Carvalho RAMOS assim detalha:

na medida em que a jurisdição estatal encontra limites, em geral atrelados ao seu território, surge a necessidade do Estado contar com a colaboração dos demais para fazer valer suas decisões sobre pessoas, bens e condutas localizados ou realizados fora do seu território, no que se denomina cooperação jurídica internacional. Nesse sentido, a cooperação jurídica internacional consiste no conjunto de regras internacionais e nacionais que rege atos de colaboração entre Estados, ou mesmo entre Estados e organizações internacionais, com o objetivo de facilitar o acesso à justiça.²⁸²

Tradicionalmente, para a obtenção de provas no exterior, os Estados utilizam de instrumentos como cartas rogatórias ou auxílio judiciário direto mediante tratados de cooperação judiciária.

A carta rogatória é o instrumento mais comum e tradicional de cooperação internacional, por meio do qual um Estado, em regra, pelo seu Poder Judiciário, solicita a outro a execução de diligências, como produção probatória, comunicação de atos processuais e outras medidas em relação a bens e indivíduos localizados no território deste.²⁸³

Além disso, os Estados podem celebrar acordos de cooperação judiciária, bilaterais ou multilaterais, a fim de uniformizar procedimentos de auxílio judiciário direto, de modo a conferir maior celeridade na análise e no cumprimento das diligências entre suas jurisdições.

Os acordos bilaterais de mútua assistência judiciária, comumente conhecidos como *Mutual Legal Assistance Treaties* – MLATs, foram desenvolvidos com o fim de criar

²⁸² RAMOS, André De Carvalho. Obtenção de provas no exterior: para além da Lex fori e lex diligentiae. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 p. 685.

²⁸³ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação jurídica...*, p. 34.

procedimentos abreviados de assistência judiciária internacional em processos de investigação, inquéritos, ações penais e prevenções de crimes entre os Estados-Partes.

O procedimento de assistência por meio de MLATs, em regra, ocorre com base em pedidos formais entre as autoridades centrais, que variam em cada país.²⁸⁴ O Estado requerente deve descrever os fatos sob investigação, indicar as provas requeridas, as normas aplicáveis, instruir com documentos, além de demonstrar o motivo e a finalidade da prova.²⁸⁵ Seguido o procedimento, a autoridade do Estado requerido deve analisar a possibilidade de execução da medida dentro dos limites do seu ordenamento jurídico, no intuito de harmonizar as legislações.²⁸⁶

Por sua vez, como exemplo do modelo multilateral, pode-se citar a Convenção de Palermo, que em seu artigo 18.º prevê a utilização de pedido de auxílio judiciário para fins de coleta de provas, realização de buscas, apreensões e congelamentos, exames de objetos e de locais, fornecimento de informações, pareceres de peritos, entre outros, quando tais elementos estejam localizados no território de outro Estado.

Os citados instrumentos de cooperação judiciária internacional funcionam sem grandes dificuldades quando têm por objeto bens corpóreos ou indivíduos. Contudo, conforme será analisado no tópico abaixo, o ambiente digital coloca em xeque não apenas a atualidade daqueles, mas também a sua eficácia.

3. A (in)existência de fronteiras na *internet* e os desafios da cooperação judiciária para a obtenção de dados eletrônicos no combate aos crimes transnacionais

Assim como os demais aspectos da vida humana, o crime também passou a utilizar a tecnologia a seu favor e ganhou contornos transnacionais. O uso da *internet* não apenas

²⁸⁴ No Brasil, a autoridade central é o Ministério da Justiça e Segurança Pública, por meio do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, conforme artigo 14, Anexo I, do Decreto nº 9.662/2019. Em Portugal, a autoridade central é a Procuradoria-Geral da República, conforme L144/99 E Despacho nº 1246/2016.

²⁸⁵ Nos MLATs firmados com os Estados Unidos da América, exige-se a demonstração da "probable cause". No caso *Brinegar v. United States* (1949), a Suprema Corte norte-americana define probable cause como: "*where the facts and circumstances within the officers' knowledge, and of which they have reasonably trustworthy information, are sufficient in themselves to warrant a belief by a man of reasonable caution that a crime is being committed*". Essa garantia tem fundamento na Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América.

²⁸⁶ Resumo realizado com base na análise dos MLATs firmados pela República Federativa do Brasil, disponíveis em: <<https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal/acordos-internacionais>>, Acesso em :3/02/2021.

facilitou a organização e o crescimento de diversos crimes transnacionais, como deu lugar ao surgimento de *cibercrimes*²⁸⁷.

Os números relativos ao *cibercrime* representam bem o cenário descrito.

O relatório de crimes da *internet* de 2019 publicado pelo Departamento Federal de Investigação – FBI, em inglês, aponta que foram recebidas mais de 467.361 ocorrências pelo centro de denúncias de crimes da internet – IC3, que correspondem a mais de USD 3.5 bilhões de dólares em perdas para indivíduos e empresas.²⁸⁸

Por sua vez, o relatório da Organização Internacional de Polícia Criminal – INTERPOL sobre o *cibercrime* na região asiática aponta que a pandemia do COVID-19, ao mesmo passo em que engendrou uma aceleração na transformação digital de muitos Estados, também elevou o número de crimes tecnológicos.²⁸⁹ De acordo com os dados constantes no documento, o mercado de cartões cresceu 116%, passando de USD 880 milhões de dólares em 2019 para USD 1.9 bilhões de dólares em 2020.

No mesmo sentido, o relatório do Serviço Europeu de Polícia – EUROPOL de 2020 sobre crime organizado na *internet* indica um aumento dos números de *cibercrimes* durante a pandemia.²⁹⁰ De acordo com o relatório, os crimes de comércio e transmissão de *livestreaming* de abuso sexual infantil se tornaram mais populares durante a crise do COVID-19. Segundo o estudo, os vídeos mais populares na União Europeia foram produzidos nas Filipinas e na Romênia.

A investigação desses crimes e o rastreamento dos criminosos são tarefas difíceis para as autoridades estatais, uma vez que uma das principais fontes de provas de autoria e materialidade são os dados eletrônicos relacionados ao delito. As dificuldades podem ser resumidas em três características inerentes às provas digitais: i) o anonimato; ii) a transitoriedade, e iii) a fluidez.

A primeira barreira para a utilização das provas eletrônicas consiste na existência do anonimato, da criptografia e outros meios de camuflagem de identificação na *internet*. Até

287 Há diversas formas de ameaças digitais, tais quais o *phishing*, *ransomware*, *business email compromise (BEC)*, *card not present (CNP) fraud*, *Cybercrime as a Service (CaaS)*, entre outros que, de modo geral, visam à obtenção de dados para fins de fraudes financeiras. Além desses crimes patrimoniais, a *deep web* é usada para a prática de diversos crimes contra a honra e comércio de vídeos de conteúdo ilícito, como estupros, tortura, tráfico humano e exploração sexual infantil, inclusive por meio de *livestreaming*.

288 Cf. < https://www.ic3.gov/Media/PDF/AnnualReport/2019_IC3Report.pdf >. Acesso em 4/02/2021.

289 Cf. disponível no site < <https://www.interpol.int/News-and-Events/News/2021/INTERPOL-report-charts-top-cyberthreats-in-Southeast-Asia> >. Acesso 4/02/2021.

290 Cf. disponível no site: <<https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/internet-organised-crime-threat-assessment-iocta-2020>>. Acesso em 4/02/2021.

mesmo o produto do crime pode ser “blindado” de identificação pelo uso de *criptomoedas*, por exemplo.

A segunda dificuldade é verificada na velocidade de obtenção dessas provas. Isso porque, os dados eletrônicos normalmente são transitórios e possuem prazo de armazenagem curto (entre 90 e 180 dias). Por isso, eles precisam ser obtidos de forma ágil, sob pena de serem definitivamente perdidos.

O terceiro e mais complexo obstáculo reside no fato de que os dados eletrônicos são fluidos, isto é, eles podem ser armazenados em qualquer lugar do mundo, transitando livremente por várias jurisdições, sem enfrentar barreiras físicas.

Assim, no exercício das atividades policial e investigativa referentes a esses crimes, as autoridades legais constantemente enfrentam o desafio de obter acesso, tempestivamente, aos dados eletrônicos armazenados em território estrangeiro, muitas vezes, sob a guarda de uma empresa provedora de *internet* com sede no exterior.

Para dar um exemplo hipotético, imagine-se um vídeo de pornografia infantil cuja produção do conteúdo ilícito é feita nas Filipinas, mas o servidor no qual o vídeo é processado está sediado nos Estados Unidos da América, já o armazenamento dos dados é feito em um *data center* localizado no Panamá e o comprador, reside na Alemanha.

Nesse caso, a autoridade legal das Filipinas, local onde o crime é cometido, necessitaria obter acesso célere aos dados eletrônicos do vídeo para identificar os criminosos, promover o inquérito, a ação penal e exercer o *ius puniendi* estatal. Diante das características específicas dos dados eletrônicos, principalmente a sua fluidez, poderia a autoridade filipina acessá-los remotamente, sem invadir a jurisdição dos demais Estados envolvidos?

Essa é uma questão que, atualmente, tornou-se palco de muitos conflitos internacionais, conforme será desenvolvido nos tópicos seguintes.

