

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1136

(Ano XV)

(04/02/2023)

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 1136



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

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1136, (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 283. *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 consentimento genérico do paciente e a responsabilidade civil do médico.
Letícia Alves, 08.

ARTIGOS

Aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações de trabalho

Daniela Andrade Santos, 11.

O populismo e os desafios da democracia constitucional

Yandra Renata de Souza e Gustavo Cotomacci, 16.

Eficácia, efetividade e proteção dos direitos sociais

Lina Marie Cabral, 41.

Regime jurídico da impossibilidade da prestação

Rafael Bortoletto Sette, 59.

O sistema multiportas de justiça e sua compatibilidade com as prerrogativas processuais da Fazenda Pública

Pedro Borges Coelho de Miranda Freire, 70.

A fragilidade do Estado no tocante as medidas socioeducativas

Daniela Andrade Santos, 82.

A regularização fundiária e seus benefícios sociais

Aymme Katherine Vidovix e Lucas Fernandes de Moraes Vidovix, 88.

Diferencial de Alíquota do ICMS: Cobrança do imposto e princípio da anterioridade tributária.

Leydilene Batista Veloso e Silva, 98.

A concessão de medicamentos pelo poder público, segundo os tribunais superiores

Juliana Studart Pereira, 118.

A (des)representatividade feminina na política: vias para a igualdade

Jovana Gomes Azevedo e Gustavo Cotomacci, 131.

Tomadas de decisões pelos gestores municipais frente às adversidades contidas na realidade municipal

Renan Cabús, 153.

Formas de constituição do crédito tributário como garantias do fortalecimento do pacto federativo

Pedro Borges Coelho de Miranda Freire, 170.

Análise da aplicação do direito penal nos crimes virtuais

Claudio Rodrigues Araujo, 190.

A proteção jurídica dos dados pessoais: uma breve evolução legislativa e o atual regime de responsabilização civil no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados.

Bruna Athayde Barros, 208.

Prova do crime de violência psicológica

Joaquim Leitão Júnior, Fernanda Moretzsohn e Patricia Burin, 235.

O Ativismo controlador e sua Influência na Administração Pública

Tanize Santos Ferreira, 241.

A concepção filosófica e a atuação do professor de direito em sala de aula

Eduardo Augusto Tracz, 259.

Décimo terceiro salário e terço constitucional de férias a vereadores: Divergência entre o §1º do art. 5º da Constituição Federal e o Recurso Extraordinário nº. 650.898/RS

Monize Araújo Fonseca, 270.

O CONSENTIMENTO GENÉRICO DO PACIENTE E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.

LETÍCIA ALVES: Advogada integrante do escritório Battaglia & Pedrosa Advogados. Formada pela Universidade Federal Fluminense, especialista em Direito Médico e Mestranda em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva pela FIOCRUZ com atuação profissional na área de contencioso cível¹.

O Recurso Especial n. 1848862 / RN[1], julgado no ano de 2022, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) expõe um caso de violação ao consentimento informado livre e esclarecido por falta de informações sobre os riscos do tratamento. Trata-se de ação de indenização por danos morais em que o procedimento cirúrgico realizado possuía apenas consentimento genérico, o que não se revela suficiente para garantir o direito fundamental à autodeterminação do paciente.

BLANKET CONSENT

O caso é um exemplo de como o chamado consentimento genérico, conhecido também como Blanket Consent, em que não há individualização das informações prestadas ao paciente, dificultando, assim, o exercício de seu direito fundamental à autodeterminação. Dessa maneira, tem-se que o médico tem a obrigação de informar o paciente acerca dos serviços médicos que lhe são prestados, assim como todas as intercorrências da cirurgia, sob pena de violar o dever de informação.

CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

O consentimento livre e esclarecido integra o dever ético à relação médico-paciente, impondo ao médico o dever de respeitar a vontade autônoma do paciente nas decisões sobre sua saúde, de maneira personalizada.

Nos casos em que o consentimento livre e esclarecido não é observado há violação de um direito pessoal e intransmissível do paciente e um dever de indenizar por parte do profissional da saúde. Tal fato demarca que a violação ao consentimento informado

¹ Contato: leticia@bpadvogados.com.br

produz um dano independente da técnica médica empregada, sendo irrelevante se esta foi ou não adequada. No mesmo sentido, Gilberto Bergstein (2013, p. 239), explica que:

(...) no âmbito da relação médico-paciente existem ao menos duas prestações distintas, que podem – de forma autônoma- ser ou não cumpridas, gerando responsabilidade para a parte inadimplente, uma delas é aquelas tradicionalmente denominadas obrigações “principais”, e está relacionada aos cuidados de saúde do paciente (diagnóstico, etc.). A outra diz respeito ao dever de informar, cujo descumprimento deverá gerar, por si, responsabilidade do médico, independentemente de ter havido ou não falha no cumprimento da primeira (...).

O direito de autodeterminação está associado aos direitos da personalidade, direitos que atribuem às pessoas o poder de decidir o que deve ocorrer com seu corpo e sua saúde. Esse direito pode ser violado independentemente de ter sido causado um dano físico ou de se ter cometido erro médico. A violação ao consentimento informado constitui, portanto, um dano autônomo, que passa a ser considerado um requisito para a conduta médica.

NOÇÃO DE CULPA

Nesse sentido, a relação médico-paciente impõe, no âmbito judicial, uma noção de culpa mais ampla, pois além de analisar se a técnica médica empregada foi realizada dentro dos parâmetros considerados adequados, é preciso verificar se os deveres relativos à garantia do direito à autodeterminação foram cumpridos. O que lança novos desafios para a teoria da responsabilidade civil no âmbito clínico.

Portanto, o dever de informar decorre da decorrente da boa-fé objetiva e sua simples inobservância caracteriza inadimplemento contratual, fonte de responsabilidade civil. A indenização, nesses casos, é devida pela privação sofrida pelo paciente em sua autodeterminação, por lhe ter sido retirada a oportunidade de ponderar os riscos e vantagens de determinado tratamento.

Explica Adriano de Cupis (2008, p. 2003 e seguintes) que os direitos de personalidade são todos aqueles destinados a dar conteúdo à personalidade, constituindo um mínimo necessário e imprescindível para a vida em sociedade, sem eles a personalidade não poderia ser plenamente realizada e ficaria privada de valor concreto, pois os demais direitos perderiam interesse de proteção.

Nesse sentido, o consentimento livre e esclarecido agrega, em sua base ético-jurídica, valores fundamentais para o exercício da personalidade, razão pela qual sua violação constitui dano autônomo e independente em relação à técnica médica empregada.

REFERÊNCIAS

BERGSTEIN, Gilberto. A informação na relação médico- paciente. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Código civil brasileiro. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. São Paulo: Saraiva 2020.

BRASIL. Código de defesa do consumidor. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. São Paulo: SARAIVA 2020

BRASIL, CFM. Código de ética médica. Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>>. Acesso em 07 jul. 2022.

CUPIS, Adriano de. Os direitos de personalidade. São Paulo: Quorum, 2008.

[1] (REsp n. 1.848.862/RN, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 5/4/2022, DJe de 8/4/2022.)

APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO.

DANIELA ANDRADE SANTOS:

Advogada. Com especializações: MBA em Direito Imobiliário, Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Pós-Graduação em Direito Processual Civil, Pós-Graduação em Direito Empresarial. Estudando Pós-Graduação em Direito do Consumidor e Previdenciário².

RESUMO: O artigo tem por objetivo traçar uma reflexão sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações de trabalho tanto no âmbito público quanto privado com o fito de promover a efetivação e promoção das garantias sociais que estão inseridas na Constituição Federal. O princípio da proporcionalidade mantém íntima relação no que concerne à preservação dos direitos inerentes a pessoa humana, visto que, oferece uma solução ajustadora ao caso concreto.

Palavras-chave: direitos fundamentais, dignidade humana, eficácia, princípio da proporcionalidade e relações privadas.

1 INTRODUÇÃO

Frente a inúmeros acontecimentos que envolvem a sociedade moderna, observa-se que o Direito do Trabalho está sempre inacabado e em permanente processo de reconstrução. As evoluções tecnológicas modificam as formas de produção e afetam as relações de trabalho modificando as circunstâncias sociais, econômicas e políticas.

É notório salientar que, as modificações da legislação precisam ser limitadas a procedimentos que tenham o fito de preservar a dignidade humana, protegida por direitos fundamentais elencados no ordenamento jurídico interno de cada Estado, os quais contribuíram para o surgimento dos direitos humanos.

² Estudante de História, Curso de TTI, Registro de Jornalista nº 0080784/SP, Curso de Coaching, Especialização em Síndico Profissional e Gestão Condominial. Presidente da Comissão Jovem Advocacia da OAB Lapa, Ex-Presidente da Comissão de Cultura e Eventos da OAB Lapa, Ex-Presidente do CDC da OAB Lapa. Contato: daniellaandradeadv@gmail.com

Os direitos fundamentais foram idealizados para limitar a atuação do Estado em face do cidadão, visto que, nas relações de trabalho tais direitos desempenham uma grande importância, devido crescente desigualdade entre as partes.

O princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias individuais dentro de um ordenamento jurídico foi consagrado pelo artigo 5º, § 1º da Constituição Federal, visando melhorar a condição social do trabalhador garantindo uma vida justa, saudável com um mínimo de dignidade.

Nota-se que, surgiram direitos inerentes à pessoa como forma de proteger os cidadãos dos arbítrios do Estado obrigando-o apenas a cumpri-los, deixando de lado as relações privadas, visto que, já sofreram bastante com as intervenções legislativas.

Todavia, por vê-se que a autonomia privada se constitui como princípio maior das relações entre particulares acabaria impedindo a vinculação dos direitos, liberdades e garantias. Assim, notaram a necessidade do Estado interferir nessa relação, uma vez que, havendo a ausência dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas contribuiria para a banalização de tais direitos.

Por fim, no que diz respeito ao princípio da proporcionalidade nas relações sociais de trabalho, este tem por objetivo atuar como ordenador do direito primando sempre pelo respeito ao valor da dignidade humana, evitando os excessos eventualmente cometidos pelo legislador.

2 APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

É importante ressaltar que, a questão da aplicabilidade das normas quanto aos direitos e garantias fundamentais teve grande entendimento a partir da doutrina norte-americana, ao estabelecer categorias de normas distinguindo os preceitos constitucionais em duas espécies as autoaplicáveis como sendo aquelas que não precisam ser regulamentadas por meio de legislação ordinária para serem aplicadas e as não autoaplicáveis, que ao contrário da primeira necessita de normas infraconstitucionais para a sua aplicação.

Neste âmbito, independentemente das formas de aplicabilidade das normas, deve-se interpretar os direitos sociais dos trabalhadores como direitos absolutos, tendo como base a vontade e a necessidade de mudança de seus membros tornando-se pleno para proteger efeitos concretos e imediatos.

Sabe-se que os direitos fundamentais se modificam com o decorrer do tempo, sendo estes intransferíveis, irrenunciáveis além de que se dividem em direitos de defesa e direitos e de prestações, sendo que os primeiros constituem um dever de não interferência

na esfera privada enquanto o segundo importa na intervenção do Estado, ou seja, o dever de fornecer a prestação.

Nota-se que as relações de trabalho são formadas por dois sujeitos o empregado e o empregador, sendo que, caracteriza-se pela subordinação jurídica do empregado ao poder diretivo do empregador, visto que este tem o poder de fiscalizar as atividades dos empregados, dirigir a prestação dos serviços e aplicar sanções quando necessárias.

Portanto, o exercício do poder diretivo do empregador não é absoluto, pois, está sujeito aos limites estabelecidos pelos direitos fundamentais assegurados aos empregados nas relações de trabalho, como forma de proteção aos interesses individuais e coletivos.

3. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS

Os direitos fundamentais nasceram para a defesa de uma esfera de liberdade dos particulares em face do Estado. Toda a teoria geral dos direitos fundamentais se construiu em torno deste paradigma. Entretanto, com o desenvolvimento da sociedade, está cada vez mais passa a ter uma participação ativa no exercício do poder, antes adstrito ao Estado.

Neste âmbito, observa-se que a liberdade individual passa a ser ameaçada não só pela ingerência estatal, mas também pelos entes privados detentores de uma parcela deste poder.

A partir desta constatação, passaram a doutrina e a jurisprudência a se ver defrontadas com casos em que um ente particular invade a esfera de liberdade individual de outro, trazendo à tona a questão de se verificar até que ponto também os particulares estão vinculados aos direitos fundamentais de uns em relação aos outros, o que se apresenta como total desrespeito aos direitos sociais previstos no artigo 7º da Constituição Federal.

Neste sentido assevera Lobato. In verbis:

Os direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente de sua justificatividade e exequibilidade imediatas: (...) são direitos com a mesma dignidade subjetiva dos direitos, liberdade e garantia. Nem o Estado, nem terceiros podem agredir posições jurídicas reentrantes no âmbito de proteção desses direitos. As normas constitucionais

consagradoras de direitos econômicos, sociais, e culturais, modelam a dimensão objetiva de duas formas: imposições legiferantes, apontando para a obrigatoriedade de o legislador atuar positivamente, criando as condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos. (2006, p.94)

É notório que, há casos em que tal vinculação se demonstra com mais ênfase, como a questão dos direitos dos trabalhadores, que a Constituição expressamente comete a sujeição passiva aos empregadores, geralmente entes privados.

Entretanto, em outros casos, tal vinculação exige maiores reflexões para sua configuração. Nesse contexto, é que os direitos fundamentais através da sua chamada dimensão objetiva, constituindo, assim, a ordem fundamental de valores de uma determinada comunidade em uma dada época, devem ser por todos respeitados, sejam entes públicos ou privados, sobretudo quando estes se encontram em flagrante situação de desigualdade em face de outro particular.