3.1. Os desafios da delimitação de jurisdição dos dados eletrônicos

Alguns entusiastas, principalmente no início da era digital, defendiam que a *internet*, devido ao seu caráter global, seria um território totalmente livre e sem lei, pois não teria raízes em nenhum Estado.²⁹¹

²⁹¹ Alexandre Libório Dias PEREIRA faz interessante anotação a esse respeito: “À semelhança do big-bang, a internet formou-se caoticamente. Perante um estado de aparente anarquia em linha, os tecnólogos reivindicaram para si a soberania do ciberespaço com promessas de uma teia comunicativa livre de direito. A internet seria um verdadeiro “woodstock electrónico”, no qual tudo seria livremente partilhável. Os

Porém, essa ideia foi abandonada à medida em que a *internet*, paulatinamente, ampliou o seu papel na sociedade e passou a ser utilizada para diversos fins, inclusive para a prática de delitos. Não obstante, embora necessária, a intervenção do Estado enfrenta muitos obstáculos.²⁹²

Um dos grandes desafios para o direito internacional é a delimitação do exercício da jurisdição executiva sobre os dados disponíveis na *internet*, de modo a garantir o respeito à soberania e ao princípio da não ingerência entre os Estados. Isso porque, o critério da territorialidade, tradicionalmente aceito, não se aplica com facilidade ao ambiente digital. Deveras, ao contrário dos elementos físicos que, por sua própria natureza, possuem coordenadas precisas de latitude e longitude, os dados eletrônicos são fluidos e podem ser acessados a partir de qualquer lugar do planeta.

Em linhas gerais, há dúvidas significativas quanto ao exercício da jurisdição executiva pelo menos: i) no local onde os dados são acessados; ii) no local onde os dados são armazenados fisicamente; ou iii) no local da sede do provedor no qual os dados são armazenados.

No caso *Microsoft Inc. (Irlanda) vs. U.S. Department of Justice*, que será examinado na sequência, o governo norte-americano defendeu a aplicação do primeiro critério sob o fundamento de que o acesso remoto aos dados eletrônicos não ofenderia a soberania de outros Estados, já que não haveria intervenção física em seus territórios.

A aplicação do critério baseado no local do armazenamento físico dos dados (*data centers*, discos rígidos, fitas magnéticas etc.) foi adotado na Convenção sobre o Cibercrime do Conselho da Europa (2001).²⁹³

eventuais problemas seriam resolvidos segundo a máxima clarkiana “a resposta para a máquina está na máquina”, tendo em conta a segurança oferecida pelas tecnologias criptográficas. Os juristas não teriam lugar num tal mundo, desde logo por lhes faltar a competência: a internet não seria regida pela lei dos Estados mas antes pelos códigos dos informáticos. Na internet não existiria Estado com poder normalizador capaz de impor aos seus súbditos as suas leis através dos seus órgãos judiciários. Desde logo porque na internet não existiriam fronteiras territoriais. Na internet ninguém seria nacional de país algum, na internet ninguém teria domicílio em lugar algum.” (PEREIRA, Alexandre Libório Dias. A jurisdição na internet segundo o regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas). Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXVII, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2001, pp. 633-687).

²⁹² Neste sentido: “Cyberspace, heralded as the new frontier, offered the vision of a borderless space on which no nation’s Neil Armstrong would plant its flag. Although this virtual world without boundaries offered limitless possibilities, it also posed challenging legal problems.” (EARLE, Beverley; MADEK, Gerald A. International cyberspace: from borderless to balkanized? Georgia Journal of International and Comparative Law, v. 31, n. 2, p. 225-263, 2003).

²⁹³ Artigo 31.º dispõe: Uma Parte pode solicitar a outra Parte a busca ou outro acesso semelhante, a apreensão ou outro tipo de retenção semelhante, bem como a divulgação de dados armazenados através

Por outro lado, alguns juristas, a exemplo de Antenor MADRUGA²⁹⁴ e José Francisco REZEK,²⁹⁵ defendem a aplicação do critério da sede do provedor de serviços de *internet (SaaS)*, o qual seria o detentor do controle do acesso aos dados eletrônicos.

Ocorre que, em qualquer dos casos, é possível verificar lacunas capazes de gerar ruídos entre Estados soberanos.

Em primeiro lugar, o fato de poder ser acessado remotamente não afasta a aplicação dos princípios basilares do direito internacional, como o da soberania e o da não ingerência. Ao acessar unilateralmente os dados, sem o consentimento dos demais Estados envolvidos, a autoridade pode violar as regras internas daquelas jurisdições, sobretudo as normas de proteção de dados. Na União Europeia, por exemplo, vigora o Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD 2016/679, que possui regras rígidas de proteção de dados e limita as transferências de dados para Estados terceiros (Artigos 44.º a 49º).

No que se refere ao critério do armazenamento, apesar de parecer o mais seguro do ponto de vista da doutrina tradicional, ele não se adequa à realidade dos dados eletrônicos. Com efeito, os dados eletrônicos, formados por *bits*, não se submetem às leis da física, de modo que podem ser armazenados em qualquer lugar do planeta e transferidos de um lugar para outro em questão de segundos. E mais, os dados podem ser divididos em diversas partes²⁹⁶, cada uma delas armazenada em um lugar distinto²⁹⁷, além de poderem ser replicados²⁹⁸ e transmitidos em diversos lugares do mundo ao

de um sistema informático situado no território dessa outra Parte, incluindo os dados conservados em conformidade com o artigo 29.º

294 MADRUGA, Antenor; e FELDENS, Luciano. *Dados eletrônicos e cooperação internacional*. Brasil, Ministério Público Federal. Secretaria de Cooperação Internacional. Temas de cooperação internacional – 2 ed. Ver. E atual. – Brasília: MPF, 2016, p. 47-68.

295 REZEK, Francisco e GUIDI, Guilherme Berti de Campos. Jurisdição na era da internet: continências necessárias. *Revista dos Tribunais*, caderno especial, Cooperação Jurídica Internacional. Org. Fabrício Bertini Pasquot Polido, p. 133-150.

296 Sobre o assunto: “Techniques widely used in cloud computing, such as ‘sharding’ or ‘partitioning,’ mean that the data will likely be stored as fragments across a range of machines, logically linked and reassembled on demand, rather than as a contiguous data set.” (MORALES, Tony Morales. *Oracle Database VLDB and Partitioning Guide*, Oracle 1-2, July/2007.

297 No sistema de *cloud computing*, os dados normalmente são copiados e armazenados em mais de uma localidade, numa espécie de *back-up*, a fim de garantir que possam ser acessados, ainda que algum servidor apresente defeito.

298 Segundo IKEMATU, o objetivo de um mecanismo de replicação de dados é permitir a manutenção de várias cópias idênticas de um mesmo dado, em vários sistemas gerenciadores de banco de dados. Em suma, os dados são distribuídos para locais diferentes por meio de redes ou pela internet, formando um banco de dados distribuídos. (IKEMATU, Ricardo Shoití. *Gestão de metadados: sua evolução na tecnologia*

mesmo tempo. Em outras palavras, é possível afirmar que os dados eletrônicos não possuem endereço fixo, ou seja, são “multiterritoriais”²⁹⁹

Vale ressaltar que o usuário geralmente desconhece o local de armazenamento de dados, de tal modo que um *e-mail* enviado por um usuário na Itália para um destinatário na Índia, pode ser armazenado na China, sem que o cidadão italiano tenha qualquer relação com aquela jurisdição. Ou seja, trata-se de um critério que transferiria ao provedor de serviços de *internet* o poder de escolher, ao seu livre arbítrio, a jurisdição à qual se submeteria o tratamento dos dados.

Em estudo sobre o tema, Jennifer DASKAL aponta os motivos pelos quais o critério da territorialidade com base no local do armazenamento dos dados não se adequa perfeitamente ao ambiente digital:

After all, territorial-based dividing lines are premised on two key assumptions: that objects have an identifiable and stable location, either within the territory or without; and that location matters—that it is, and should be, determinative of the statutory and constitutional rules that apply. Data challenges both of these premises. First, the ease, speed, and unpredictability with which data flows across borders make its location an unstable and often arbitrary determinant of the rules that apply. Second, the physical disconnect between the location of data and the location of its user—with the user often having no idea where his or her data is stored at any given moment—undercuts the normative significance of data’s location.³⁰⁰

Por outro lado, a localização da sede do provedor de serviços de *internet* tampouco constitui um critério suficiente para delimitar a jurisdição dos dados eletrônicos. Em primeiro lugar, porque se trata de uma pessoa jurídica privada que figura como um terceiro na relação jurídica. Além disso, mais uma vez, aqui, a jurisdição decorreria de uma escolha arbitrária do provedor de serviços de *internet*, que poderia manipular o estabelecimento de sua sede em uma jurisdição de sua preferência. Assim, a adoção desse critério poderia

da informação. DataGramZero – Revista de Ciência da Informação – v.2 n.6, 2001.) Disponível em: <<http://hdl.handle.net/20.500.11959/brapci/5268>>. Acesso em: 7/03/2021.

299 ABREU, Jacqueline de Souza. Jurisdictional battles for digital evidence, MLAT reform, and the Brazilian experience. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, v. 55, n. 220, p. 233-257, out./dez. 2018.

300 DASKAL, Jennifer. The un-territoriality of data. *Yale Law Journal*, New Haven, CT, v. 125, n. 2, p. 326-599, Nov. 2015b.

gerar o desenvolvimento de *data heavens*, jurisdições com regras rígidas de sigilo, que podem ser usadas para “blindar” os dados e ocultar crimes.

Como se vê, o caráter “multiterritorial” dos dados eletrônicos desafia o critério da territorialidade. Dessa forma, no contexto atual, esse critério, por si só, não serve para definir os limites da jurisdição sobre os dados eletrônicos, o que tem gerado diversos conflitos de jurisdição, conforme será analisado abaixo.

3.2. A insuficiência dos instrumentos tradicionais de cooperação judiciária internacional e os conflitos de jurisdição internacional

Os instrumentos de cooperação judiciária internacional, por sua vez, não acompanharam a evolução tecnológica e a transnacionalização do crime, de modo a permitir que os Estados estivessem preparados para enfrentar o problema de forma eficiente e adequada.

De fato, os instrumentos tradicionais, que, regra geral, exigem procedimentos formais e burocráticos, são alvos de críticas por parte da doutrina e das autoridades judiciárias, sobretudo pela falta da celeridade necessária para a apreensão de dados eletrônicos.³⁰¹

Os requerimentos via MLATs que, como era de se esperar, tiveram um crescimento substancial no contexto atual, tornaram-se morosos, atingindo o tempo de resposta médio de 10 meses.³⁰² Além disso, em sua grande maioria, os MLATs foram celebrados antes da globalização da *internet* e não possuem regras específicas para a regulação de transmissão de dados eletrônicos. Não há definição de critérios de jurisdição e nem regras de proteção dos dados para garantir o respeito à privacidade dos cidadãos dos Estados-Partes.

Por tais razões, tornaram-se cada vez mais comuns os casos de autoridades legais que, por necessitarem com urgência dos dados eletrônicos - muitas vezes para coibir a prática de crimes graves - descartaram a via diplomática e buscaram meios alternativos para obterem os dados.

É indene de dúvidas que o Estado soberano tem direito de exercer o *ius puniendi* relativamente aos crimes cometidos em seu território, e para tanto, possui direito a obter as

301 Neste sentido: WOODS, Andrew K. *Data Beyond Borders: Mutual Legal Assistance in the Internet Era, Global Network Initiative* (January 27, 2015).

302 De acordo com estudos norte-americanos, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos, na última década, obteve um crescimento de 60% de pedidos de assistência judiciária internacional e o número de pedidos de acesso a dados eletrônicos aumentou em 10 vezes. (HILL. Jonah Force. *Problematic Alternatives: MLAT Reform for the digital age*, Harvard Law School National Security Journal, 2015.)

provas necessárias ao processamento da persecução penal. A controvérsia surge, porém, quando se observa que os meios alternativos utilizados pelas autoridades, em muitos casos, invadem a jurisdição de outros Estados soberanos e não asseguram os direitos e garantias dos indivíduos envolvidos.

Com efeito, os Estados têm adotado práticas unilaterais que conflitam com os princípios internacionais de soberania e não ingerência, como é o caso da vigilância internacional de dados e da promulgação de leis com efeitos extraterritoriais. Tais práticas podem, ainda, gerar violações recíprocas de dados entre os Estados soberanos e dão margem a que governos autoritários justifiquem o acesso aos dados de forma unilateral para fins de perseguição política e outros ataques aos direitos humanos.

Como será abaixo apresentado, os danos causados por essas práticas são notórios e não podem ser aceitos na ordem internacional.

3.2.1. A vigilância internacional e os meios obscuros de obtenção de dados

A história do direito internacional, desde os primórdios, registra casos de Estados que, excepcionalmente, ignoram os meios de cooperação internacional e adotam medidas executivas diretamente nos territórios de outros Estados.

José Francisco REZEK³⁰³ denomina essas situações de “aventuras marginais da Justiça” e traz alguns exemplos emblemáticos de abdução internacional. O mais conhecido deles é o do oficial nazista da SS, Adolf Eichmann, que foi sequestrado por agentes israelenses em Buenos Aires, no ano de 1960, sem conhecimento do governo argentino, para ser julgado, condenado e executado no Estado de Israel.

Na era da transformação digital, a novidade é que não é preciso embarcar em uma aeronave, atravessar fronteiras, e nem sequer utilizar de força para invadir a soberania de outro Estado.

Em 2013, as revelações de Edward SNOWDEN chocaram o mundo ao expor o sistema de vigilância internacional digital da Agência Central de Inteligência – CIA, e da Agência de Segurança – NSA, órgãos do governo norte-americano, em relação a cidadãos e governos de outros Estados sem o seu consentimento. Como relata o ex-agente da CIA em sua biografia,³⁰⁴ após o advento da *internet* e da transformação digital, se uma agência quiser ter acesso ao computador de um alvo, não é mais necessário o envio de um agente para coletar os dados fisicamente, como costumávamos assistir em cenas de filmes de ação. Hoje, basta que um agente envie uma mensagem ou um e-mail, com links que

³⁰³ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público...*, p. 210-211.

³⁰⁴ SNOWDEN, Edward. *Eterna vigilância*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2019.

liberam um *malware*³⁰⁵ no sistema que permite à agência vigiar não apenas o alvo, mas toda a sua rede.³⁰⁶

Além disso, algumas autoridades têm adotado a prática de solicitar diretamente a empresas transnacionais a apresentação de dados eletrônicos, ainda que armazenados ou controlados no exterior. A *Google*, a *Microsoft* e a *Facebook*, por exemplo, indicam que receberam, respectivamente, 103.822, 24.093 e 173.592 pedidos de dados de autoridades judiciárias apenas no período de janeiro a junho de 2020.³⁰⁷ Apesar de tais empresas afirmarem possuir padrões altos de preservação do sigilo de dados e privacidade de seus usuários, a colaboração direta com a autoridade judiciária de um Estado dribla os acordos internacionais e cooperação judiciária e pode violar as normas penais ou de proteção de dados existentes em outros Estados envolvidos.³⁰⁸

3.2.2. A criação de normas extraterritoriais para obtenção de dados de forma unilateral

Outro sintoma da insuficiência dos mecanismos tradicionais de cooperação judiciária internacional é criação de normas extraterritoriais pelos Estados, para autorizar ou obrigar a coleta de dados eletrônicos no exterior sem a necessidade de colaboração dos Estados envolvidos.

É o caso da alteração levada a efeito em 2008 no *Foreign Intelligence Surveillance Act - FISA (Section 702)*, dos Estados Unidos da América, por meio do *Fisa Amendments Act of 2008 (FAA)*, que autorizou o governo norte-americano a vigiar pessoas fora do seu

305 Espécie de vírus eletrônico.

306 Ibid. p. 180.

307 As informações estão disponíveis em <https://www.google.com/transparencyreport/userdatarequests/BR/>, <https://www.microsoft.com/about/csr/transparencyhub/lerr/>, <https://govtrequests.facebook.com/>, respectivamente. Acesso em 09/02/2021.

308 Exemplo disso é o caso da investigação do doleiro Alberto Youssef no âmbito da operação Lava Jato, conduzida pela Polícia Federal do Brasil, na qual, segundo a imprensa, a autoridade policial celebrou acordo com a empresa canadense "Research in Motion", fabricante do celular Blackberry, por meio do qual obteve acesso ao conteúdo das mensagens enviadas pelo doleiro Alberto Youssef. Ver BORBA, Julia; NERY, Natuza, "PF quer instalar vírus em telefone grampeado para copiar informações", Folha De São Paulo, 27 de abril de 2015. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/04/1621459-pf-quer-instalar-virus-em-telefone-grampeado-para-copiar-informacoes.shtml> >. Acesso em 09.02.2021.

território sem uma ordem judicial, um mandado, apenas com fundamento na coleta de informações relevantes para a política externa e segurança nacional.³⁰⁹

No Brasil, a Lei Federal nº 12.965 (2014),³¹⁰ mais conhecida como Marco Civil da Internet, também pode produzir efeitos extraterritoriais, ao prever sua aplicação a qualquer operação de coleta, guarda e tratamento de dados, mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que oferte serviço ao público brasileiro ou algum integrante do grupo econômico possua estabelecimento no Brasil (Artigo 11).

A China recentemente editou uma nova norma de inteligência nacional (2017), por meio da qual estabelece que empresas, organizações e indivíduos estrangeiros que fazem negócios no País devem cooperar com o serviço de inteligência nacional, fornecendo todas as informações requisitadas pelas autoridades chinesas.³¹¹

O mais recente caso de norma extraterritorial em matéria de obtenção de dados é o *Cloud Act* norte-americano (2018),³¹² que também prevê a obrigação dos provedores de serviços de comunicação eletrônica de preservar e divulgar o conteúdo de uma comunicação, registro ou informação, independentemente de tais dados estarem localizados dentro ou fora dos Estados Unidos da América.

A coexistência de normas extraterritoriais é capaz de gerar diversos conflitos internacionais, tendo em vista não apenas as violações ao princípio da soberania, mas também em razão das diferenças existentes entre ordenamentos jurídicos em matéria de proteção de dados e garantias penais.³¹³

309 Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/110th-congress/house-bill/3773/text>>. Acesso em 09.02.2021.

310 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em 09.02.2021.

311 Sobre o assunto, ver: <https://www.lawfareblog.com/beijings-new-national-intelligence-law-defense-offense>. Acesso em 09/02/2021.

312 Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/4943/text>. Acesso em 09/02/2020.