4. A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NAS RELAÇÕES SOCIAIS DE TRABALHO

Sabe-se que os princípios constitucionais possuem atuação determinante na efetivação de todo ordenamento jurídico, visto que, atuam como ponto de partida para a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais. O princípio da proporcionalidade se destaca por ter íntima relação com os demais, quais sejam o da isonomia, razoabilidade e o da legalidade.

O princípio da proporcionalidade e a sua vinculação com os direitos fundamentais revelam qualquer manifestação do poder público, pois, se pondera pela necessidade que o operador do direito tem de fazer a análise do caso concreto com a norma aplicável, devendo utilizá-lo adequando à realidade vigente, é o que explica Lobato em sua obra:

O princípio atua de modo direto na função judicial e em qualquer área do Direito que ela se processe, como, por exemplo, no Direito do Trabalho. Afinal, o princípio da proporcionalidade é mandado de ponderação e atua em qualquer relação de poder, como diretriz fixadora de limitações ao exercício desse poder e suas prerrogativas. (2006, p.42)

Observa-se que, a aplicação desse princípio repousa na necessidade de construir-se o direito pela utilização da forma positivada de forma coerente, harmonizada, com o fito de solucionar os vários interesses adversos que se encontram em uma relação jurídica.

Desta forma, o princípio da proporcionalidade representa a exata medida em que deve agir o Estado, em suas funções específicas, não devendo agir com demasia, nem de modo que seja insuficiente para a realização da promoção do bem comum.

5. CONCLUSÃO

Diante dos fatos relatados, observa-se em linhas gerais que, a temática dos direitos fundamentais é de extrema importância para o desenvolvimento e garantia dos cidadãos que necessitam da efetiva tutela jurisdicional.

Neste sentido, tendo em vista as diversificadas relações jurídicas sejam entre particular ou ente público tais direitos podem ser utilizados como paradigma para solucionar as mais diversificadas questões que possam surgir entre sujeitos.

A eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada exerce função essencial para o deslinde de questões que envolve o desequilíbrio das relações individuais, o que importa na obrigação de adotar medidas de diversas naturezas, com objetivo de proteger, de forma efetiva, o exercício dos direitos fundamentais.

No que tange o princípio da proporcionalidade, quando houver colisão entre os direitos e interesses legalmente protegidos, o mesmo deve estabelecer uma razoável correspondência entre a intensidade da sanção que se pretende aplicar e a ação que se objetiva punir, bem como assegurar os direitos constitucionalmente protegidos.

REFERÊNCIAS

LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. O valor Constitucional para a efetividade dos direitos sociais nas relações de trabalho. São Paulo: Ltr, 2006.

PASTORE, José Eduardo Gibello. O trabalho sem emprego. São Paulo: Ltr, 2008

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2000.

O POPULISMO E OS DESAFIOS DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

YANDRA RENATA DE SOUZA:

bacharel em Direito e agente administrativa na prefeitura de Diadema; Gustavo - mestrando em Direito pela PUCSP e mestre em Educação pela Universidade Metodista de São Paulo; professor e coordenador do curso de Direito da UMESP.³

GUSTAVO COTOMACCI⁴

(Coautor)

Resumo: As mudanças ocorridas no mundo globalizado geram desafios para o exercício da democracia liberal, vez que produzem novas ideologias e maneiras diferentes para o exercício da soberania popular e a cidadania. Por meio da revisão bibliográfica e análise documental, o presente artigo tem como objetivo fazer uma análise do processo democrático brasileiro desde a criação do Estado Democrático de Direito, por meio da promulgação da Constituição e apresentar alguns aspectos sobre o retorno do populismo à política atual, que tem se manifestado novamente em muitas nações ocidentais, em grande medida devido às transformações e crises do liberalismo político e econômico ou neoliberalismo e trazem consigo novos conflitos em relação às populações que se sentem alheias ao modo de fazer política, acreditando que suas demandas não são atendidas e compreender em que medida pode o populismo contribuir para que a democracia liberal deixe de existir ou acabe por culminar em regimes autocráticos.

Palavras-chave: Populismo; Democracia; Constituição; Soberania Popular; Crise.

Populism and the challenges of constitutional democracy

³ E-mail: yandrarenata@gmail.com.

⁴ Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Educação pela Universidade Metodista de São Paulo (2017). Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional (2013). Graduação em Direito pela Universidade Metodista de São Paulo (2009) e graduação em Publicidade e Propaganda pela Universidade Metodista de São Paulo (1998). Coordenador do curso de Direito na Universidade Metodista de São Paulo. Pesquisador CNPq em Efetividade da Convenção Internacional dos Direitos da Criança no Brasil e Pesquisador em Educação, Complexidade e Linguagem. Professor da graduação e pós-graduação (lato sensu) na modalidade presencial e EAD.

Abstract: The changes that have taken place in the globalized world generate challenges for the exercise of liberal democracy, since they produce new ideologies and different ways for the exercise of popular sovereignty and citizenship; Through a bibliographic review and document analysis, this article aims to make a analysis of the Brazilian democratic process since the creation of the Democratic State of Law, through the promulgation of the Constitution and to present some aspects of the return of populism to current politics, which has manifested itself again in many western nations, largely due to the transformations and crisis of political and economic liberalism or neoliberalism and bring with them new conflicts in relation to populations that feel alien to the way of doing politics, believing that their demands do not are met and what extent populism can contribute to the fact that liberal democracy ceases to exist or end up culminating in autocratic regimes.

Keywords: Populism; Democracy; Constitution; Popular Sovereignty; Crisis.

Introdução

Em um contexto de ruptura, transformação e crise entre Estado e população e a transição entre sociedade tradicional e sociedade moderna cria-se elementos ideais para uma nova maneira de governo. No Brasil, a partir de 1930, após a Primeira Guerra Mundial, as manifestações internas geraram uma crise no sistema capitalista colonial brasileiro.

A industrialização no Brasil e nos demais países latinos culminou em novas demandas das *políticas de massas*: a mão de obra que passou de rural para industrial. Assim, os líderes da época que ganharam respaldo em atender a este público, como Getúlio Vargas receberam o nome de *populistas*. Em nosso país a política populista encerrou-se com o Golpe Militar de 1964.

Deste modo, o populismo do período em apreço buscou conectar o desenvolvimento econômico com a política social das massas. Atualmente, o termo populismo está mais ligado à manipulação do que à ruptura com o processo tradicional de se fazer política. Porém, sua inegável retomada no cenário global atual não deixa dúvidas que seus rumos precisam ser analisados.

A promulgação, em 5 de outubro de 1988, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, embora com diversas emendas em seu texto, foi capaz de realizar a transição de um regime autoritário para um Estado democrático de direito durante seus 33 anos de vigência, objetivando proporcionar aos cidadãos um país mais livre, justo e mais democrático. E, ainda, a influência da Constituição na garantia dos direitos fundamentais assegura o princípio basilar que é a dignidade da pessoa humana.

Porém, de que modo a democracia populista da década de 1930 durante a industrialização brasileira e o nacional-populismo do século XXI podem romper com a ordem encontrada no país democrático de direito? Se no período compreendido após a Segunda Guerra Mundial o Brasil teve fôlego para realizar uma brusca mudança em sua estrutura, muito devido ao populismo político, em que medida o populismo da atualidade poderá romper com os princípios e liberdades constitucionais?

Este fenômeno será estudado devido ao viés político e importância histórica para nosso país e para o mundo, analisado por meio de uma retomada da formação do Estado brasileiro através de sua Constituição, a compreensão do processo eleitoral do país, como a soberania popular é exercida, o distanciamento dos cidadãos da tomada de decisões além do uso das mídias sociais: internet e *fake news* para que o candidato populista possa se aproximar dos eleitores, e por fim o que vem a ser populismo pós-moderno e suas novas características, tornando-o um manifesto global e por seu intermédio, de que forma pode ele alterar a estrutura e espírito democrata da Constituição Federal de 1988, não só no país, mas no mundo.

O objetivo do presente artigo é abrir o questionamento, porém longe de esgotá-lo, se a Constituição Federal e seus procedimentos são eficientes para assegurar uma nação livre, justa, solidária e democrática de fato, diante de uma pós-democracia que tenta pôr fim a valores da soberania nacional e liberdade. O populismo, portanto, por ser um conceito vazio, não pode ser analisado isoladamente.

Deste modo, o texto a seguir está organizado em cinco seções. A primeira delas, Criação de um Estado Democrático de Direito, concentra-se em apresentar os princípios expressos na Constituição Federal brasileira que buscam assegurar a soberania nacional e a cidadania. A seguinte seção, A democracia constitucional aborda o que vem a ser democracia, como é entendida e como é manifestada. A terceira parte, O processo eleitoral brasileiro apresenta o intrincado sistema eleitoral do país. A quarta seção analisa a importância dos partidos políticos para realização do pleito eleitoral e por fim, a quinta seção traz uma breve análise da manifestação do populismo na atualidade.

Criação de um Estado Democrático de Direito

Os indivíduos se organizam em sociedade, por compartilhar hábitos, valores e costumes. Para regular este complexo sistema de relações humanas e interações sociais foi concebido o Estado. Este serve para se voltar à população e realizar determinados valores sociais. É a forma de organização política da sociedade. Segundo Alexandre de Moraes:

[...] as organizações humanas surgem e se sucedem no sentido de círculos cada vez mais largos e da cada vez maior integração dos

grupos sociais, sendo, portanto, o Estado o resultado de lenta e gradual evolução organizacional de poder (MORAES, 2020, p.52).

Sendo assim, as sociedades se fundem na criação do Estado, que é o poder já constituído e se materializa por meio de uma Constituição, que é o seu “corpo” (TEMER, 2007, p.17). A Constituição é, desta maneira, a estrutura de todo o Estado, o instrumento que regula as relações sociais, sendo um conjunto de normas jurídicas que designa as funções do Estado, definindo as atribuições e os limites dos órgãos do poder político, além de assegurar os direitos dos cidadãos diante do poder estatal e contemplar aspectos econômicos, sociais e culturais nacionais. A Constituição traz em si fatores, desejos e valores sociais.

Uma vez que o Brasil foi concebido como um Estado Democrático de Direito, a importância dada à Constituição é sobremaneira maior do que a de qualquer outra lei, assim como concluiu Hans Kelsen (1993) de que o fundamento de validade de uma norma é uma outra norma imediatamente superior, ou seja, a Constituição é a lei mais importante de todo o ordenamento jurídico, sendo o pressuposto de validade de todas as leis.

Ademais, o Estado se movimenta pelo seu Governo. José Afonso da Silva (2005, p. 102) explica que governo é a maneira como se dá a instituição do poder na sociedade e a relação entre governantes e governados. “Responde à questão de quem deve exercer o poder e como este se exerce”. A forma Republicana de governo no Brasil é princípio constitucional, embora não seja imodificável, por não estar elencado no art. 60 da Constituição Federal como cláusula pétrea, ou seja, a forma de governo pode ser alterada em algum momento.

Quem cria a Constituição é o Poder Constituinte. Segundo Temer, podemos definir que Poder Constituinte: “é a manifestação soberana de vontade de um ou alguns indivíduos, capaz de fazer nascer um núcleo social” (TEMER, 2007, p. 31). Portanto, esta reunião de vontades faz nascer a estrutura do Estado, dentro de uma ordem jurídica, criando-se uma sociedade política. Desse modo, o Poder Constituinte é a expressão máxima da soberania popular.

O titular do Poder Constituinte é o povo. Como povo entendemos ser o conceito prescrito dentro da ordem jurídica e expresso no art. 12 da Constituição Federal Brasileira. Entretanto, existe distinção entre titularidade e o exercício do Poder Constituinte, ou seja, o titular nem sempre exerce este poder.

Para entender esse fenômeno é preciso ter em mente o que preceitua o art. 1º, parágrafo único, da Carta Magna: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Assim, o poder é

exercido, de um lado, diretamente pelo povo por meio do voto, referendo, plebiscito e iniciativa popular. E de outro, indireta, pelo representante eleito por meio do voto secreto, direto, periódico e universal, para também exercê-lo, uma vez que o país adotou uma democracia indireta ou representativa. Conforme leciona Gomes:

Indireta é a democracia representativa. Nela os cidadãos escolhem aqueles que os representarão no governo. Os eleitos recebem um mandato. A participação das pessoas no processo político se dá, pois, na escolha dos representantes ou mandatários. (GOMES, 2018, p. 70).

Podemos dizer, em suma, que a participação popular na política nacional se restringe ao voto. Isto porque, em nosso país ele é Constitucionalmente previsto e assegurado, além de ser obrigatório. De fato, não existe manifestação efetiva nas decisões pelos legítimos detentores do poder. Este distanciamento tem raízes históricas antigas, uma vez que a democracia em nosso país é recente e não está de fato consolidada, conforme veremos a seguir.

A Democracia Constitucional

A democracia, de modo sucinto, pode ser apresentada como um sistema que procura garantir as ferramentas necessárias para que os processos de escolha representem ao máximo a vontade das pessoas. Quanto mais um sistema permite a participação dos cidadãos, mais democrático ele se torna. Os grupos de oposição, dentro desta definição, precisam ter liberdade para contestar as tomadas de decisões dos que estão no poder.

Embora acreditando que o conceito de democracia esteja um tanto desgastado, Bonavides (2000) assegura que a democracia ainda possui prestígio, e dizer que uma nação se afasta de princípios democráticos é o mesmo que uma ofensa. Segundo definição do Tribunal Superior Eleitoral (2022) a democracia é o regime político que assegura as liberdades fundamentais, o pluralismo, os direitos humanos, a solidariedade social e o controle dos poderes.

Além disso, mesmo muitos doutrinadores afirmando que a democracia é de fato melhor que qualquer regime autoritário, eles divergem sobre a sua definição. Segundo explicação trazida por Bonavides, a democracia é o governo do povo, para o povo pelo povo; segundo Lincoln: "governo que jamais perecerá sobre a face da Terra". (BONAVIDES, 2000, p. 267).

As assembleias dos tempos antigos, mais propriamente em Atenas na Grécia foram o berço para a democracia dos tempos modernos. Ali, reunidos no Ágora, os cidadãos exerciam a política em que todos decidiam a respeito de todos os assuntos. Entretanto, uma crítica sobre este período era a presença da escravidão, sendo chamada pelos autores

mais rigorosos de aristocracia democrática (BONAVIDES, 2000, p. 268) Mesmo assim, a crítica não consegue eliminar a relevância histórica da democracia grega.

Apesar de críticas, o que se viu naqueles tempos era a liberdade de pensamento e de tomada de decisões de toda a cidade. O homem grego era um homem político, afinal, não havia dissociação de sua vida pessoal com a vida da *polis*. O homem ali almejava receber o bem e efetivamente o recebia por parte do Estado.

Notadamente, devido ao crescimento das dimensões geográficas, este tipo de democracia restou inviável, ao menos nos termos em que era praticada. Neste sentido, outras formas democráticas surgiram, entre elas a que foi adotada pelo nosso país, em que as deliberações coletivas são tomadas por representantes eleitos pelos cidadãos.

Ademais, no sistema democrático brasileiro, a participação popular se dá também por meio de alguns instrumentos: referendo, plebiscito e iniciativa popular, expressos no art. 14, *caput*, da Constituição.

Contudo, é importante ressaltar que, embora presentes na Carta Magna, estes instrumentos são sobremaneira desconhecidos e subutilizados. A iniciativa popular, por exemplo, deve seguir dois requisitos: 1º) apoio, mediante assinatura, de pelo menos um por cento do eleitorado nacional; 2º) participação de não menos que três décimos por cento de eleitores de, no mínimo, cinco estados-membros (art. 13, *caput*, da Lei 9709/98, que regulamenta o disposto nos incisos I, II e III do artigo 4º da Constituição Federal).

Fixados em quantidade numérica, seus critérios dificultam a propositura de projeto de lei, dada a grandiosidade geográfica de nosso país e a forma regionalizada em que vivemos. Entretanto, é inegável a importância da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/10) que torna inelegível por oito anos o candidato que tiver o mandato cassado, renunciar para evitar a cassação ou for condenado por decisão de órgão judicial colegiado, resultado da iniciativa popular.

A Constituição procurou resguardar a participação dos cidadãos nas decisões políticas do país por meio dos três mecanismos expressos no dispositivo legal. Porém, a maioria dos cidadãos comuns desconhece esses instrumentos, e quando utilizados causam temor, incredulidade e desconfiança. Como afirma Paulo Bonavides (2000, pg. 287): “[...] Esse comportamento popular antiprogressista levou dois escritores políticos a observarem com acuidade que, ‘no fundo, a massa do povo é conservadora e tem medo do desconhecido.’”; medo este que restringe ainda mais a participação do povo na política.

Ademais, a democracia no momento atual, dentro da globalização liberal é, em suma, a luta contra regimes autocráticos. Para Chantal Mouffe, democracia é um regime com duas distintas tradições advindas do modelo ocidental:

De um lado, a tradição do liberalismo político: o Estado de Direito, a separação dos poderes e a defesa da liberdade individual; de outro lado, a tradição democrática, cujas ideias centrais são a igualdade e a soberania popular (MOUFFE, 2018, p. 23).

No Brasil, a democracia é algo extremamente novo. Historicamente, até a Independência do país, em 1822, o Brasil era ainda colônia de Portugal, possuindo, por consequência, um governo monárquico. A Independência brasileira pode ser considerada parte da Revolução democrática do mundo Ocidental (BRANDÃO, 2016, p. 2). Entretanto, neste período, o poder permaneceu concentrado nas mãos do Imperador, Dom Pedro I. Somente em 1889, com a Proclamação da República e o ideário democrático é que os agentes políticos passaram a ser escolhidos pelo voto.

Durante o Império, o voto era aberto. De acordo com Piretti Brandão (2016), não eram incomuns as fraudes, as intimidações, a violência e o clientelismo tanto pelos proprietários de terra locais quanto pelos agentes da Coroa. Contudo, a partir de 1934 o voto passou a ser secreto. Quem votava eram os homens, maiores de 25 anos ou a partir dos 21 anos, casados. Mulheres não tinham direito ao voto, que foi garantido a elas em 1934.

Outro grande entrave nas eleições no período da República era a exigência para o registro de votantes: a alfabetização. Exigida a partir de 1881, restringiu o voto de 80% a 85% da população, pois essa era a taxa dos analfabetos no país, aumentada em grande medida pela liberação dos escravos. Foi somente em 1985, com o retorno do governo civil, que os analfabetos finalmente tiveram direito ao voto.

Em 1964, os militares deram um golpe no poder, instaurando a Ditadura Militar, perdurando até o ano de 1985. Neste período, toda a manifestação política, social e cultural do povo foi duramente reprimida e governavam-se por meio de Atos Institucionais. Os cinco presidentes que governaram nesta época foram eleitos por voto indireto, por um Colégio Eleitoral do alto comando do exército e possuíam mandato fixo, bem como os prefeitos eram nomeados pelos militares.

Durante a ditadura militar brasileira viveu-se o milagre econômico, sendo este um desenvolvimento rápido e sustentado por investimentos externos, possibilitando à classe média adquirir bens duráveis como casa e automóvel.

Entretanto, o milagre econômico não atingiu todas as classes sociais, deixando à margem os mais pobres, isto porque a crise econômica internacional atingiu diretamente o Brasil a partir de 1962 devido à crise estrutural já presente em nosso país.

Além disso, a ditadura limitou o direito à liberdade de expressão e pensamento. Segundo define Octavio Ianni, a ditadura foi uma estratégia político-militar, advinda da dependência política e econômica do Brasil aos países globalizados:

A crise econômica e a democracia populista revelaram-se incompatíveis. Por essa razão, forças políticas "latentes" assumem primazia sobre aquelas predominantes anteriormente. No primeiro instante, aparece o poder militar. Uma das bases de manobra, no entanto, é a classe média. Assim, mais uma vez, a solução política da crise brasileira resulta da dependência estrutural. (IANNI, 1988, p. 110-111)

Após esse período ditatorial surgiu o que conhecemos hoje por democracia no Brasil, tendo como símbolo máximo a Constituição, promulgada em 1988. A primeira eleição direta, tendo como prerrogativas o voto secreto, direto, universal e periódico levou ao poder Fernando Collor, em 1989.

Uma vez que a construção democrática no Brasil é muito recente, e tendo passado por várias fases em que não era exercida de fato, podemos perceber quão frágil e inconsistente ainda é a democracia nacional. No país nunca houve uma revolução, uma ruptura, como em nossos vizinhos latinos. A decisão de proclamar uma República no país tomava como referência a Revolução Francesa. Conforme assevera Carvalho: "O Brasil não tem povo" (CARVALHO, 1987, p.10 apud BRANDÃO, 2016, P. 8). Somente por intermédio do povo que a realização de mudanças na condução política se torna possível.

A Constituição Federal de 88 foi, portanto, resultado de uma redemocratização nacional. Muitos grupos sociais desejavam que uma nova Constituição resguardasse os interesses e o bem-estar da população por meio de leis e direitos.

A Carta anterior, de 1967, era considerada bastante autoritária, até porque foi outorgada dentro da ditadura militar, após o Ato Institucional nº 4. Para fugir do regime autocrático pelo qual os brasileiros passaram longos anos, a Constituição Federal de 1988 foi promulgada, sendo considerada pelo historiador Boris Fausto (2013, p. 6) avançada no que tange às questões que envolvem os direitos dos cidadãos e das minorias. Procurou trazer os preceitos democráticos de forma a não mais permitir que regimes autoritários governassem o país.

Entretanto, recentemente, embora possamos nos orgulhar e lutar pela democracia, os países vizinhos da América latina não se preocupam tanto com ela. Em uma pesquisa realizada pelo jornal Folha de São Paulo em outubro de 2021, 13% dos cidadãos dos países latinos afirmam que apoiariam um governo autoritário, desde que suas demandas fossem atendidas. Desde que Nicarágua e Venezuela foram classificadas como ditaduras pelo Latinobarômetro⁵ as democracias vêm perdendo apoio.

Isto posto, apesar de o ideal democrático estar consolidado na teoria, o mundo vem passando por milhares de transformações políticas que atingem diretamente o ideal democrático. Para que possamos compreendê-las é preciso entender primeiramente as 'regras do jogo' na esfera política, o que segundo Bobbio (2000) significa separar o que é um sistema democrático dos que não o são. Isso se dá por meio da análise de regras, uma vez que o sistema democrático é um conjunto de regras procedimentais. Além disso, deve-se conhecê-las e ter claro que na democracia as regras são as da maioria. Essa concepção procedimental diz respeito ao método estabelecido de como chegar ao poder político, e como tomar as decisões políticas democraticamente fundamentadas.

Todas as nações democráticas elegem, de algum modo, seus representantes por meio das eleições. A Constituição Federal, entre todos os assuntos que abarca, regula também o processo eleitoral, maior expressão da soberania popular. O voto direto, secreto, periódico e universal é cláusula pétrea, ou seja, não pode ser objeto de emenda à Constituição tendente a suprimi-lo.

Entretanto, as cláusulas pétreas elencadas no art. 60, § 4º, não abarcam a obrigatoriedade do voto, embora exposto na nossa Lei Maior. Como o art. 14 está dentro do Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, pode-se entender, por analogia, que é cláusula pétrea por estar no inciso IV do parágrafo 4º do art. 60 Constituição Federal.

Porém, de outro modo interpreta Jairo Gomes sobre a obrigatoriedade do voto:

No entanto, cumpre assinalar que, se o voto constitui direito do cidadão, não é razoável que seja exercido compulsoriamente. Sua obrigatoriedade em certa medida ratifica a imaturidade do povo, ainda débil e por isso merecedor de forte tutela estatal. Por outro lado, afirma-se serem reduzidas as chances de "eleitores compulsórios" votarem em candidatos sérios, responsáveis e honestos, já que não participam intensamente da vida política.

⁵ O Latinobarômetro é um estudo de opinião pública que aplica anualmente cerca de 20.000 entrevistas em 18 países da América Latina, representando mais de 600 milhões de habitantes. Investiga o desenvolvimento da democracia, da economia e da sociedade como um todo, utilizando indicadores de opinião pública que medem atitudes, valores e comportamentos.

Votam, pois, em qualquer um, no primeiro que se apresenta ou no mais bem aparentado, isso quando não negociam seus votos, transformando-os em mercadoria, já que só comparecem às urnas compulsoriamente. (GOMES, 2018, p. 470)

Apesar disso, a retirada da obrigatoriedade do voto afastaria mais um pouco o poder das mãos dos cidadãos, na medida em que a expressão da democracia⁶ ficaria condicionada ao partido que conseguisse trazer à urna mais eleitores. Diferentemente é o modelo norte-americano, que vive e prospera em sistema político de grande abstenção popular. Para eles, acostumados com esse sistema, a abstenção pode ser até benéfica, uma vez que um menor número de pessoas votando, menor é a pressão que os partidos recebem.

Contudo, o que acontece geralmente nas democracias representativas é que os partidos políticos são capazes de mudar as regras da coletividade, pois “a política se tornou mera questão de gestão da ordem estabelecida, um domínio reservado aos especialistas, e a soberania popular foi declarada obsoleta” (MOUFFE, 2018, p. 25). A democracia liberal parece reduzida à existência de eleições livres e à defesa dos direitos humanos. Convencido disso, também, estava Jean-Jacques Rousseau (1973) ao afirmar que uma verdadeira democracia jamais existiu nem existirá. Deste modo, iremos analisar o processo eleitoral brasileiro.

O Processo Eleitoral Brasileiro

A Constituição Federal Brasileira traz como fundamento a soberania popular e a cidadania (art. 1º, incisos I e II), sendo estes considerados direitos políticos fundamentais (GOMES, 2018, p. 265).

Conforme explica Alberto Rollo: “A Constituição Federal, em seu art. 14, *caput*, dispõe que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos nos termos da lei” (ROLLO, 2022, p.8), a Constituição regula, portanto, as formas de exercício do poder, para realização do direito à soberania e cidadania.

Deste modo, o Processo Eleitoral é um sistema, que em harmonia com os fundamentos e regras Constitucionais, regula os direitos políticos e o exercício do poder, podendo ser considerado como as regras da expressão máxima da democracia popular.

⁶Ser uma república democrática de direito significa que a nação é comandada pelo povo segundo regras jurídicas elaboradas pelos representantes eleitos. O representante só possui autoridade para fazer as regras porque foi escolhido pelo povo.

“Assim, ele se configura como bem jurídico próprio do regime democrático, regula a disputa pela condução do Estado e legitima a representação política” (GOMES, 2018, p. 266). De tal modo, o processo eleitoral tem proteção legal e Constitucional.

Compete à Justiça Eleitoral o controle e a organização das eleições, a resolução de conflitos e a função consultiva. Ela é uma instituição independente, criada com a instituição do Código Eleitoral de 1932 (GOMES, 2018, p. 90). É órgão do Poder Judiciário, conforme art. 92, V da Constituição. É composto pelo Tribunal Superior Eleitoral, os Tribunais Regionais Eleitorais, os Juízes Eleitorais e as Juntas Eleitorais.