313 O Parlamento Europeu apresentou proposta de resolução em que critica a Seção 702 do *FISA* e o *Cloud Act*, por considerar que violam os direitos fundamentais de proteção à de dados consagrados na Carta da União Europeia. A proposta insta a Comissão a tomar todas as medidas necessárias para assegurar que o escudo da proteção da privacidade respeite plenamente o Regulamento da União Europeia 2016/679 (RGPD). No mesmo sentido, a autoridade de proteção de dados da União Europeia – EDPS também afirmou que o *Cloud Act* conflita com as normas de proteção de dados do RGPD europeu e salientou a necessidade de um acordo internacional para tratar da transferência de dados eletrônicos, a fim de harmonizar as normas penais e de proteção de dados de ambas as jurisdições. Disponível em:

3.3.4. Casos paradigmas

Neste quadro, a coleta de dados eletrônicos se tornou palco de conflitos de jurisdição internacional. Enquanto o Estado onde o crime foi cometido busca exercer sua soberania por meio do *ius puniendi*, aquele(s) onde os dados estão armazenados ou são controlados, possuem o interesse de não terem suas jurisdições invadidas.

Abaixo serão brevemente analisados alguns casos que retratam os conflitos no âmbito internacional.

i) *Microsoft Inc. (Irlanda) vs. U.S. Department of Justice*

Em 2013, a Microsoft apresentou recurso contra um mandado de juiz norte-americano, expedido com base no Store Communications Act,³¹⁴ que determinou a entrega de dados eletrônicos de *e-mail* que estava hospedados no seu centro de dados localizado em Dublin, na Irlanda.³¹⁵

A empresa alegou que a ordem judicial violaria o princípio da territorialidade vigente no direito internacional e que o meio adequado para obter os dados eletrônicos solicitados seria a cooperação internacional, por meio do MLAT.

Por sua vez, o governo norte-americano sustentou, entre outras coisas, que a coleta dos dados eletrônicos não teria efeitos extraterritoriais, pois os dados podem ser obtidos pela sede da Microsoft nos Estados Unidos de forma remota.

A Corte Distrital rejeitou a argumentação da Microsoft, por considerar que a decisão judicial não possui efeitos extraterritoriais, uma vez que não criminaliza atos realizados fora

https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/19-07-10_edpb_edps_cloudact_coverletter_en.pdf.
Acesso em: 09/02/2021.

314 18 U.S. Code § 2703 - Required disclosure of customer communications or records.

315 O mandado solicitou os seguintes dados: "a)"The contents of all e-mails stored in the account, including copies of e-mails sent from the account"; (b)"All records or other information regarding the identification of the account," including, among other things, the name, physical address, telephone numbers, session times and durations, log-in IP addresses, and sources of payment associated with the account; (c)"All records or other information stored by an individual using the account, including address books, contact and buddy lists, pictures, and files"; and (d)" All records pertaining to communications between MSN[redacted] and any person regarding the account, including contacts with support services and records of actions taken."

do território americano, não envolve pessoa estrangeira e não requerer presença física de funcionários no local onde os dados estão armazenados. 316

Em sua intervenção no processo, o Governo da Irlanda expressou seu “interesse genuíno e legítimo sobre potenciais violações de seus direitos de soberania no que dizem respeito à sua jurisdição sobre seu território”.317

Na mesma linha, o Membro do Parlamento Europeu Jan Philipp Albrecht manifestou preocupação quanto à atuação unilateral do governo norte-americano, considerando que ofende os direitos de proteção de dados dos cidadãos europeus, e defendeu a utilização do MLAT como meio de cooperação internacional.318

A Corte de Apelação reverteu o julgamento, sob o fundamento de que o mandado de busca e apreensão somente pode alcançar dados armazenados dentro do território dos Estados Unidos.:

The information sought in this case is the content of the electronic communications of a Microsoft customer. The content to be seized is stored in Dublin. [...] Because the content subject to the Warrant is located in, and would be seized from, the Dublin data center, the conduct that falls within the focus of the SCA would occur outside the United States, regardless of the customer’s location and regardless of Microsoft’s home in the United States.” 319

O caso foi submetido à Suprema Corte norte-americana. Porém, com a entrada em vigor do *Cloud Act* em 2018, o qual expressamente autoriza a coleta de dados armazenados em outras jurisdições, foi declarada a impossibilidade ou inutilidade da lide, e a devolução do processo à Corte de origem.

ii) *ADC 51: ASSESPRO Nacional vs. Presidente da República do Brasil*

316 UNITED STATES, District Court for the Southern District of New York. Warrant to Search n. 13-MAG-2814; M9-150. Appellant: Microsoft Corporation. Appellee: United States. Government Printing Office, New York, Sept. 4, 2014a. (2014), p. 475. Apud ABREU, Jacqueline de Souza. *Jurisdictional battles for digital evidence, MLAT reform, and the Brazilian experience*. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 220, p. 233-257, out./dez. 2018.

317 U.S. COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT – Brief of Amicus Curiae Ireland, as Amici Curiae Supporting Appellant (2017), p. 3.

318 U.S. COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT, Brief of Amicus Curiae Jan Philipp Albrecht, Member of The European Parliament, as Amici Curiae Supporting Appellant (2018), p. 19.

319 U.S. COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT. Microsoft v. USA (2015).

A Federação das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação – ASSESPRO ingressou com uma Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal brasileiro³²⁰, em que pede o reconhecimento da constitucionalidade do acordo de cooperação jurídica internacional (MLAT) firmado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América.

Em síntese, a ação foi motivada pela recorrência de diversas decisões judiciais de tribunais brasileiros em que a aplicação do MLAT é dispensada para fins de obtenção de dados eletrônicos armazenados nos Estados Unidos, apenas pelo fato de existir uma empresa subsidiária no território brasileiro.³²¹

O raciocínio empregado pelas Cortes brasileiras é o de que a exigência de uso do MLAT constitui afronta à soberania brasileira, por submeter o exercício do *ius puniendi* estatal à via diplomática. O trecho do voto da Ministra do Superior Tribunal de Justiça brasileiro Laurita Vaz no julgamento do Inquérito 784/DF resume a controvérsia:

[...] o fato de esses dados estarem armazenados em qualquer outra parte do mundo não os transforma em material de prova estrangeiro, a ensejar a necessidade da utilização de canais diplomáticos para transferência desses dados [...] remeter o Poder Judiciário Brasileiro à via diplomática para obter dados é afrontar a soberania nacional, sujeitando o Poder Estatal à inaceitável tentativa da empresa em questão de se sobrepor às leis pátrias por meio de estratégias de política empresarial, sabe-se lá com qual intenção.³²²

O Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça brasileiro prestou informações e assinalou que a restrição à obtenção

320 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de constitucionalidade n. 51/ DF. Requerente: Federação das Associações das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação. Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 6 abr. 2018..

321 Neste sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 63200-PR, Recorrente: V. M. DO B I L. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator Ministr Félix Fisher, Quinta Turma, julgado em 06/10/2020; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 44892-SP 2014/0020978-7, Recorrente: Microsoft Informática Ltda. Recorrido: Ministério Público Federal, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em: 05/04/2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 46.685-MT 2014/0254825-8, Recorrente: Microsoft Informática Ltda. Recorrido: Ministério Público Federal, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em: 03/10/2017;

322 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Inquérito n. 784/DF. Requerente: J. P. Requerido: E. A. Relatora: Min. Laurita Vaz. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 28 ago. 2013.

de dados acarretará forte limitação aos instrumentos de investigação no combate à criminalidade.

Na mesma linha, o Ministério Público Federal brasileiro apontou as dificuldades práticas na obtenção de dados eletrônicos por meio dos MLATs, e afirma que o instrumento não se mostra adequado e eficiente para a produção de provas eletrônicas, seja pela demora intrínseca do procedimento, seja pelas limitações impostas pela legislação norte-americana.

Diversos provedores de serviços de *internet* e outras organizações da área de tecnologia, solicitaram ingresso no feito como *amicus curiae* a fim de colaborar com o julgamento do caso, que irá servir de norte para a atuação do governo brasileiro em casos que envolvam o acesso de dados eletrônicos.

3.3. O outro lado da moeda: a possibilidade de criação de *data heavens*

Como já exposto, a globalização e a ascensão da *internet* anularam as distâncias espaciais/temporais e romperam as fronteiras estatais, tornando as relações pessoais e econômicas transnacionais.

Ocorre que, enquanto as leis da economia se tornaram globais, as ordens jurídicas permaneceram locais.³²³

De fato, o rompimento das barreiras espaciais para o capital não foi acompanhado, na mesma velocidade e na mesma medida, pela integração da ordem jurídica internacional. A globalização permitiu, assim, que ao mesmo tempo em que as fronteiras sejam ignoradas para a circulação do capital, elas sejam intensamente utilizadas para “proteger” o capital de ordens locais consideradas “incômodas” pelos seus detentores.