Notadamente, para que o exercício do poder se concretize e expresse a vontade de todos, inclusive das minorias, o Brasil adotou a pluralismo político, expresso no art. 1º da Constituição, parágrafo V, uma vez que para concorrer a algum cargo político a filiação partidária é obrigatória, sendo uma das condições de elegibilidade. Do mesmo modo, a participação plural, com liberdade e igualdade de condições são garantias do regime democrático do país. Conforme entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, em Filiação partidária é exigência de elegibilidade, informa Glossário Eleitoral:

A filiação partidária é uma das condições de elegibilidade, conforme dispõe o inciso V do parágrafo 3º do artigo 14 da Constituição Federal. Além disso, nos termos do artigo 16 da Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1995), só pode se filiar ao partido o eleitor que estiver em pleno gozo de seus direitos políticos. (FILIAÇÃO [...], 2022, p. 1)

Assim, podemos considerar que as eleições têm como marco a filiação do candidato a um partido político, mas tem seu termo inicial a escolha de candidatos em Convenção Partidária. Conforme demarca Gomes, há três fases sucessivas no processo eleitoral: “[...] preparatória, votação/totalização e diplomação. A primeira fase é repartida em três “momentos”, assim especificados: (1º) convenções partidárias; (2º) registro dos candidatos; (3º) medidas preliminares à votação e apuração [...]” (2018, p. 266).

Segundo Bobbio (2000, p. 81), no jogo político: [...] os atores principais estão dados e são os partidos (no sistema italiano inclusive constitucionalmente, cf. art. 49). Deste modo, devido ao papel de destaque dado aos partidos políticos no processo democrático eleitoral, iremos falar mais detidamente sobre eles no próximo momento.

Isso posto, a soberania popular é exercida precipuamente por meio das eleições. Ou seja, o sufrágio é um direito fundamental, concretizado por meio do processo eleitoral. “Fora dele, não é possível no Estado Democrático de Direito haver escolha legítima de exercentes do poder político-estatal. Nele, portanto, a forma é também garantia “fundamental”” (GOMES, 2018, p. 269). Pelo voto o povo escolhe quem irá representá-lo

para tomar decisões em nome da coletividade, ou candidata-se para fazer cumprir os anseios da população.

De acordo com Rollo (2022, p.8), "o direito de sufrágio, o direito de eleger (capacidade eleitoral ativa) é exercido por meio do voto direto. Vale dizer que o direito de voto é o instrumento do exercício do direito de sufrágio." Em resumo, o sufrágio é o direito de votar e ser votado. Sua importância é imensa, uma vez que culmina na condução do Estado e os rumos da organização social.

O voto é obrigatório para os maiores de 18 anos e menores de 70 anos. Entretanto, há limitações para exercício do sufrágio. No Brasil ele é reconhecido a brasileiros natos ou naturalizados e maiores de 16 anos, que não estejam em período militar obrigatório (os denominados conscritos na Constituição Federal). Os analfabetos, os maiores de setenta anos e os maiores de dezesseis e menores de dezoito votam facultativamente. Os estrangeiros e os conscritos não podem alistar-se como eleitores.

Ainda, para exercer alguns cargos políticos existe a chamada vedação:

Quanto aos naturalizados, a cidadania passiva sofre restrição, já que são privativos de brasileiro nato os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República. Não há impedimento a concorrerem e serem investidos nos cargos de Deputado Federal e Senador. O que a Constituição lhes veda é ocuparem a presidência da Câmara Federal e do Senado (CF, art. 12, § 3º). (GOMES, 2018, p. 75)

Assim, estes cargos devem ser exercidos por brasileiros natos, conforme artigo 12, parágrafo 3º da Constituição Federal. Presidente da República, vice-presidente, presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, Ministro do Supremo Tribunal Federal, da carreira diplomática, oficial das Forças Armadas e de Ministro de Estado da Defesa são cargos privativos de brasileiros natos, devido a linha sucessória e a segurança nacional.

Os dois critérios apresentados fazem diferenciação entre brasileiro nato e naturalizado, de maneira a assegurar os interesses brasileiros. Conforme leciona Alexandre de Moraes (2020), primeiramente pela sucessão, pois poderão substituir o Presidente da República o presidente da Câmara, do Senado e o Ministro do Supremo Tribunal Federal, por isso deve ocupar o cargo os brasileiros natos. O segundo ponto diz respeito à segurança nacional, dos cargos de diplomatas e oficiais das Forças Armadas, devido à posição estratégica em assuntos de Estado.

A cidadania por sua vez, fundamento do Estado democrático de Direito brasileiro, não atinge a todos. Para ser cidadão é necessário possuir direitos políticos válidos,

representados documentalmente pelo Título de Eleitor. É possuir a qualidade de eleitor. Segundo Gomes (2018, p. 75): “A cidadania constitui atributo jurídico que nasce no momento em que o nacional se torna eleitor”. Somente deste modo poderá um nacional concretizar o desejo popular na participação do destino do Estado.

Para o exercício real da soberania e cidadania é preciso entender as regras do processo eleitoral. Para a eleição de deputados e vereadores é utilizado o sistema proporcional, em que os votos computados vão para o partido e em uma segunda etapa para os candidatos. O presidente da República, governadores, senadores e prefeitos são escolhidos pelo sistema majoritário, quem obtiver o maior número de votos vence, conforme explica o Tribunal Superior Eleitoral (ROSA, 2020, p.[2])

O sistema proporcional é o mais difícil de ser compreendido, pois aplica o quociente eleitoral⁷. Nele, apenas partidos que atingem esse quociente terão direito a vagas e poderão colocar seus candidatos em exercício de mandato. Ainda, conforme Rosa (2015, p.[3]): “A partir daí, analisa-se o quociente partidário, que é o resultado do número de votos válidos obtidos, pelo partido isolado ou pela coligação, dividido pelo quociente eleitoral. O saldo da conta corresponde ao número de cadeiras a serem ocupadas”. Deste modo, é realizado um cálculo para saber qual será o número disponível de vagas para determinado partido.

A utilização do quociente eleitoral é uma das razões que fazem com que muitos eleitores se sintam enganados, ou pensam que existe alguma fraude, ou ainda, que o processo eleitoral não é seguro. Afinal, como pode um candidato bem votado não conseguir se eleger? Ou ainda, aquele com poucos votos poder exercer o mandato aquém da vontade da maioria?

O Tribunal Superior Eleitoral concorda que é bastante complicado este entendimento, até apresentava a importância da formação de coligações nas eleições proporcionais. Entretanto, a formação destas seguiria a conveniência do partido, e poderia não expressar a ideologia do partido central com os demais, que possuem o interesse em juntar-se apenas para conseguirem cadeiras dentro do quociente eleitoral.

Trata-se, portanto, de um sistema relativamente complexo e que, com frequência, gera dúvidas e provoca debates. Se, por um lado, permite a representação de diversos segmentos da sociedade, por outro, estimula a competição partidária interna e possibilita que

⁷ O quociente eleitoral é definido pela soma do número de votos válidos (= votos de legenda e votos nominais, excluindo-se os brancos e os nulos), dividida pelo número de cadeiras em disputa. Apenas partidos isolados e coligações que atingem o quociente eleitoral têm direito a alguma vaga. <https://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-5-ano-3/como-funciona-o-sistema-proporcional>).

candidatos com maior poder econômico se destaquem em relação aos correligionários, que concorrem às mesmas vagas (ROSA, 2015, p.[4]).

Contudo, a Emenda Constitucional 97/2017 determinou o fim das coligações para eleições proporcionais (vereadores, deputados estaduais e distritais e deputados federais). A mudança busca assegurar o poder de escolha do eleitor, ficando este livre para votar no projeto político que apoia, já que “[...] a formação das alianças nem sempre reflete um alinhamento ideológico, o eleitor podia, sem saber, contribuir para a eleição de candidatos de partidos com os quais não tivesse nenhuma afinidade”, segundo explica o próprio TSE (MUDANÇAS..., 2020, p. [2]).

Fica claro que o processo eleitoral possui falhas, é de difícil compreensão para a larga maioria dos eleitores e produz efeitos diversos dos assegurados constitucionalmente, afinal, esse sistema não é capaz de assegurar a isonomia, a ideologia partidária e a concretude das propostas criadas dentro dos próprios partidos.

Os Partidos Políticos

Pelo sistema representativo, conforme vimos, as eleições materializam a participação popular nas decisões políticas. Portanto, é indispensável analisarmos o caso dos partidos políticos, uma vez que o poder do povo é exercido por meio dos representantes eleitos, filiados obrigatoriamente a algum partido, requisito expresso na Constituição Federal, art. 14, parágrafo 3º, inciso V.

Com garantias e prerrogativas asseguradas no art. 17 da Carta Magna, o papel dos partidos ganha destaque na política atual. A importância dada a eles retira sua validade da própria democracia constitucional, uma vez que o processo democrático se concretiza nas eleições.

Surgidos na Inglaterra e impulsionados pelos movimentos socialistas (cf. FERREIRA, 1989, p. 338), os partidos tornaram-se peças essenciais para o funcionamento do complexo mecanismo democrático contemporâneo. Com efeito, captam e assimilam rapidamente a opinião pública; catalisam, organizam e transformam em postulados – em bandeiras de luta – as díspares aspirações surgidas no meio social, sem que isso implique ruptura no funcionamento do governo constituído. (GOMES, 2018, p.70)

Entretanto, Bonavides leciona que os partidos políticos no século XX foram duramente criticados por pensadores como Rousseau, Bolingbroke, Hume e Hobbes (2000,

p.346 e 347). Apesar do conceito negativo presente no século passado, hoje entende-se que é impossível exercer a democracia sem os partidos políticos.

A democracia representativa, a qual o país adotou, se faz somente por meio dos partidos, sendo o poder da maioria deixado nas mãos de grupos dentro dos partidos. A democracia, dessa forma, em muito se distancia da democracia dos atenienses e se torna uma forma oligárquica de exercer o poder. Como afirma Bonavides, (2000, p.280) "com o Estado partidário, todo o sistema representativo tradicional entra em crise". Isto porque quem controla o poder que está nas mãos de poucos faz o que bem quer dele.

Afirma Bonavides (2000) que o Estado de nossos dias é predominantemente partidário. Reafirma sua força e prestígio com novas demandas das classes populares. Isto ocorre, pois para Jean-Jacques Rousseau (1973), todo o clamor das massas deve passar por um órgão ou poder intermediário, que venha a ser o partido político.

Destarte, muitas vezes estas demandas ao chegarem ao partido podem transformar-se por completo, uma vez que para Bonavides todos os partidos podem se corromper (2000, p. 278).

No país, porém, temos uma grande quantidade de partidos existentes. O TSE registrou, em 2022, trinta e dois partidos. Mesmo sendo em um número considerável, a população não se sente mais representada pelos partidos. Um ponto importante é que não existem raízes históricas fortes e ideologia firmada dentro deles. Além disso, os partidos não têm sido capazes de se modelar às novas mudanças políticas e econômicas, conforme afirma Chantal Mouffe:

A conjuntura atual convoca para uma ruptura com a formação hegemônica existente, e isso é algo que os partidos sociais liberais são incapazes de reconhecer. Esses partidos tornaram-se profundamente integrados à formação econômica neoliberal, e o seu discurso reformista não permite-lhes traçar uma fronteira política e visualizar uma perspectiva alternativa. Para que esses partidos sejam capazes de oferecer uma solução para a crise, é necessária uma transformação profunda de suas identidades e de suas estratégias (MOUFFE, 2018, p. 40).

Apesar disso, à medida que cresce a participação popular, o povo só enxerga os partidos para entregar seus clamores e reivindicações. Há, portanto, uma confusão entre ser o partido político a própria manifestação de democracia. Isto posto, os cidadãos depositam suas esperanças nos políticos, almejando terem suas demandas atendidas, acreditando ser essa a expressão de seu poder enquanto soberano político. E têm se sentido frustrados ante a não realização de seus objetivos.

Conforme dito anteriormente, o grande problema desta relação é que, deixando o poder nas mãos de poucos, torna-se fácil serem corrompidos os ideais que uniram aquele grupo de pessoas por interesses meramente pessoais. O povo acaba perdendo o controle sobre as decisões e por vezes não sabe da força que influências externas podem ter na atuação dos políticos. O poder, assim, acaba sendo utilizado para atender aos anseios daquele que o está exercendo, e não dos legítimos detentores deste mesmo poder.

De igual modo coaduna Jairo Gomes ao dizer:

Percebe-se certo desencantamento pelo atual modelo de democracia representativa. Em geral, parcela significativa da população não se sente representada nas instâncias do poder político-estatal. Para tanto, muito têm contribuído as novas tecnologias e a Internet. Hoje, com a revolução tecnológica e da comunicação, os cidadãos são mais livres e independentes, têm suas próprias pautas e ideias, contando com canais eficientes para comunicá-las instantaneamente a todo o mundo. (GOMES, 2018, p.71)

Assim, conforme entendimento doutrinário, a falta de crença nos partidos políticos, a diminuta representatividade popular e o controle partidário das instituições políticas fragilizam a democracia, deixando espaço para movimentos e ideologias como a que iremos tratar a seguir.

O Populismo

O populismo não é novo. É um movimento já estudado desde a idade média (MITRE, 2008) e que passou ao longo da História por diversas transformações, mas que ganhou força no cenário mundial atual, chamado também de nacional-populismo. Não existe uma definição clara sobre o que vem a ser o populismo, muito embora seu conceito acabe relacionado com manipulação e promessas políticas inconsistentes. Para Chantal Mouffe, o populismo trata-se de um modo de fazer política que pode ter diferentes formas ideológicas, de acordo com o tempo e o lugar, compatível com diversas estruturas institucionais (MOUFFE, 2018, p. 21). Os populistas lutam contra o *status quo* político, contra o *establishment*.

As alterações e transformações políticas ao longo de guerras e crises socioeconômicas levaram a drásticas mudanças nos países, desestabilizando a ordem estabelecida pela enorme quantidade de demandas insatisfeitas (MOUFFE, 2018, p. 21). Como resposta às transformações mundiais, as pessoas procuram encontrar no populismo as políticas públicas que atendam a seus interesses. Praticamente todos os países

ocidentais foram afetados nestes últimos anos, de diferentes formas, pela manifestação do populismo.

O Brasil, inclusive, já teve seu período de efervescência populista. Durante o processo de industrialização do país (1914-1964), oriundo de manifestações internas após a ruptura com o sistema colonial capitalista, as massas começaram a participar das decisões na política e no desenvolvimento nacional. Isto se deve à tática para expansão do setor industrial, concedendo aos assalariados garantia de acesso a uma parte do poder, conforme estudo de Octavio Ianni, autor que reconstruiu a perspectiva histórica da crise econômica brasileira (IANNI, 1988, pg. 55). Seu grande expoente populista foi Getúlio Vargas e a esquerda política.

Neste período, nos demais países da América Latina, as respostas dadas às crises desenvolvimentistas foram definidas pela estrutura socioeconômica e pelas estratégias utilizadas para se ajustar a estas mudanças. O populismo assumiu caráter urbano e modernizador, relacionado com a sociedade de massas (MITRE, 2008, p. 10). De tão particular, o populismo foi considerado um fenômeno latino-americano diferenciado. Como exemplos podemos citar os casos da Argentina com o Peronismo e o Uruguai com José Batlle y Ordóñez.

Entretanto, vejamos a Venezuela, uma das mais longevas e consolidadas democracias da região. Comandada por Hugo Chávez desde 1998 até sua morte em 2013, que assumiu o poder em uma eleição democrática, porém, transformou a democracia em um regime autocrático, muito devido à fragilidade do sistema político venezuelano (OLIVEIRA, 2021, p. [7]). Como resultado das mudanças realizadas por Chávez e com a assunção ao poder por Nicolás Maduro, o país tem altos índices de mortalidade, o povo sofre com a fome, hiperinflação e mudanças diárias nos valores dos bens de consumo.

A partir dos anos de 1980 e 90, o “termo populista começou a ser aplicado, então, indistintamente a governos de direita ou de esquerda” (MITRE, 2008, p 4). Conforme apresenta Wolfgang Merkel: “Populistas de direita alimentam uma visão étnica ou até mesmo racista de um povo homogêneo. Já populistas de esquerda compreendem o povo como os pobres, desfavorecidos e explorados” (MERKEL, 2022, p.[4]). Ambos os conceitos criam uma barreira à efetiva participação na democracia, pois enxerga de maneira distorcida a realidade da população. “O problema dos dois tipos de populismo reside no desprezo das organizações intermediárias tais como partidos, associações ou parlamentos” (MERKEL, 2022, p.[4]). Este desprezo aumenta ainda mais o distanciamento do povo das decisões políticas, afinal, na democracia, a forma de se fazer política foi instituída por representantes escolhidos pelo povo.

Segundo Cas Mudde e Cristobal Rovira Kaltwasser (2017), o populismo é uma ideologia que considera que a sociedade se divide em dois grupos, o ‘povo’ e a ‘elite

corrupta'. O que quer dizer é que na ideologia populista as elites desapontaram o povo e usurparam a democracia. Por consequência, os políticos populistas propagam que o povo deve recuperar sua nação, votando neles. Segundo Allan G. Johnson, no Dicionário de Sociologia (1997, p. 179), "populismo é uma ideologia ou movimento social que deposita fé na sabedoria do homem comum e por isso mesmo desconfia das elites[...]". O populismo busca nas classes sociais mais baixas o eleitorado dos candidatos, defendendo os interesses dessas classes por intermédio de ações assistencialistas.

Ademais, para o autor Ernesto Laclau (2005), o populismo é um conceito de significado vazio. Para ele, importa o "Momento populista", ou seja, o conflito na esfera política ante as rupturas na estrutura vigente. O populismo, para Laclau, é na verdade uma maneira de se fazer política. Por ser um conceito destituído de significado "esta ideologia 'centrada' poderia ser facilmente combinada com outras ideologias, incluindo comunismo, ecologismo, nacionalismo ou socialismo" (MUDDE, 2017, p. 543-544). Pode, portanto, ser utilizado por líderes autoritários.

Para entender a força do populismo é necessário analisar como as novas mudanças sociais já enraizadas tem causado preocupação entre as pessoas. Eatwell e Goodwin resumem a questão populista em quatro "Ds", baseados, conforme explicam, em queixas legítimas dos cidadãos.

O primeiro é a *desconfiança* que as pessoas têm sentido em relação aos partidos políticos; A segunda mudança diz respeito à forte imigração e mudança étnica, gerando medo de uma *destruição* das comunidades da identidade histórica do grupo nacional e dos modos estabelecidos de vida (EATWELL e GOODWIN, 2020, p. 19). A crescente *desigualdade social*, experimentada recentemente em países desenvolvidos, tem gerado a terceira mudança tendente a aumentar o medo e sensação que outros grupos recebem mais benefícios que outros, e por fim o rompimento do elo entre eleitores e partidos causa o *desalinhamento*. (EATWELL e GOODWIN, 2020, p. 21). Os partidos políticos possuíam eleitores fiéis, mas este quadro vem mudando ao longo do tempo, causando a ideia de que os eleitores não estão sendo representados.

Juntas, essas mudanças abriram considerável espaço para os populistas, com grande número de pessoas que já não se identificam com os políticos que se estabeleceram e que sentem que não têm voz na política atual, e que o sistema econômico neoliberal está deixando-as para trás em relação a outros na sociedade (EATWELL e GOODWIN, 2020, p. 21).

Além dos problemas enfrentados pela coletividade surgiram importantes temas como a defesa do meio ambiente, sexismo, gays, racismo e outras formas de dominação.

Neste contexto, o populismo volta à tona na 'pós-democracia'⁸ (MOUFFE, 2018, p. 26) após série de manifestações dos movimentos de resistência ao sistema político e econômico ocorridos na Grécia, Espanha, Áustria e França, uma vez que para esses grupos, seus países estavam sendo controlados pela "elite corrupta" e alheia aos problemas sociais.

Ademais, muitas reivindicações dos populistas são legítimas e constitucionais em que derivam da preocupação da grande maioria da população, que passam pelos mesmos problemas, encontrando, assim, no populismo, uma forma de ter suas demandas ouvidas na esperança de que sejam atendidas, segundo explicam:

O nacional-populismo também suscita questões democráticas legítimas que milhões de pessoas querem discutir. Os nacional-populistas questionam a maneira pela qual as elites se tornaram cada vez mais isoladas da vida e das preocupações das pessoas comuns. Questionam a erosão do Estado-nação que veem como único constructo capaz de organizar nossas vidas políticas e sociais. Questionam a capacidade das sociedades ocidentais de absorverem rapidamente as taxas de imigração e uma "supermudança étnica" amplamente sem precedentes na história da civilização moderna (e que, nos EUA inclui uma grande minoria de imigrantes ilegais) (EATWELL e GOODWIN, pg. 11, 2020)

As preocupações das pessoas são, de fato, genuínas, afinal a atual política não dá conta de atender a todos os que se sentem "deixados para trás", já que, como visto anteriormente, não existe um controle efetivo ao mandato dos políticos por parte do povo ou dos órgãos de controle que possam assegurar a realização das promessas de campanha. Deste modo, a vontade individual do agente político acaba por prevalecer ante às demandas do eleitorado, que cada vez mais aumentam suas queixas com a forma de condução do Estado.

Com o aumento das manifestações populistas e a sua disseminação, o povo perdeu a confiança no sistema político. Deste modo, populismo também exclui a população da tomada de decisões políticas fundamentais e ameaça os direitos das minorias e a democracia Constitucional como um todo, uma vez que seus partidários buscam muitas vezes a defesa de valores reacionários, mas que não atendam à coletividade.

⁸ A situação atual pode ser descrita como "pós-democracia", porque, nos últimos anos, como consequência da hegemonia neoliberal, a tensão "agonística" entre os princípios liberais e os democráticos, a qual constitutiva da democracia liberal, foi eliminada. Com o fim dos valores democráticos de igualdade e soberania popular, os espaços "agonísticos", onde diferentes projetos de sociedade poderiam se confrontar entre si, desapareceram, e os cidadãos são privados da possibilidade de exercer seus direitos democráticos (MOUFFE, 2018, p. 24-25).

As nações hegemônicas europeias veem com temor a miscigenação e não aceitam que suas raízes originárias sejam misturadas com outros povos e culturas. Por isso, para eles, a imigração e a questão dos refugiados são um grave problema. No Brasil, entretanto, a imigração sempre existiu, bem como nos países vizinhos. O que causa temor nas nações latinas e em países menos desenvolvidos é a exclusão digital, econômica e tecnológica fomentada pela enorme desigualdade social que o atual modo de se fazer política não procura dizimar. Conforme traduz Eric Landowski:

Os apoiadores de movimentos populistas seriam todos “perdedores da globalização” e “excluídos da revolução digital”. O voto deles seria, em outras palavras, aqui e ali a expressão de um mesmo tipo de frustrações ligadas às mudanças tecnológicas e econômicas globais, agravadas em todos os lugares pelo mesmo ressentimento em relação a “elites” consideradas quer incapazes de resolver os problemas causados por essas evoluções, quer demasiadamente atada a seus próprios interesses imediatos para enfrentá-los com equidade. (LANDOWSKI, 2020, p.[4])

Além das demandas sociais, há entre os apoiadores do populismo um magnetismo para com o líder, que consegue estabelecer uma ligação quase religiosa para com o seu público. Landowski afirma que essa ligação se dá de maneira espontânea, por “razões sentidas mais do que pensadas e ponderadas, ou seja, baseadas em sentimentos de afinidade imediata que remetem a um plano de pertinência distinto do plano puramente cognitivo” (2020, p.[6]). Ou seja, o populista apela para as emoções do eleitorado.

Assim, também, “a receptividade dos cidadãos à política populista parece ser estimulada por sentimentos de ansiedade, de privação e de injustiça social em relação a situações de crise e de mudanças sociais” (REINEMANN et. al, 2019, apud SILVEIRA, 2021, p. 10). Eatwell e Goodwin asseveram que, “[...] o que importa mais no contexto econômico é o estado mental das pessoas, suas percepções subjetivas” (2020, p. 194). Nesta esteira, a análise do plano de governo do candidato não possui relevância. Afirma, assim, Landowski:

O populismo é visto como movimento tipicamente definido por um líder carismático ou demagogo que afirma falar em nome das massas. Os líderes populistas costumam usar linguagem comum e mesmo grosseira para demonstrar sua afinidade com as pessoas “verdadeiras”, “puras” ou “reais”; eles buscam cimentar seus laços com elas e reforçar seu status como outsiders através de terminologias “nós versus eles” ou “bom versus mau”. (LANDOWSKI, 2020, p. 67-68, *grifo nosso*)

Sendo assim, o líder populista busca aproximar-se do seu público, como parceiros que trabalham do mesmo lado, utilizando-se de carga emocional, como a ansiedade, o medo e a raiva. São exemplos desses líderes populistas: Nigel Farage na Grã-Bretanha; Marine Le-Pen, na França; Viktor Orban, na Hungria; Donald Trump, nos EUA; Geert Wilders, na Holanda; Heinz-Christian Strache, na Áustria, Matteo Salvini na Itália e Jair Bolsonaro no Brasil.

Uma ferramenta de grande poder para que os populistas possam atingir o objetivo de identidade comum com seus eleitores tem sido sem dúvida, a internet e as redes sociais. Por meio delas é possível criar laços de familiaridade com seu público, afinal, no dia a dia seu comportamento é igual ao de todos, portanto podem dividir as mesmas preocupações com o povo, se afastando da elite corrupta, comportando-se como iguais, de modo a assegurar confiança, simpatia e lealdade de seus eleitores.

Deste modo, a internet tem sido utilizada, também, como ferramenta para propaganda eleitoral. É possível, inclusive, o pagamento na internet para fins políticos, o chamado 'impulsionamento'. Com a reforma eleitoral, em 2009, a Lei 12.034, nos arts. 57-A a 57-I formam as regras para o uso da propaganda eleitoral digital. Assim, a evolução tecnológica abriu espaço para o acesso à informação para uma melhor tomada de decisões no que diz respeito ao voto.

Todavia, as redes não são utilizadas meramente para apresentar a vida pessoal do candidato populista ou para campanhas eleitorais. Ela tem sido palco de inúmeras notícias falsas, as chamadas, *fake news*. As *fake news* são informações falsas ou falaciosas disseminadas nas redes sociais. São atribuídos aos populistas sua divulgação, buscando confundir os eleitores, em suma com notícias que contrariam a Constituição e o ordenamento jurídico.

Neste plano, no combate à chamada 'desinformação', propagadas por meio das *fake news* e os populistas, o STF, durante este ano, renovou parcerias com as principais redes sociais e plataformas de tecnologia. Neste acordo as plataformas se comprometem a desenvolver e utilizar ferramentas para combate a desinformação, especialmente no que se refere ao debate eleitoral, sem custo para o Supremo, segundo notícia dada pelo site G1 em 10 de abril de 2022.