No direito fiscal, por exemplo, é bastante conhecida a figura dos “paraísos fiscais”, jurisdições que possuem cargas tributárias muito baixas ou nulas e, geralmente, têm legislações que flexibilizam a criação de empresas e garantem o sigilo fiscal e

³²³ Zygmund BAUMAN chama a atenção para a existência desse paradoxo: “Por fim, mas não menos importante, há essa tremenda vantagem de que desfruta a nova elite global ao enfrentar os guardiães da ordem: as ordens são locais, ao passo que a elite e as leis do livre mercado a que obedece são translocais. Se os guardiães de uma ordem local tornam-se intrometidos e infames demais, há sempre a possibilidade de apelar às leis globais para mudar os conceitos locais de ordem e as regras locais do jogo. E, claro, há a possibilidade de se mudar se as coisas em nível local ficam quentes demais e incômodas; a ‘globalidade’ da elite significa mobilidade e mobilidade significa capacidade de escapar, de fugir.” (BAUMAN, Zygmunt. *Globalização...*, p. 127)

empresarial.³²⁴ O mesmo ocorre para o crime de lavagem (ou branqueamento) de capital, uma vez que a garantia de anonimato favorece a prática desse ilícito.

No mesmo sentido, a fluidez dos dados eletrônicos permite que eles sejam transferidos com facilidade para jurisdições que ofertem legislações mais rígidas de sigilo de dados, seja apenas o seu armazenamento ou a instituição da sede do provedor. Assim, os “paraísos de dados” podem acobertar crimes transnacionais, funcionando como barreiras para a obtenção desses dados por outros Estados.

Neste ponto, importante salientar que o exercício do *ius puniendi* pelo Estado também constitui manifestação da soberania, de modo que a sua frustração injustificada por outras jurisdições também não pode ser admitida pelo direito internacional. Trata-se, portanto, de mais um aspecto capaz de gerar conflitos internacionais.

Cabe, assim, ao direito internacional criar mecanismos de integração e cooperação entre os Estados para evitar que a soberania seja usada de forma abusiva, com a finalidade frustrar a prevenção e o combate aos crimes de natureza transnacional.

4. A cooperação como solução: a necessidade de repensar os instrumentos de cooperação internacional para adaptá-los ao ambiente digital;

No atual contexto de internacionalização cada vez mais acentuada dos crimes realizados pela *internet*, surge a necessidade de integração e colaboração intensiva entre as autoridades judiciárias internacionais, para combater eficazmente essa criminalidade transnacional.

Ante a insuficiência dos instrumentos atuais, alguns critérios alternativos de jurisdição vêm sendo propostos, a fim de evitar ou solucionar possíveis conflitos de jurisdição. Apesar de não ser o objetivo deste trabalho, pode-se citar, por exemplo, a definição baseada na natureza do crime e na personalidade passiva, entre outros.

Independentemente do critério de jurisdição eleito, o que demanda a atenção do direito internacional público é a eliminação do atual estágio de indefinição e ineficiência que leva os Estados a adotarem medidas unilaterais em nome da segurança nacional. E a principal alavanca para a superação desse estágio não é outra senão a via dos tratados

³²⁴ De acordo com o relatório do Fundo Monetário Internacional divulgado em 2019, o prejuízo anual coletivo causado pelos “paraísos fiscais” é de aproximadamente U\$ 600 bilhões de dólares. Ver: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2019/09/pdf/tackling-global-tax-havens-shaxon.pdf>. Acesso em: 11/02/2021.

internacionais, no âmbito dos quais os Estados soberanos, dotados de independência e igualdade, poderão definir os critérios de jurisdição aplicáveis em suas relações e harmonizar os seus ordenamentos jurídicos.

Neste sentido, como observa Anabela RODRIGUES e José MOTA:

Enquanto os Estados não se concertarem para estabelecerem, pelo menos, formas de cooperação ao nível da política criminal, as leis penais dos Estados vão continuar a ser violadas impunemente. 'A soberania da lei' 'começa a reconhecer-se – 'não pode ser restaurada senão a um nível superior ao dos Estados. 325

Assim, seja por meio de novas Convenções internacionais ou pela reforma dos MLATs, os Estados precisam enfrentar esses desafios conjuntamente, a fim de criar mecanismos que facilitem o acesso célere aos dados eletrônicos transnacionais e, ao mesmo tempo, respeitem os interesses soberanos das demais jurisdições.

Em relação aos tratados multilaterais, pode-se citar a Convenção de Cibercrime (Convenção de Budapeste) como modelo, na qual os Estados definiram um critério de jurisdição e convencionaram um mecanismo de assistência judiciária mais célere e fácil para o compartilhamento de dados eletrônicos relacionados ao *cibercrime*.

Por sua vez, a reforma do MLAT, como assevera Jonah HILL, envolve diversos fatores: i) aumentar o financiamento para custear os processos de MLAT; ii) editar regras e orientações para solicitações diretas de dados; iii) criar fluxos uniformes e mais eficientes para os processos de MLAT; iv) adotar interpretações uniformes para solicitações de dados; v) renegociar os MLATs existentes para adequá-los ao ambiente digital.³²⁶

Neste sentido, a recente edição do *Cloud Act*³²⁷ pelos Estados Unidos incorporou em parte essas propostas, ao criar um instrumento de assistência judiciária simplificado para os Estados que se qualifiquem nas regras de proteção de dados eletrônicos.

Há, ainda, um notório crescimento do engajamento internacional para a prevenção e o combate aos crimes transnacionais, por meio de organismos internacionais formais, como a *Rede 24/7 High Tech Crime Network* implementada pelo G-8 no âmbito da Organização dos Estados Americanos - OEA, as unidades especializadas da ONU e da

325 RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luís Lopes da. Para uma Política Criminal Europeia..., p. 38.

326 HILL, Jonah Force. *Problematic Alternatives: MLAT Reform for the digital age*, Harvard Law School National Security Journal, 2015.

327 Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/4943/text>. Acesso em 09/02/2020.

Interpol; e organizações informais, como a Financial Action Task Force – FATF,³²⁸ o Egmont Group.³²⁹

No âmbito da União Europeia, pelas peculiaridades da comunidade, desenvolveram-se diversos mecanismos de integração que formam uma rede de cooperação policial e judiciária, dentre os quais se destacam a Eurojust – Unidade Europeia de Cooperação Judiciária,³³⁰ a Europol – Serviço Europeu de Polícia ³³¹, e a Rede Judiciária Europeia.³³²

Para além desses modelos, constata-se o desenvolvimento atual de meios de assistência judiciária informais,³³³ que são estabelecidas diretamente entre as autoridades legais sem a intervenção da via diplomática, a partir da comunicação entre órgãos administrativos (promotorias, agências fiscalizadoras, autoridades fiscais, entre outros)³³⁴.

Por outro lado, Jennifer DASKAL e Andrew WOODS³³⁵ observam que a criação de mecanismos mais céleres e diretos de acesso aos dados eletrônicos entre os Estados, embora necessária e desejável, não pode atropelar os direitos humanos e as garantias processuais. Se, por um lado, é necessário facilitar o acesso aos dados eletrônicos pelas autoridades legais, para garantir o exercício do *ius puniendi* e a efetividade das medidas de prevenção e combate ao crime transnacional, por outro, é igualmente relevante que isso seja acompanhado de regras de controle de uso e proteção dos dados. Não

328 Para mais informações, visitar: <https://www.fatf-gafi.org/>.

329 Para mais informações, visitar: < <https://egmontgroup.org/en> >.

330 Cf. prevista no Artigo 69.º-D do Tratado de Lisboa e tem como missão: “apoiar e reforçar a coordenação e a cooperação entre as autoridades nacionais competentes para a investigação e o exercício da acção penal em matéria de criminalidade grave que afecte dois ou mais Estados-Membros ou que exija o exercício de uma acção penal assente em bases comuns, com base nas operações conduzidas e nas informações transmitidas pelas autoridades dos Estados-Membros e pela Europol.”

331 Cf. o artigo 69.º-G do Tratado de Lisboa e tem como missão: “apoiar e reforçar a acção das autoridades policiais e dos outros serviços responsáveis pela aplicação da lei dos Estados-Membros, bem como a cooperação entre essas autoridades na prevenção das formas graves de criminalidade que afectem dois ou mais Estados-Membros, do terrorismo e das formas de criminalidade lesivas de um interesse comum que seja objecto de uma política da União, bem como no combate contra esses fenómenos.”

332 Criada pela Decisão 2001/470/CE do Conselho de 28 de maio de 2001, congrega as autoridades nacionais responsáveis por apoiar os tribunais locais e facilitar a cooperação judiciária entre Estados.

333 SOUZA, Carolina Yumi de. Desafios da coleta de evidências digitais e a cooperação jurídica internacional para acesso a dados: visão prática *In*: ANTONIALLI, Denny; ABREU, Jacqueline de Souza (ed.). Direitos fundamentais e processo penal na era digital. São Paulo: InternetLab, 2018, p. 160-175.

334 Nesta linha, por exemplo, foi criada em 2018 a Associação Latino-Americana de Advocacias e Procuradorias de Estado - ALAP, como mecanismo interinstitucional de cooperação entre os partícipes.

335 DASKAL, Jennifer; WOODS, Andrew Keane. Cross-Border Data Requests: A Proposed Framework.

se pode permitir, por exemplo, que esses mecanismos sejam usados de forma abusiva, para fins perseguição de adversários políticos.

Os Estados necessitam, portanto, enfrentar conjuntamente o desafio de encontrar um equilíbrio entre a garantia da segurança nacional, o respeito à soberania de todos os Estados envolvidos, e a proteção dos direitos humanos.

5. Considerações finais

A *internet* alterou as configurações de praticamente todos os aspectos da vida humana e hoje está presente no cotidiano, seja nas redes sociais, no ensino à distância, nas transações bancárias, etc.