Para Luís Roberto Barroso (DEMOCRACIA [...] 2022, p. [3]), o populismo corrói as instituições: "A democracia constitucional no mundo em geral, e no Brasil inclusive, se encontra questionada, sob ataque [...] do populismo autoritário. Que é não uma ideologia, mas um processo divisionista da sociedade". Assim, o populismo, embora com reivindicações legítimas, tem o condão de cercear o direito de escolher o candidato analisando racionalmente suas propostas de maneira a atender aos interesses sociais.

Entretanto, para Mouffe, o diálogo pode ser uma forma de assegurar a participação populista no contexto político atual sem prejuízo à democracia: "Acredito que, se uma linguagem diferente estiver disponível, muitas pessoas podem lidar com seus problemas de uma forma diferente e participar da luta progressista" (2018, p. 29). Assim, se mais pessoas forem ouvidas, suas queixas levadas em consideração, as populações excluídas conseguirem fazer parte do diálogo político e a dicotomia "nós" versus "eles" for ultrapassada, talvez se possa exercer a real democracia liberal tão festejada.

Considerações finais

O populismo confunde a correta avaliação do eleitor, pois este se baseia em critérios subjetivos e emocionais para escolher, sendo inflamado pelo uso da internet, disseminação de *fake news* e discurso popular. Contudo, não podemos deixar de concordar que as demandas apresentadas por eles são legítimas. A política brasileira deixa de fora o cidadão na tomada das decisões, por seu confuso sistema eleitoral, a descrença nos partidos políticos, sem nos aprofundarmos em seus diversos escândalos e corrupção na política.

O tema populismo está longe de chegar a um consenso. Vimos durante este artigo sua defesa e crítica, ao qual também corroboramos, afinal, não foi possível afirmar com certeza que o populismo culminará em um regime autocrático; mesmo possuindo grande fundamento para tal até o momento não alcançou na maioria dos países em que se inseriu.

Não podemos esquecer-nos de outros dois fatores que afastam a participação do povo nas decisões políticas: os grupos de pressão, ou *Lobbies*, que manipulando a imprensa e a opinião pública, buscam decisões favoráveis para suas demandas dentro do parlamento, por possuírem dinheiro e influência; e a *tecnocracia*, a exigência de tecnicidade e dos cientistas políticos para a tomada das decisões, muitas delas tomadas em completo sigilo, não sendo estes o objeto de estudo do presente artigo.

Ademais, o populismo por si só não é o único responsável por nos distanciar do exercício do poder. Como vimos ao longo deste artigo, a Constituição e o processo eleitoral brasileiro não são capazes de assegurar a participação do povo na arena política. O cerne da questão reside no fato de que as democracias em geral estão perdendo espaço no cenário da economia globalizada. Os países têm passado por crises e processos reestruturadores em que a democracia não dá conta de atender as demandas dos cidadãos e nem abre espaço para que o povo possa participar na tomada de decisões.

Em suma, não é possível afirmar que o populismo tende a ser uma ameaça à democracia constitucional, pois esse modo de fazer política não é determinante para culminar em um regime autocrático, porém é um dos fatores que, aliado a características

próprias de cada nação e de suas raízes democráticas, tem sim o condão de levar ao poder um líder despótico.

Outrossim, no Brasil, exercer a soberania tem sido um grande dilema. Grande parte da população permanece alheia à vida política e quando vota não cobra as promessas feitas pelos candidatos eleitos e nem se utiliza dos instrumentos de participação popular.

Além disso, os dois últimos *impeachments*, de Fernando Collor, em 1992 e de Dilma Rousseff em 2016 e ainda o movimento reacionário contra o resultado das últimas eleições presidenciais que coloca Luís Inácio Lula da Silva pela terceira vez no poder nos faz questionar até que ponto os valores democráticos asseguram que as decisões tomadas pela maioria no país sejam consideradas, já que não pode o povo quebrar a estrutura jurídica existente senão pela forma constitucionalmente assegurada, uma vez que este mesmo povo escolheu a assembleia constituinte que definiu a estrutura jurídica atual. Por ser este um assunto extenso, poderá ser tema para futuros aprofundamentos e pesquisas neste campo.

Referências

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Norberto Bobbio, Tradução de Marcos Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, Ano 2004;

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. Ed. 10. São Paulo: Malheiros Editora, Ano 2000;

BRANDÃO, Ramon Taniguchi Piretti. Cultura política e processo eleitoral no Brasil. **Estação Científica (UNIFAP)**, Macapá, v. 6, n. 2, p. 17-32, maio/ago, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: www.planalto.gov.br Acesso em 12 de abril 2022;

CÂMARA, Heloisa Fernandes. Populistas e autoritários? Debates sobre usos do conceito. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 12, N. 2, 2021, p. 861-884;

CASSIMIRO, Paulo Henrique Paschoeto. Os usos do conceito de populismo no debate contemporâneo e suas implicações sobre a interpretação da democracia. **SciELO**, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/Qmjj7wBTyR6RN4pkTzNqVvc/#>. Acesso em 20 de abril 2022.

DEMOCRACIA é alvo de ataque do populismo autoritário, mas tem sido capaz de resistir, diz Barroso. **G1**. 10/04/2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/04/10/democracia-e-alvo-de-ataque-do-populismo-autoritario-mas-tem-sido-capaz-de-resistir-diz-barroso.ghtml>. Acesso em 10 de abril 2022;

EATWELL, Roger; GOODWIN, Matthew. **Nacional-populismo: a revolta da democracia liberal**. Tradução: Alessandra Bonruquer – 1ª Ed. – Rio de Janeiro: Record, 2020.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Edusp, 2013.

FILIAÇÃO partidária é exigência de elegibilidade, informa o Glossário Eleitoral. **TSE**. 2019. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2019/Abril/filiacao-partidaria-e-exigencia-de-elegibilidade-informa-glossario-eleitoral>. Acesso em 12/10/2022.

FOLHA DE SÃO PAULO. 2022. **O Século do Populismo**. Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2021/01/o-seculo-do-populismo.shtml>

Acesso em 28 de abril 2022;

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral** – 14. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018;

IANNI, Octavio. **O colapso do populismo no Brasil**. Ed. 4, Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1988;

JOHNSON, Allan G. **Dicionário de Sociologia. Guia Prático da Linguagem Sociológica**. Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997;

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, Coimbra, 4ª edição, Armênio Amado Editor;

LATINOBAROMETRO. 2022. Disponível em: www.latinobarometro.org. Acesso em 11 de maio 2022;

LANDOSWKI, Eric. Crítica Semiótica do Populismo. **SciELO**. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/gal/a/NPsR4yxJwmHBFpygT5jVCpt/?format=html&lang=pt>. Acesso em 17 de out. 2022;

LOPES, Alice Casimiro, MENDONÇA, Daniel de. **O Populismo na Visão Inovadora de Laclau**. In: LACLAU, Ernesto. *A Razão Populista*. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

MITRE, A. F. As peregrinações de um conceito: populismo na América Latina. **Cadernos de História**, v. 10, n. 13, p. 9-23, 13 dez. 2008.

MOUFFE, Chantal. **Por um populismo de esquerda**. Tradução Daniel de Mendonça. First published by Verso 2018. E-book: @sobinfluencia, 2018-2019;

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** – 36. ed. – São Paulo: Atlas, 2020;

MUDANÇAS nas Eleições 2020: fim das coligações para os pleitos proporcionais. **TSE**. 2020. Disponível em <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2020/Outubro/mudancas-nas-eleicoes-2020-fim-das-coligacoes-para-os-pleitos-proporcionais>. Acesso em 20 de out. 2022.

MUDDE, C., KALTWASSER, C. R. **Populismo: Uma brevíssima história**. Tradução de Maria de Fátima Carmo. 1ª ed. Lisboa: Gradiva, 2017;

OLIVEIRA, Gustavo Parreiras Freitas de. Populismo na Venezuela contemporânea: o autoritarismo nos governos de Chávez e Maduro. **PUC Minas. Conjuntura Internacional**, 2021. Disponível em: <https://pucminasconjuntura.wordpress.com/2021/09/08/populismo-na-venezuela-contemporanea-o-autoritarismo-nos-governos-de-chavez-e-maduro/>. Acesso em 02 de nov. 2022;

ROLLO, Alberto. Urna eletrônica no Brasil. **Revista do Advogado**. Associação dos Advogados de São Paulo. São Paulo, nº 155, p. 7-16, agosto, 2022;

ROSA, Pedro Luiz Barros Palma da. Como funciona o sistema proporcional. **Revista Eletrônica da EJE**. Ano V, n. 5, agosto/setembro 2015. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-5-ano-3/como-funciona-o-sistema-proporcional>. Acesso em 12 de out. 2022.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social ou Princípio do Direito Político**. Tradução: Lourdes Santos Machado. São Paulo, Abril, "Os Pensadores", 1973;

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª Ed. São Paulo, Editora Malheiros, 2005;

SILVEIRA, Yago Cury. **Mídia e populismo na América Latina: as campanhas presidenciais de Jair Bolsonaro e Andrés Manuel López Obrador no Twitter**. PUC, Rio de Janeiro, 2021.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. Ed. 22. São Paulo: Malheiros, 2007.

EFICÁCIA, EFETIVIDADE E PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

LINA MARIE CABRAL: Bacharela em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Pós-graduada em Direito Constitucional. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Amazonas.⁹

RESUMO: Os direitos sociais são direitos fundamentais de segunda geração, que exigem uma contraprestação positiva do Estado. Porém, não são meros programas, que indiquem uma intenção do constituinte originário, como algumas correntes doutrinárias asseguram. Os direitos sociais vinculam o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, já que são normas constitucionais e o seu descumprimento implica em um ato inconstitucional. Esse entendimento foi seguido pela Constituição da República de 1988, que trouxe os direitos sociais no título referente aos direitos e garantias fundamentais ao contrário das constituições anteriores que trataram do tema no Capítulo relacionado à Ordem Econômica e Social. No que concerne aos direitos sociais a CR/88, deu um grande avanço para efetividade desses direitos na atualidade. A própria Carta Magna traz instrumentos de proteção a esses direitos para que o Poder Público, não deixe de cumprir os seus mandamentos constitucionais, já que apresentam aplicabilidade imediata nas medidas das possibilidades oferecidas e um mandamento a ser executado.

Palavras-chave: Direitos sociais. Efetividade. Jurisdição constitucional.

1. INTRODUÇÃO

A efetividade dos direitos sociais hodiernamente é um desafio, que vem sendo muito discutido no Brasil, em virtude da realidade social vivenciada pela população menos favorecida, já que esses direitos estão intimamente ligados a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, conforme o art.1º, III, da CRFB/88 e da necessidade de expansão da jurisdição constitucional.

Várias correntes doutrinárias têm negado o seu caráter de norma constitucional e quando aceitam, os classificam como meramente programáticas, sendo apenas uma intenção do legislador originário, não ensejando a sua tutela jurisdicional com fundamento exclusivo na constituição.

⁹ Contato: linamcabral@hotmail.com

A partir desta problematização, tem-se como objetivo geral analisar eficácia e efetividade das normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais de segunda geração, e especificamente: destacar que com advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 houve mudanças significativas em relação aos direitos sociais, uma vez que, são tratados no título referente aos direitos e garantias fundamentais, ao contrário do texto constitucional anterior que tratou da matéria no capítulo referente à Ordem Econômica e Social.

Outrossim, analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que discute a concretização de que os direitos sociais conferindo o dever do Poder Público a dar condições de efetividade fática a esses direitos.

Para tanto, será utilizado o método de abordagem dialético, fazendo, assim, uma análise do ordenamento de forma sistêmica, uma vez que uma lei não pode ser compreendida isoladamente, assim como a jurisprudência não pode ser analisada senão no decorrer do tempo, quando em movimento.

No que tange ao procedimento, será utilizado o método analítico-descritivo e o método correlacional. Aquele consiste em uma abordagem teórico-reflexiva da evolução histórico-filosófica do constitucionalismo e sua intrínseca relação com teoria das gerações dos direitos fundamentais.

Por sua vez, meio do método correlacional, busca-se realizar, de forma criteriosa, uma análise da clássica doutrina constitucional que prescrevem os direitos sociais como normas de cunho programático e os avanços proporcionados pelo neoconstitucionalismo na expansão da jurisdição constitucional que possibilitam a efetivação dos direitos sociais.

2.CONSTITUCIONALISMO E A TEORIA DAS GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A construção da teoria dos direitos fundamentais está intrinsecamente ligada aos marcos históricos e filosóficos do constitucionalismo, assim entendimento como o movimento político-social cujo objetivo era a limitação do poder estatal.

Do ponto de vista histórico, os direitos fundamentais são classificados em gerações, pois representam a evolução do próprio constitucionalismo e demonstram como se deu a construção e efetivação da teoria dos direitos fundamentais ao longo do processo histórico de formação dos Estados-Nações e da promulgação das suas constituições.

É importante ressaltar que a divisão em gerações se relaciona com a evolução histórica, o que significa que os novos direitos não são superados com a chegada de uma nova geração, mas sim incorporadas na geração seguinte, como será vista adiante.

Essa divisão das liberdades públicas em gerações é um entendimento já consagrado na doutrina e no Supremo Tribunal Federal¹⁰, na medida em que reconhecem a evolução histórico-filosófica da concretização dos direitos fundamentais a partir do constitucionalismo.

Feitas estas considerações, é importante destacar que o termo constitucionalismo é entendido pela doutrina como um movimento político-social cujo objetivo é a limitação do poder estatal e a concretização de direitos aos indivíduos, contrapondo-se ao absolutismo, que foi a característica marcante na formação dos Estados.

Para o estudioso Karl Loewenstein¹¹ o constitucionalismo "*não é senão a busca pelo homem político das limitações do poder absoluto exercido pelos detentores do poder, assim como o esforço de estabelecer uma justificação espiritual, moral ou ética da autoridade, em vez da submissão cega à facilidade da autoridade existente*".