Com isso, a necessidade da presença física se tornou cada vez mais restrita, o que favoreceu a globalização das relações sociais, econômicas, financeiras e políticas. Hoje, não causa nenhum espanto que um indivíduo de nacionalidade brasileira possua conta em um banco digital com sede na Alemanha, utilize um aplicativo mexicano para serviços de *delivery* e estude *online* numa universidade portuguesa, tudo isso sem precisar sair de casa.

Essa transnacionalização, porém, foi também utilizada com grande sucesso pelo crime organizado internacional, que além de intensificar os crimes transnacionais já conhecidos (tráfico internacional de drogas, tráfico de seres humanos, crimes financeiros), desenvolveu novas modalidades de crimes cometidos na *internet*, os conhecidos *cibercrimes*.

Trata-se de um fenômeno complexo que exige celeridade e cooperação entre os Estados, os quais precisam se adaptar para não apenas localizar os criminosos e puni-los adequadamente, mas para se anteciparem a fim de prevenir a execução dos crimes. Ocorre que, conforme demonstrado ao longo desse trabalho, o acesso célere a dados eletrônicos para fins de investigação, produção de provas e combate a essa criminalidade, encontra alguns obstáculos.

O caráter "multiterritorial" dos dados eletrônicos dificulta a definição da jurisdição internacional para a busca e apreensão desses dados. Além disso, observa-se um descompasso entre a evolução da globalização e do crime transnacional decorrente da *internet* e os mecanismos de cooperação judiciária internacional para a transferência de dados eletrônicos.

Diante disso, em nome da segurança nacional, muitos Estados adotaram medidas unilaterais de natureza extraterritorial que, além de violarem a soberania de outros Estados envolvidos, não asseguram a proteção de direitos humanos. Por outro lado, as fronteiras e os limites de jurisdição não podem ser utilizados abusivamente como barreiras de proteção

para garantir a impunidade dos crimes cometidos, como já ocorre em grande proporção nos crimes fiscais.

Sem a pretensão de esgotar o tema, o trabalho buscou indicar propostas de soluções para os conflitos de jurisdição envolvendo a transmissão de dados eletrônicos. No centro de todas as propostas se encontra o engajamento e a colaboração dos Estados soberanos de modo a criar critérios e mecanismos elaborados multilateralmente e aceitos pela comunidade internacional.

Ficou claro que a superação da situação atual de indefinição de jurisdição e de morosidade na obtenção de dados eletrônicos não é resolvida por meios unilaterais que promovem a balcanização da *internet*, a violação à soberania dos Estados e aos direitos humanos.

O combate eficaz dos crimes transnacionais perpassa por soluções multilaterais, que facilitem o acesso aos dados eletrônicos, mas também assegurem o respeito à soberania e a proteção de direitos humanos.

Na era da “compressão tempo/espço”, os Estados precisam apostar em meios de integração e colaboração internacionais, a fim acompanhar a transnacionalidade da vida humana e combater eficazmente o crime organizado.

Referências bibliográficas

ABREU, Jacqueline de Souza. *Jurisdictional battles for digital evidence, MLAT reform, and the Brazilian experience. Conflitos de jurisdição por provas digitais, reforma da cooperação judiciária internacional, e a experiência brasileira*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 55, n. 220, p. 233-257, 2018. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p233.pdf.

_____. *Obtenção de evidências digitais: quando são necessários pedidos de cooperação internacional?* In: ANTONIALLI, Denny; ABREU, Jacqueline de Souza (Ed.). Direitos fundamentais e processo penal na era digital. São Paulo: InternetLab, 2018, p. 149-157. Disponível em: http://www.internetlab.org.br/wpcontent/uploads/2018/08/DIGITAL_InternetLAB_DUPLA.pdf;

_____; ANTONIALLI, Denny. *Vigilância sobre as comunicações no Brasil: interceptações, quebras de sigilo, infiltrações e seus limites constitucionais*. São Paulo: InternetLab, 2017;

ALMEIDA, Francisco Ferreira de. *Direito Internacional Público*. Coimbra Editora, 2003;

ANG, Peng Hwa; PANG, Natalie. *Globalização da Internet, soberania ou democracia: o trilema do Fórum de Governança da Internet*. Revista de Direito, Estado e Telecomunicações, Brasília, v. 6, n. 1, p. 45-62, 2014. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDET/article/view/21549/19865>;

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 1999.

_____. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001;

BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*. São Paulo: Saraiva, 2011;

DASKAL, Jennifer. *The un-territoriality of data*. *Yale Law Journal*, New Haven, CT, v. 125, n. 2, p. 326-599, Nov. 2015.

_____; WOODS, Andrew Keane. *Cross-Border Data Requests: A Proposed Framework*, 2015. Disponível em: <https://www.lawfareblog.com/cross-border-data-requests-proposed-framework>;

EARLE, Beverley; MADEK, Gerald A. *International cyberspace: from borderless to balkanized?*. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, v. 31, n. 2, p. 225-263, 2003;

EUROPOL. European Union Agency for Law Enforcement Cooperation. *Internet Organised Crime Threat Assessment (IOCTA) 2020*. Disponível em: <https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/internet-organised-crime-threat-assessment-iocta-2020>>;

FBI. Federal Bureau of Investigation. *Internet Crime Report*, 2019. Disponível em: https://www.ic3.gov/Media/PDF/AnnualReport/2019_IC3Report.pdf>;

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*: parte geral. Coimbra: Coimbra editora, 2012.

HILL. Jonah Force. *Problematic Alternatives: MLAT Reform for the digital age*, Harvard Law School National Security Journal, 2015. Disponível em: <https://harvardnsj.org/2015/01/problematic-alternatives-mlat-reform-for-the-digital-age/>>;

INTERPOL. *ASEAN Cyberthreat Assessment 2021*. Disponível em: <https://www.interpol.int/News-and-Events/News/2021/INTERPOL-report-charts-top-cyberthreats-in-Southeast-Asia>>;

MADRUGA, Antenor; e FELDENS, Luciano. *Dados eletrônicos e cooperação internacional*. Brasil, Ministério Público Federal. Secretaria de Cooperação Internacional. Temas de cooperação internacional – 2 ed. Ver. E atual. – Brasília: MPF, 2016, p. 47-68.

NOJEIM, Greg. *Reforma do sistema MLAT entre privacidade e eficiência: os dilemas do acesso transnacional a dados de Usuários*. In: ANTONIALLI, Dennys; ABREU, Jacqueline de Souza (Ed.). *Direitos fundamentais e processo penal na era digital*. São Paulo: InternetLab, 2018, p. 177-200. Disponível em: <http://www.internetlab.org.br/wpcontent/uploads/2018/08/DIGITAL_InternetLAB_DUPLA.pdf>

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *A jurisdição na internet segundo o regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)*. Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXVII, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2001, pp. 633-687. Disponível em: <<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/28775/1/A%20JURISDI%c3%87%c3%83O%20NA%20INTERNET.pdf>>.

RAMOS, André De Carvalho. *Obtenção de provas no exterior: para além da Lex fori e lex diligentiae*. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 2, 2015.

REZEK, Francisco e GUIDI, Guilherme Berti de Campos. *Jurisdição na era da internet: continências necessárias*. Revista dos Tribunais, caderno especial, Cooperação Jurídica Internacional. Org. Fabrício Bertini Pasquot Polido, p. 133-150;

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*, 17. Ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

RODRIGUES, Anabela Miranda; e MOTA, José Luís Lopes da. *Para uma Política Criminal Europeia*. Quadro e instrumentos jurídicos de cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia, Coimbra Editora, 2002;

SERGL, Marcos Júlio; CUNHA, Grace. *A relação entre o indivíduo pós-moderno, o consumo e a internet das coisas*. Revista de Tecnologia e Sociedade, v. 16, n. 39, 2020, p. 42-56. Disponível em: < <https://periodicos.utfpr.edu.br/rts/article/view/8747/6901>>;

SHAW, Malcolm N. *International Law*. 3 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 9ª ed., 2021.

SNOWDEN, Edward. *Eterna vigilância*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2019.

SOUZA, Carolina Yumi de. *Desafios da coleta de evidências digitais e a cooperação jurídica internacional para acesso a dados: visão prática*. In: ANTONIALLI, Dennys; ABREU,

Jacqueline de Souza (ed.). *Direitos fundamentais e processo penal na era digital*. São Paulo: InternetLab, 2018, p. 160-175

TANNER, Murray Scot. *Beijing's New National Intelligence Law*. From Defense to Offense, 2017. Disponível em: <<https://www.lawfareblog.com/beijings-new-national-intelligence-law-defense-offense>>;

TREMBLAY, Gaetan. *De Marshall McLuhan a Harold Innis ou da Aldeia Global ao Império Mundial*. Revista FAMECOS, Porto Alegre, n. 22, 2003, p. 13-23. Disponível em: <<https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/view/3228/2492>>;

TRIUNFANTE, Luís de Lemos. *Cooperação Judicial em matéria penal: objetivos, dificuldades e o modelo português*. Revista Julgar, n. 13, 2011, Coimbra Editora, p. 58- 71; Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/057-071-Coopera%C3%A7%C3%A3o-penal.pdf>;

WOODS, Andrew K. *Data Beyond Borders: Mutual Legal Assistance in the Internet Era*, Global Network Initiative, 2015, <https://globalnetworkinitiative.org/sites/default/files/GNI%20MLAT%20Report.pdf>.>;

Legislação e Jurisprudência

BRASIL. Lei Federal n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, 24 de abril de 2014;

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional*, Nova Iorque, 15 de novembro de 2000. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convenc_ao_nu_criminalidade_organizada_transnacional.pdf>;

_____. *Convenção sobre o Cibercrime*, Budapeste, 23 de novembro de 2001. Disponível em: < <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2009/09/17900/0635406378.pdf>>

UNITED STATES. House of Representatives. H.R.3773 — 110th Congress (2007-2008). *Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978 Amendments Act of 2008*. Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/110th-congress/house-bill/3773/text>>;

_____. House of Representatives. H.R.4943 — 115th Congress (2017-2018). *CLOUD Act*. Disponível em: < <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/4943/text>> ;

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Proposta de resolução B8-0305/2018. Resolução do Parlamento Europeu sobre o nível de proteção adequado assegurado pelo escudo de proteção da privacidade UE-EUA (2018/2645(RSP)). Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/4943/text>>;

_____. Parlamento Europeu e Conselho da Europa. Regulamento da União Europeia 2016/679. Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679>>.

_____. Tratado de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia (2007/C 306/01). Disponível em:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=PT>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Inquérito n. 784/DF. Requerente: J. P. Requerido: E. A. Relatora: Min. Laurita Vaz. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 28 agosto de 2013;

_____, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 44892-SP 2014/0020978-7, Recorrente: Microsoft Informática Ltda. Recorrido: Ministério Público Federal, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em: 05/04/2016;

_____. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 46.685-MT 2014/0254825-8, Recorrente: Microsoft Informática Ltda. Recorrido: Ministério Público Federal, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em: 03/10/2017;

_____. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 63200-PR, Recorrente: V. M. DO B I L. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator Ministr Félix Fisher, Quinta Turma, julgado em 06/10/2020;

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de constitucionalidade n. 51/ DF. Requerente: Federação das Associações das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação. Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 6 abr. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5320379>>. Acesso em: 10.02.2021.

UNITED STATES. District Court for the Southern District of New York. Warrant to Search n. 13-MAG-2814; M9-150. Appellant: Microsoft Corporation. Appellee: United States. Government Printing Office, New York, Sept. 4, 2014a. (2014), p. 475. Apud ABREU, Jacqueline de Souza. *Jurisdictional battles for digital evidence, MLAT reform, and the*

Brazilian experience. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 220, p. 233-257, out./dez. 2018.

_____. U.S. COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT. Microsoft v. USA (2015). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/14-2985/14-2985-2016-07-14.html>. Acesso em: 10.02.2021.

_____. U.S. COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT – Brief of Amicus Curiae Ireland, as Amici Curiae Supporting Appellant (2017), p. 3. Disponível em < https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-2/28328/20180118155453076_17-2%20bsac%20Jan%20Philipp%20Albrecht.pdf > Acesso em 02/03/2021.

_____. U.S. COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT, Brief of Amicus Curiae Jan Philipp Albrecht, Member of The European Parliament, as Amici Curiae Supporting Appellant (2018), p. 24. Disponível em < https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-2/28328/20180118155453076_17-2%20bsac%20Jan%20Philipp%20Albrecht.pdf > Acesso em 02/03/2021.

INICIATIVA PRIVATIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO NO PROCESSO LEGISLATIVO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

RAUL QUEIROZ DE MENEZES: Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife da UFPE, Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes, Advogado e ocupante do cargo efetivo de Agente Legislativo da Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco, onde assessora a Comissão de Constituição, Legislação e Justiça.

RESUMO: O presente artigo faz uma análise sobre alguns aspectos da reserva de iniciativa do chefe do Poder Executivo para deflagrar o processo legislativo em determinadas matérias, sobretudo em relação a projetos que versem sobre matéria tributária ou aumento da despesa pública. O autor toma por base discussões travadas no exercício de sua atividade profissional (é Agente Legislativo com atribuição de assessoramento da Comissão de Constituição, Legislação e Justiça da ALEPE), e analisa a viabilidade ou não de projetos de lei de iniciativa de parlamentares tratarem sobre certas matérias, como as acima citadas.

Palavras-chave: Separação de Poderes. Reserva de iniciativa para iniciar o processo legislativo. Princípio da Simetria. Matéria Tributária. Aumento de despesa em projeto de iniciativa parlamentar.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo é fruto de pesquisa realizada na área do Direito Constitucional, com análise centrada na separação de poderes e na extensão da reserva de iniciativa garantida ao Chefe do Poder Executivo para determinados assuntos, mormente no que se trata de projetos que envolvam matéria tributária e aumento de despesa pública.

O autor teve contato mais aprofundado com o tema em virtude de sua atuação profissional, já que ocupa o cargo de Agente Legislativo na ALEPE, prestando assessoramento à Comissão de Constituição, Legislação e Justiça daquela casa. A Constituição do Estado de Pernambuco até o momento da elaboração do presente ensaio garante ao Governador do Estado a reserva de iniciativa para projetos que envolvesse matéria tributária e também aumento da despesa pública, em descompasso com a ordem constitucional vigente e com a jurisprudência do STF, conforme se demonstrará a seguir.

2. DESENVOLVIMENTO

Inicialmente, pertinente trazer à colação o texto da Constituição do Estado de Pernambuco em dispositivo que trata da reserva de iniciativa do Governador do Estado:

Art. 19. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador, ao Tribunal de Justiça, ao Tribunal de Contas, ao Procurador-Geral da Justiça, ao Defensor Público-Geral do Estado e aos cidadãos, nos casos e formas previstos nesta Constituição.

§ 1º É da competência privativa do Governador a iniciativa das leis que disponham sobre:

I - plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento e **matéria tributária;**

II - criação e extinção de cargos, funções, empregos públicos na administração direta, autárquica e fundacional, **ou aumento de despesa pública, no âmbito do Poder Executivo**

Em relação a reserva de iniciativa em si, cabe destacar que o artigo 61, § 1º, da CF/88 enumera competências reservadas de forma privativa ao Presidente da República em matéria de iniciativa para projetos de lei. O STF tem decidido, de forma reiterada, que tal reserva de iniciativa também deve ser garantida aos Governadores e Prefeitos, no âmbito dos Estados e Municípios. Aplica-se, no entender da Corte, o Princípio da Simetria nessa questão. Vejamos:

PROCESSO LEGISLATIVO – INICIATIVA. **Ao Chefe do Executivo estadual compete a iniciativa de projetos de lei versando estrutura administrativa, a teor dos artigos 61, § 1º, inciso II, alínea “e”, e 84, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal, aplicáveis, por simetria, às unidades federativas.** BENEFÍCIO – PARÂMETRO – SALÁRIO MÍNIMO – VINCULAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. É constitucional referência ao salário mínimo contida em norma de regência de benefício assistencial como a fixar valor unitário na data da edição da lei, vedada vinculação futura como mecanismo de indexação.³³⁶

Lei estadual que prevê a obrigação de identificação do usuário no fardamento, o fornecimento gratuito dos uniformes e a fiscalização do

³³⁶ ADI 4726, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-282 DIVULG 27-11-2020 PUBLIC 30-11-2020

cumprimento da Lei à Secretaria Estadual. **Vício de inconstitucionalidade formal dos arts. 3º, 4º e 6º da Lei estadual, por violarem o art. 84, inc. VI, a, e o art. 61, §1º, inc. II, e, ambos da CF/88.** Inconstitucionalidade, por arrastamento, dos art. 7º, 8º e 9º da Lei estadual. 4. Pedido da ação direta julgado parcialmente procedente, com a fixação da seguinte tese: "Padece de inconstitucionalidade formal lei de iniciativa parlamentar que disponha sobre atribuições de órgãos da Administração Pública (art. 61, § 1º, II, "e" e art. 84, VI, da Constituição Federal).³³⁷

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE³³⁸. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE RONDÔNIA. LIMITES SOBRE O NÚMERO DE SECRETARIAS DE GOVERNO E RESPECTIVOS CARGOS. INADMISSIBILIDADE. VÍCIO DE INICIATIVA. 1. Os Estados-membros, na elaboração de seu processo legislativo, não podem afastar-se do modelo federal ao qual devem sujeitar-se obrigatoriamente (...)

Acontece que, a única menção a "matéria tributária" existente no art. 61 da CF encontra-se no seguinte dispositivo:

"b) organização administrativa e judiciária, **matéria tributária e orçamentária**, serviços públicos e pessoal **da administração dos Territórios**;"

Analisando o dispositivo, e partindo da premissa de que normas restritivas, como as do artigo 61, devem ser interpretadas restritivamente, o STF já se posicionou no sentido de que a reserva de iniciativa ao Chefe do Executivo para tratar sobre matéria tributária somente é aplicável nos Territórios Federais, de forma que, no âmbito da União, e, conseqüentemente, dos Estados e Municípios, não há reserva para que apenas o Chefe do Executivo trate do tema. Assim decidiu o Supremo, inclusive criando tese de Repercussão Geral:

A reserva de lei de iniciativa do chefe do Executivo, prevista no art. 61, § 1º, II, *b*, da Constituição, somente se aplica aos Territórios federais.
339

³³⁷ ADI 3981, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-124 DIVULG 19-05-2020 PUBLIC 20-05-2020)

³³⁸ (ADI 102/RO, Tribunal Pleno, rel. Maurício Corrêa, DJ de 29.11.2002).