Na evolução histórica, o constitucionalismo passa por inúmeras fases com importantes marcos teóricos, nas quais é possível perceber o grau de evolução social na limitação do poder estatal e na efetivação de direitos fundamentais dos cidadãos frente ao Estado.

A primeira fase começa Antiguidade e estende o final do século XVIII com especial destaque para as experiências do Estado hebreu, da Grécia, de Roma e da Inglaterra.

É cediço que o Estado hebreu era teocrático e não possuía uma constituição escrita, porém havia uma limitação do poder dos súditos - e dos soberanos - pelos dogmas religiosos, ou seja, a limitação do poder estatal ocorrida através da vontade da lei divina. Para os constitucionalistas, a limitação dos soberanos pelo poder religioso pode ser considerada o marco histórico do nascimento do constitucionalismo.

Ainda na Antiguidade, a Grécia é vista como um estado político plenamente constitucional, no qual foi adotada uma avançada forma de governo denominada de democracia constitucional, o que acabou influenciando todo o mundo ocidental.

Na Grécia, havia uma divisão política na qual as cidades-estados gregas vigorava um regime de ampla participação dos cidadãos no processo decisório, assim os governados influenciavam na condução do processo político.

10 STF, Pleno, MS 22.164/SP, Rel.Min. Celso de Mello, DJ, 1, de 17-11-1995, p.39206.

11 LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución. (Colección Demos) Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

A contribuição do Estado Romano se deu como o desenvolvimento dos conceitos como *res publica* e a ideia de liberdade.

Já na Idade Média ocorre um dos mais importantes marcos do constitucionalismo a partir da experiência da Inglaterra por meio da Magna Carta inglesa (1215), que trouxe a contribuição teórica de limitação do governo – ainda incipiente nas experiências anteriores – e a igualdade dos cidadãos ingleses perante a lei. Porém, devido a sua proteção ser dirigida exclusivamente aos barões feudais e não a todo o povo, não é considerada propriamente uma constituição por muitos estudiosos.

Posteriormente, após vários influxos sociais, houve *Petition of Rights* (1628), que foi um acordo firmado entre o Parlamento e o Rei Carlos I, além de outros vários documentos, *Habeas Corpus Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1689).

Percebe-se que todos esses documentos apresentam garantias dos cidadãos diante do poder estatal com limitação da ingerência do poder estatal na esfera privada e é a partir dos anseios de se garantir um espaço de proteção ao ser humano em que o Estado não pudesse intervir que surge os movimentos constitucionais liberais.

A passagem do constitucionalismo antigo para o constitucionalismo clássico ou liberal caracteriza-se pela vinculação à ideia de constituição escrita e rígida, com força para limitar e vincular os órgãos do poder político, em que ocorre pelo abandono das constituições consuetudinárias para as primeiras constituições escritas, dada a necessidade de se consolidar os direitos que vinham sendo conquistados.

Duas experiências constitucionais marcam esse período que tem início no final do século XVIII com as revoluções liberais, identificado nas Constituições dos Estados Unidos da América de 1787 e da França de 1791.

Na experiência norte-americana, além do surgimento da constituição escrita, surge a ideia de supremacia constitucional, em que o Poder Judiciário tem a função de guardião da supremacia da Constituição, diante da sua neutralidade no debate político.

Com o movimento constitucionalista francês, a partir da Revolução Francesa, ao contrário da experiência norte-americana, não houve apenas o estabelecimento de balizas para as regras do jogo político, mas a criação de instrumentos de interferência nos projetos políticos por meio da concretização da visão de direitos individuais do homem.

É a partir desse momento histórico que surge efetivamente a posituação constitucional dos direitos fundamentais partindo-se de uma visão do Estado Liberal em que se busca a limitação do poder para que o Estado não intervenha nas relações sociais, econômicas e laborais, caracterizando-o como estado mínimo.

No Constitucionalismo Clássico surge a primeira geração de direitos fundamentais.

No final do século XVII, com o advento do liberalismo, marcado especialmente pela busca de conter os desmandos de um estado absolutista em que predominava a opressão e a arbitrariedade dos governantes em relação à população, surge a primeira geração dos direitos fundamentais, que estão relacionados com as liberdades de locomoção, propriedade, segurança, acesso à justiça, opinião, crença religiosa, integridade física.

Esses direitos têm como característica o caráter negativo no sentido de exigir do Estado uma atuação negativa, uma abstenção, o que decorre do próprio modelo de Estado idealizado pelas revoluções liberais americana e francesa.

Ao lado desses direitos civis também foram consagrados direitos de defesa, ligados a participação dos indivíduos na vida política do Estado.

Foi a partir do final da Primeira Guerra Mundial que surge o declínio do viés eminentemente liberal e se percebe a necessidade de que o Estado – não somente se abstenha de intervir nas relações privadas – garante aos indivíduos direitos sociais mínimos por meio de prestações positivas.

O constitucionalismo moderno tem como paradigma o Estado Social e tem como marco teórico constituição mexicana e a constituição de Weimar. Neste sentido, é importante trazer à baila as lições de Daniel Sarmento¹² que evidenciam a importância dessas duas constituições como balizas do Estado social e do constitucionalismo moderno:

“As Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) trazem em seu bojo novos direitos que demandam uma contundente ação estatal para sua implementação concreta, a rigor destinados a trazer consideráveis melhorias nas condições materiais de vida da população em geral, notadamente da classe trabalhadora. Fala-se em direito à saúde, à moradia, à alimentação, à educação, à previdência etc. Surge um novíssimo ramo do Direito, voltado a compensar, no plano jurídico, o natural desequilíbrio travado, no plano fático, entre o capital e o trabalho. O Direito do Trabalho, assim, emerge como um valioso instrumental vocacionado a agregar valores éticos ao capitalismo, humanizando, dessa forma, as até então tormentosas relações jus laborais. No cenário jurídico em geral, granjeia destaque a gestação de normas de ordem pública

¹² SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2ª Edição, Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2006, p. 19

destinadas a limitar a autonomia de vontade das partes em prol dos interesses da coletividade.”

É com esse modelo de Estado que surge a expansão da 2ª geração/dimensão de direitos fundamentais – os direitos sociais, econômicos e culturais.

Compreendem os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais objetivam assegurar o bem-estar e a igualdade, impondo ao Estado uma prestação positiva, ou seja, uma atuação do Estado em favor do homem. São todos aqueles direitos ligados ao trabalho, ao seguro social, à subsistência digna do homem, ao amparo à criança e à velhice. São direitos marcados pelas lutas dos trabalhadores, dos socialistas e da social-democracia, que resultaram no estado de bem-estar social.

Como se pode perceber os direitos de segunda geração e relacionam diretamente com a igualdade material na sua faceta positiva, ou seja, redução das desigualdades por meio de políticas públicas que garantam iguais oportunidades a todos.

O constitucionalismo contemporâneo, por sua vez, surge a partir do fim da 2ª Guerra Mundial e é fortemente marcado pela nefasta experiência das barbáries cometidas pelo nazismo, surgindo uma forte preocupação com a dignidade da pessoa humana, que passou a ser o valor central das constituições pós-guerra, e o novo Estado Democrático Social de Direito.

Em decorrência desse novo vetor das constituições contemporâneas surge uma nova geração de direitos fundamentais, os direitos de 3ª geração.

A terceira geração é aquela que se refere aos direitos coletivos da humanidade, os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade. Aludem esses ao meio ambiente, à defesa ecológica, à paz, ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, à partilha do patrimônio científico, cultural e tecnológico. Tais direitos têm sido incorporados nos ordenamentos jurídicos constitucionais de alguns Estados, como por exemplo, nas Constituições do Chile (art. 19, § 8º), Coréia (art.35, I) e do Brasil (art.225).

Os direitos fundamentais de quarta geração, apesar do dissenso doutrinário, estão relacionados aos à democracia, informação e pluralismo. Nas palavras de Paulo Bonavides¹³, deles dependem a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

¹³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006, p. 571-572

Depois de analisar a evolução histórica dos direitos fundamentais, já é possível conceituar e reconhecer os direitos sociais no ordenamento jurídico pátrio.

Os direitos sociais são, portanto, direitos fundamentais do homem de segunda geração, que funcionam como prestações positivas estatais vertidas em normas constitucionais, que possibilitam condições de vida mais dignas aos menos favorecidos, direitos que buscam amenizar situações de desigualdades, relacionando-se diretamente com o princípio da igualdade.

Os direitos sociais possibilitam ao homem efetivo gozo dos direitos individuais na medida em que propícias condições materiais mais próximas e combatíveis com o primado da liberdade. A dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado brasileiro, só é alcançada quando garantidos os direitos que amparam o homem nas suas necessidades vitais e não só na sua liberdade.

Pode-se classificar os direitos sociais com base nos arts. 6º a 11 da Constituição da República de 1988 da seguinte forma: direitos sociais relativos ao trabalhador, direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e à seguridade social; direitos sociais relativos à educação, cultura, lazer, segurança e moradia; direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso; direitos sociais relativos aos grupos, tais com: liberdade sindical, direito de greve, estipular contrato coletivo de trabalho, cogestão e autogestão.

É importante destacar que o rol dos direitos sociais previsto na CRFB/88 é meramente exemplificativo, quer dizer que não se esgota nos referidos artigos, bem podem encontra-se espalhados dentro da constituição ou em outros textos normativos que compõem o bloco de constitucionalidade.

3. EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS

Uma análise sobre a eficácia dos direitos sociais deve ser antecedida pelo estudo de sua natureza jurídica, tendo em vista que uma parte da doutrina clássica não reconhece os direitos sociais como direitos fundamentais e quando o reconhecem, qualificam-nos de meros programas e intenções do legislador originário.

Alguns juristas baseando-se na doutrina clássica norte-americana dividem as normas constitucionais em dois grupos: self-executing (normas auto-executáveis) e not self-executing (normas não auto-executáveis), rotulando os direitos sociais como sendo normas não auto-executáveis, que necessitaria de legislação posterior para poder ter efetividade.

De acordo com essa doutrina, as normas não auto-executáveis não teriam eficácia antes de sua regulamentação infraconstitucional, não obrigaria os órgãos do Estado e conseqüentemente não geraria qualquer direito subjetivo ou interesse legítimo da parte, ficando os direitos restritos ao interesse legislativo. Seria, portanto, uma norma sem nenhuma eficácia. Compartilha desse entendimento Ricardo Lobo Torres:

Os direitos sociais e econômicos estremam-se da problemática dos direitos fundamentais porque dependem da concessão do legislador, estão despojados do status negativus, não geram por si sós a pretensão às prestações positivas do Estado, carecem de eficácia erga omnes e se subordinam à ideia de justiça social. Revestem eles, na Constituição, a forma de princípios de justiça, de normas programáticas ou de policy, sujeitos sempre à interpositio legislatória, especificamente na vida do orçamento público, que é o documento de quantificação dos valores éticos, a conta corrente da ponderação dos princípios constitucionais, o plano contábil da justiça social, o balanço das escolhas dramáticas por políticas públicas em um universo fechado de recursos financeiros escassos e limitados.

Os adeptos da impossibilidade da imperatividade dos direitos sociais defendem que a realização de direitos sociais ficaria condicionada à existência de recursos orçamentários suficientes para tanto, em adoção a teoria da reserva do possível. Assim, a reserva do possível nasce como um fenômeno que impõe limites para a efetivação dos direitos fundamentais prestacionais, dentre os quais se insere os direitos sociais.

Acerca da teoria da reserva do possível é pertinente trazer à baila as lições de Vidal Serrado Nunes Junior:

Em outras palavras, contrapondo-se os limites materiais do orçamento ou aumento progressivo das exigências dos cidadãos em relação aos direitos de participação nos benefícios da vida associada (direitos fundamentais sociais), a teoria da reserva do possível, em sua concepção original, pode ser sintetizada na observância de dois pontos essenciais de seu regime jurídico:

- observância, intransigente e incondicionada, do mínimo vital;
- realização de outros direitos sociais condicionada às possibilidades do orçamento, desde que comprovados o esforço proporcional do Estados em dar resposta à respectiva demanda social.

Porém, esse entendimento não prospera na atual conjuntura do direito constitucional, uma vez que, normas programáticas possuem imperatividade e vincula o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário em sua aplicabilidade e real efetivação dos direitos nelas contidos. Assim como ensina Canotilho:

Precisamos por isso, e marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve falar-se da morte das normas constitucionais programáticas. Existem, é certo, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que impõem uma actividade e dirigem materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: simples programas, exortações morais, declarações, sentenças políticas, aforismos políticos, promessas, apelos ao legislador, programas futuros, judicialmente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. (...) Concretizando melhor, a positividade jurídica-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: (1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); (2) vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como directivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislativa, executiva, jurisdição); (3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam. (Canotilho, 1994, p. 1102/3)

Essa posição foi seguida na Constituição de 1988, pois ao contrário dos textos anteriores, não tratou dos direitos sociais no capítulo dedicado à Ordem Econômica e Financeira ou Ordem Social, porém os trouxe no Título II, no qual disciplina os direitos e garantias fundamentais. Isso demonstra a importância dada pelo constituinte originário a esses direitos, deixando claro sua natureza de direito fundamental.

Nesse sentido, os direitos sociais são direitos de crédito, uma vez que, envolvem poderes de exigir prestações positivas do Estado, compreendendo o Legislativo, Executivo e Judiciário.