³³⁹ ADI 2.447, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 4-3-2009, P, *DJE* de 4-12-2009.]"

A norma não reserva à iniciativa privativa do presidente da República toda e qualquer lei que cuide de tributos, senão apenas a matéria tributária dos Territórios. 340

Quanto à questão do aumento de despesa no âmbito do Poder Executivo, também não consta do rol do artigo 61 qualquer menção a este tema. O Supremo já foi chamado a decidir a questão, e, em sua jurisprudência majoritária, entende que NÃO há, de fato, reserva de iniciativa ao Chefe do Poder Executivo para deflagrar o processo legislativo em casos que possam gerar aumento de Despesa no âmbito do Poder Executivo. Desta forma, para o STF, com julgado fixando tese de Repercussão Geral, inclusive, é viável lei de iniciativa parlamentar que acarrete aumento de despesa. Vejamos:

“Não procede a alegação de que qualquer projeto de lei que crie despesa só poderá ser proposto pelo chefe do Executivo. As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas, em *numerus clausus*, no art. 61 da Constituição do Brasil – matérias relativas ao funcionamento da administração pública, notadamente no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo. Precedentes. 341

“Não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a administração pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos. 342

A criação, por lei de iniciativa parlamentar, de programa municipal a ser desenvolvido em logradouros públicos não invade esfera de competência exclusiva do chefe do Poder Executivo. 343

A pergunta que se faz, então é: pode, portanto, o parlamentar apresentar qualquer tipo de proposta que acarrete um aumento de despesa? A resposta certamente é negativa, já que as matérias listadas no rol do artigo 61 da Constituição Federal, como explicado acima, devem ser observadas também em âmbito Estadual. Desta forma, Projeto de Lei de autoria de Deputado Estadual que trate de servidores públicos, ou que gere novas atribuições ou que trate sobre a organização e funcionamento da Administração Pública Estadual, estão eivados de vício de inconstitucionalidade.

340 [ARE 743.480 RG](#), voto do rel. min. Gilmar Mendes, j. 10-10-2013, P, *DJE* de 20-11-2013, **Tema 682**.

341 [ADI 3.394](#), rel. min. Eros Grau, j. 2-4-2007, P, *DJE* de 15-8-2008.

342 [ARE 878.911 RG](#), rel. min. Gilmar Mendes, j. 29-9-2016, P, *DJE* de 11-10-2016, Tema 917.

343 [RE 290.549 AgR](#), rel. min. Dias Toffoli, j. 28-2-2012, 1ª T, *DJE* de 29-3-2012.

Sendo assim, eventual Projeto que trate de mudança remuneratória de determinada carreira do serviço público ou que crie um novo programa de governo que demande atuação de órgãos e entidades da Administração Pública de determinada maneira, continuarão sendo inconstitucionais, não por aumentarem despesa, mas sim por esbarrarem nos demais dispositivos previstos no artigo 61 da CF/88 e artigo 19 da Constituição do Estado de Pernambuco.

Imprescindível explicitar, também, que quando o projeto seja daqueles reservados à iniciativa de determinado ator (seja o Chefe do Executivo, o Tribunal de Contas, o PGJ, o presidente do TJ), não é cabível emenda parlamentar ao projeto de lei que acabe por acarretar aumento da despesa inicialmente prevista. conforme prevê a Constituição Federal e conforme entende o STF, quando da realização de Emendas, de iniciativa parlamentar, a projetos de Lei que tratem de matéria reservada a outros poderes, não se admite criação de aumento da despesa originalmente prevista no Projeto. Vejamos os dispositivos constitucionais e as decisões do STF, com tese de Repercussão Geral firmada:

“Art. 63. Não será admitido aumento da despesa prevista:

I - nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, ressalvado o disposto no art. 166, § 3º e § 4º;

II - nos projetos sobre organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, dos Tribunais Federais e do Ministério Público.”

Dispositivos resultantes de emenda parlamentar que estenderam gratificação, inicialmente prevista apenas para os professores, a todos os servidores que atuem na área de educação especial. Inconstitucionalidade formal. Arts. 2º e 63, I, da CF. 344

As normas constitucionais de processo legislativo não impossibilitam, em regra, a modificação, por meio de emendas parlamentares, dos projetos de lei enviados pelo chefe do Poder Executivo no exercício de sua iniciativa privativa. Essa atribuição do Poder Legislativo brasileiro esbarra, porém, em duas limitações: a) a impossibilidade de o Parlamento veicular matérias diferentes das versadas no projeto de lei, de modo a desfigurá-lo; e b) a impossibilidade de as emendas parlamentares aos projetos de lei de iniciativa do presidente da

344 RE 745.811 RG, rel. min. Gilmar Mendes, j. 17-10-2013, P, DJE de 6-11-2013, Tema 686.

República, ressalvado o disposto no § 3º e no § 4º do art. 166, implicarem aumento de despesa pública (inciso I do art. 63 da CF). 345

E no que toca aos projetos que versem sobre matéria tributária, o leitor pode estar se indagando, estes podem ser apresentados de forma irrestrita pelos parlamentares, de acordo com a jurisprudência do STF? A resposta também é negativa. Assim prevê o artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição Federal:

Art. 113. A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 95, de 2016)

Chamado a decidir a respeito da abrangência de tal dispositivo, o STF entendeu que o art. 113 do ADCT é aplicável a todos os entes da Federação e a opção do Constituinte de disciplinar a temática nesse sentido explicita a prudência na gestão fiscal, sobretudo na concessão de benefícios tributários que ensejam renúncia de receita. Foi a seguinte a tese fixada pelo STF:

“É inconstitucional lei estadual que concede benefício fiscal sem a prévia estimativa de impacto orçamentário e financeiro exigida pelo art. 113 do ADCT”³⁴⁶

Assim sendo, conforme pode ser percebido da leitura do dispositivo constitucional e da decisão do STF, qualquer projeto de lei, mesmo de iniciativa parlamentar, que seja apresentado com o intuito de conceder renúncia de receita ou criar ou alterar despesa obrigatória, deve conter a prévia estimativa de impacto orçamentário e financeiro, sob pena de ser considerado inconstitucional.

Frise-se, ademais, que tal exigência, junto com outros requisitos, já são previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 123/2001), de forma que são consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesas ou assunção de obrigações que não atendam o dispositivo nos artigos 16 e 17 da lei supracitada. Da mesma forma, o artigo 14 da referida lei também traz regras atinentes à concessão de benefícios fiscais.

Desta forma, após a Emenda Constitucional nº 95/2016 (conhecida como PEC do Teto de Gastos), que acrescentou o artigo 113 ao ADCT da CF/88, não apenas devem ser

345 **ADI 3.114**, rel. min. Ayres Britto, j. 24-8-2005, P, *DJ* de 7-4-2006.] = **ADI 2.583**, rel. min. Cármen Lúcia, j. 1º-8-2011, P, *DJE* de 26-8-2011

346 STF. Plenário. ADI 6303/RR, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 11/3/2022

observados os requisitos da LRF, como qualquer Projeto de Lei que conceda benefício fiscal ou crie/altere despesa obrigatória será considerado inconstitucional, caso não seja acompanhado de estimativa do impacto orçamentário e financeiro.

3. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, percebe-se que a Constituição do Estado de Pernambuco, no que reserva ao Governador do Estado a iniciativa exclusiva para apresentar projetos de lei e de Emenda à Constituição que versem sobre matéria tributária e aumento de despesa da Administração Pública estão em descompasso com os dispositivos da CF/88 e também com o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Assim sendo, no entendimento deste autor, a medida correta do ponto de vista jurídico seria a modificação dos dispositivos da CE/PE que preveem tal reserva, de forma a garantir aos parlamentares a prerrogativa de tratar de tais assuntos, como ocorre em âmbito federal e nos outros Estados da federação. Frise-se, ademais, que tal modificação não representaria uma anarquia ou uma gastança desenfreada, haja vista que as demais normas relativas ao processo legislativo, por óbvio, devem ser observadas, como citado ao longo do artigo.

REFERÊNCIAS

ADI 4726, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-282 DIVULG 27-11-2020 PUBLIC 30-11-2020

ADI 3981, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-124 DIVULG 19-05-2020 PUBLIC 20-05-2020

ADI 102/RO, Tribunal Pleno, rel. Maurício Corrêa, DJ de 29.11.2002.

ADI 2.447, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 4-3-2009, P, *DJE* de 4-12-2009.

ARE 743.480 RG, voto do rel. min. Gilmar Mendes, j. 10-10-2013, P, *DJE* de 20-11-2013, **Tema 682**.

ADI 3.394, rel. min. Eros Grau, j. 2-4-2007, P, *DJE* de 15-8-2008.

ARE 878.911 RG, rel. min. Gilmar Mendes, j. 29-9-2016, P, *DJE* de 11-10-2016, Tema 917.

RE 290.549 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 28-2-2012, 1ª T, *DJE* de 29-3-2012.

RE 745.811 RG, rel. min. Gilmar Mendes, j. 17-10-2013, P, *DJE* de 6-11-2013, Tema 686.

ADI 3.114, rel. min. Ayres Britto, j. 24-8-2005, P, *DJ* de 7-4-2006.] = **ADI 2.583**, rel. min. Cármen Lúcia, j. 1º-8-2011, P, *DJE* de 26-8-2011

STF. Plenário. ADI 6303/RR, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 11/3/2022