Os direitos sociais na atualidade vêm passando por um processo de afirmação, ou seja, deixando as fórmulas abstratas para ganharem eficácia jurídica. Esse processo de

efetivação dos direitos sociais é semelhante ao que aconteceu com os direitos individuais. Para serem assegurados tiveram o seu reconhecimento em textos constitucionais de todo o mundo, que lhes deram caráter concreto, sem, no entanto, necessitarem de legislação posterior para serem exercidos de forma plena. Assim, tem-se entendido que a positivação dos direitos sociais é o primeiro passo para sua eficácia.

Nesse sentido, a máxima efetivação de direitos e garantias fundamentais de segunda dimensão, bem como sua aplicabilidade imediata deve ser defendida como meio de coibir o retrocesso de tudo o que foi conquistado.

É importante destacar que os direitos fundamentais devem ser entendidos como direitos políticos baseados na ideia de que a condição de ser humano impõe condições mínimas para seu desenvolvimento em plenitude, não podendo ser meramente reduzidos a os direitos civis, pois estes não bastam para a concretização do primado da dignidade da pessoa humana.

A necessidade de garantia de condições materiais para garantia de efetiva autonomia e liberdade é confirmada nas lições de Cláudia Perotto Biagi¹⁴:

[..] a liberdade que os direitos fundamentais garantem não pode ser entendida como uma esfera do indivíduo livre da influência estatal, que o Estado simplesmente tenha que respeitar. A procura pelo Estado da efetividade dos direitos fundamentais torna-se pressuposto de que exista uma liberdade real. O Estado já não mais parece somente como o inimigo potencial da liberdade, mas, também, como seu defensor e protetor

No mesmo sentido, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal acerca dos direitos de segunda geração e da necessidade de sua efetivação pelo Estado rechaçando a alegação genérica de reserva do possível, *in verbis*:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e

14 BIAGI, Cláudia Perotto. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005

constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. [MS 22.164, rel. min. Celso de Mello, j. 30-10-1995, P, DJ de 17-11-1995.]

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". [RE 436.996 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 22-11-2005, 2ª T, DJ de 3-2-2006.]

Quando a Constituição da República proclama: a educação é um direito de todos (art.6º e 205) e indica mecanismos para sua efetivação, com o disposto no art.212, que reserva recursos orçamentários para a educação, está positivando os direitos sociais e os está também subjetivando, uma vez que, indica seus destinatários: todos os brasileiros.

Os preceitos constitucionais que tratam dos direitos sociais estabelecem o vínculo jurídico entre o indivíduo e o Estado, garantindo ao primeiro um direito subjetivo, ao fazer isso não há qualquer menção à lei ou regulamentação posterior, ou seja, reafirma-se que o poder constituído não pode dispor de tais direitos. As funções legislativas e administrativas têm aqui a finalidade de propiciar o efetivo exercício de tais direitos, ficando vinculados a esses dispositivos. Os poderes públicos não podem, por inércia, revogar direitos definidos na Constituição, mormente quando a mesma não exige lei posterior como condição para fruição de tais direitos, como é o caso do art.6, da CRFB/88.

Pode-se dizer que, embora, muitas normas constitucionais que tratam de direitos sociais necessitem de atividade legislativa posterior, como alguns dispositivos do art.7º da CRFB/88, esses direitos têm força dirigente e determinante, já que o cidadão tem o direito subjetivo de exigir do Estado que intervenha ativamente no sentido de assegurar prestações, uma vez que estes não podem ser revogados ou deixados de lado por se tratarem de cláusula pétrea no Estado brasileiro, conforme o art.60, §4º, IV, da CRFB/88.

4. INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dispõe o § 1º do art.5º da CRFB/88: “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Ou seja, não precisam de providência legislativa para ser exercidas e aplicadas.

Ao proclamar isso, em um primeiro momento o dispositivo também abrange os direitos sociais, elencados nos artigos 6º a 11 da CRFB/88.

Todavia, se deve entender o § 1º do art.5º, CRFB/88, em relação às normas que precisam de normas integradoras, no sentido de que são aplicáveis dentro dos limites possíveis, ou seja, até onde o estado forneça condições para seu exercício, vinculando também o judiciário, que não pode deixar de aplicá-las, sendo demandado em uma situação concreta, uma vez que, ele deve conferir ao indivíduo o seu direito subjetivo, de acordo com as possibilidades e instituições existentes.

A própria Constituição fornece os meios para efetivar e proteger tais direitos. Os instrumentos de tutela são meios constitucionais, posto ao dispor da população para defesa de um direito lesado ou ameaçado de lesão por ilegalidade, omissão ou abuso de poder.

O mandado de injunção é um direito fundamental do indivíduo, conforme o art.5º, LXXI, CRFB/88, que tem como objetivo tornar as normas constitucionais auto-aplicáveis. É um meio processual constitucional apto a garantir o gozo de direitos impedidos de exercício por falta de norma regulamentadora.

Embora, depois de trinta anos de vigência da Carta de 1988, o mandado de injunção não tenha atingido o seu objetivo, a jurisprudência do STF vem modificando essa realidade ao reconhecer o caráter mandamental do mandado de injunção, em fase do art.5, LXXI, e §1º, da CRFB/88, o que facilita a proteção e efetivação dos direitos sociais.

Porém, mesmo com a Lei nº 13.300/16 que disciplina esse instrumento de concretização de direitos relacionados inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania ainda assim temos uma eficácia limitada reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para determinar prazo razoável para edição da norma regulamentadora e estabelecer as condições de exercício do direito ou as condições para promover ação própria visando a exercê-lo, caso a mora legislativa não seja suprida tempestivamente (art. 8º, inc. I e II, Lei n. 13.300/16).

Denota-se que a regulamentação do mandado de injunção, apesar dos avanços, ainda positivou uma correte que limita a concretização dos direitos fundamentais, haja vista que a decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora, somente sendo concedida eficácia ultra partes ou

erga omnes à decisão quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração (art. 9, caput e §1, Lei n. 13.300/16).

Outro instrumento de proteção aos direitos sociais é a inconstitucionalidade por omissão (ADO), que é cabível quando ocorre uma violação a Carta Magna por inércia de qualquer dos poderes do Estado. Nas palavras de Dirley da Cunha Júnior¹⁵:

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão deve ser compreendida como um efetivo instrumento de controle concentrado-principal das omissões do poder público, destinado, de forma geral e abstrata, a inércia inconstitucional dos órgãos de direção política, em débitos na atividade de realização das imposições constitucionais. Assim, deve-se ter em conta que, com essa ação de controle abstrato das omissões, o constituinte quis superar, em favor da supremacia e efetividade da Constituição, o estado de inconstitucionalidade decorrente das omissões do poder público (p. 319).

Ao contrário do mandado de injunção, que tutela um direito subjetivo, a ADO é um instrumento do controle concentrado de constitucionalidade em que há fiscalização abstrata da inconstitucionalidade por omissão.

Não há muito conteúdo constitucional sobre o tema, ressalvada a previsão da ação direta de inconstitucionalidade na previsão expressa das competências do Supremo Tribunal Federal (artigo 102, I, a) a Constituição só se refere ao controle da omissão no § 2º do artigo 103 ao informar que "*Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias*"

Um meio que poderia ser eficaz para a elaboração de leis integradoras é a iniciativa popular, prevista no art.61, § 2º, da CRFB/88: "A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles". Porém, essa medida, infelizmente ainda precisa da conscientização da população de seus direitos e de seu poderio frente aos poderes públicos.

¹⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 9ª Ed. rev. ampl. e atual. Bahia: Editora JusPodivm, 2015.

Conclui-se que apesar dos instrumentos de controle da inércia dos Poderes Públicos realizadas pela CRFB/88 ainda assim é notório não têm se mostrados eficazes na concretização de direitos sociais, que se caracterizam por uma atuação positiva do Estado brasileiro, vez que não é incomum que a permanência da inércia mesmo após a comunicação realizada pelo Supremo Tribunal Federal deixando os indivíduos privados da efetiva concretização dos direitos constitucionais.

5. EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Com o constitucionalismo contemporâneo, foi notório a expansão da posituação dos direitos dos cidadãos nas constituições dos países, em especial, como forma de garantir a dignidade da pessoa humana como baliza das Nações após as barbáries da segunda Guerra Mundial.

É neste contexto que surgiram constituições prolixas – como a Constituição brasileira de 1988 – com extenso rol de direitos e garantias fundamentais, que em sua maioria demandam não somente uma abstenção do Estado, mas sim uma atitude positiva na efetivação dos direitos.

Embora tenham sido previstos mecanismos para a contenção da inércia do Poder Público, ao longo do tempo foi perceptível a necessidade de expansão da jurisdição constitucional que se deu em especial com judicialização das relações políticas e sociais, alicerçadas na ideia de força normativa do texto constitucional.

A judicialização da política pode ser concebida como um processo meio do qual o poder judiciário alcança um protagonismo maior em decisões de matéria relevante na sociedade e, por isso, essa transferência da competência decisória do legislativo e da Administração Pública para o Poder Judiciário.

É preciso esclarecer que a judicialização da política decorre, sobretudo, das Constituições com pautas mais extensas, ou seja, com muitos direitos previstos. Assim, a legislação infraconstitucional para realizar a Constituição, também necessita ser ampla, com muitos direitos previstos.

E é neste ponto que reside o maior problema na concretização dos direitos sociais, vez que a CRFB/88 apesar de ser ampla no catálogo dos direitos fundamentais, o legislador e o administrador público não têm apresentado o mesmo empenho para efetivação dos direitos, como já consignado, passando com que o Poder Judiciário, e em particular, o Supremo Tribunal Federal seja demandado para oferecer resposta para os concretizações dos direitos prestacionais.

Diante da constante demanda para concretização dos direitos que demandam uma atuação positiva do Estado brasileiro, o Supremo Tribunal Federal tem apresentado uma

postura fortemente alicerçada na força normativa do texto constitucional e na efetivação dos direitos. O Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADPF 45, foi enfático ao afirmar que o STF não poderia se eximir da função de tornar efetivos os direitos sociais:

“Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, AA dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas –, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional (...)”.

Da mesma forma, o Ministério Luís Roberto Barroso, ao tratar acerca da eficácia da norma do artigo 5º, § 1º da CRFB/88 assegura que esta deve ser entendida com um princípio que assegura a máxima efetividade dos direitos fundamentais, competindo ao interprete a concretização da efetividade do texto constitucional:

“o intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquele que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador”

No âmbito do direito à saúde o STF reconheceu a responsabilidade solidária no dos entre federados no fornecimento de medicamentos e tratamento de saúde, em 2019, no julgamento do RE - RG 855.178, Rel. Min. Luiz Fux, foi fixada a seguinte tese para o Tema 793 da Repercussão Geral:

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.

Outra questão importante que foi decidida em 2022 pelo STF foi o reconhecimento do dever do Estado na efetividade das normas que asseguram o direito à educação básica, *in verbis*:

O Estado tem o dever constitucional de assegurar às crianças entre zero e cinco anos de idade o atendimento em creche e pré-escola. Tese fixada: "1. A educação básica em todas as suas fases — educação infantil, ensino fundamental e ensino médio — constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata. 2. A educação infantil compreende creche (de zero a 3 anos) e a pré-escola (de 4 a 5 anos). Sua oferta pelo Poder Público pode ser exigida individualmente, como no caso examinado neste processo. 3. O Poder Público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica." [RE 1.008.166, rel. min. Luiz Fux, j. 22-9-2022, P, Informativo STF 1.069, Tema 548, com mérito julgado.]

É notório que a jurisprudência do STF tem avançado no controle jurisdicional sobre a omissão do Estado para a fiscalização de observância dos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proibição insuficiente e proibição de excesso), na medida em que as normas constitucionais não podem ficar desprovidas de efetividade por inércia dos poderes públicos na concretização dos direitos sociais.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo, ainda que de forma sintética, buscou tratar acerca do desafio da efetividade dos direitos sociais, em especial, de sua eficácia jurídica em fase da Constituição da república de 1988, que trouxe inovações significativas nesta matéria, que acabou por desconstituir bases doutrinárias contrárias a natureza constitucional e vinculatória desses direitos em relação aos poderes públicos.

Os direitos sociais são direitos fundamentais da segunda geração, que estão ligados ao primado da igualdade real, já que fornece os meios materiais para os indivíduos possam exercer as liberdades públicas de forma plena.

Durante a exposição, foi possível perceber que os direitos sociais, não são meramente programáticos, mas normas constitucionais que vinculam o poder Legislativo, Executivo e Judiciário para sua concreta efetivação.

Em síntese, os direitos sociais previstos na Constituição da República podem ser exercidos imediatamente pelos seus destinatários na medida das possibilidades fornecidas pelo estado. E quando os indivíduos se sentirem privados do exercício desses direitos podem recorrer aos instrumentos de defesa estabelecidos na Carta Magna, muito embora, a participação popular seja a melhor solução para uma efetivação progressiva dos direitos sociais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** (SYN) THESIS, v. 5, nº 1 (2012).

BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 dez. 2022.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006.

BULOS, Lammêgo Uadi. **Curso de direito constitucional.** 2º edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Direito Constitucional.** 6º edição. Coimbra: Almedina, 1993.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 9ª Ed. rev. ampl. e atual. Bahia: Editora JusPodivm, 2015.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución.** (Coleccion Demos) Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrado. A cidadania Social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2ª Edição, Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3º edição. São Paulo: Malheiros, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**, volume III; os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

REGIME JURÍDICO DA IMPOSSIBILIDADE DA PRESTAÇÃO

RAFAEL BORTOLETTO SETTE:
Mestrando na PUC-SP e advogado
em São Paulo

1 INTRODUÇÃO

Embora a ocorrência de eventos que possam tornar a prestação obrigacional impossível não seja atípica, especialmente entre o momento da formação do negócio e o do cumprimento, o direito civil brasileiro não possui uma sistematização do regime jurídico aplicável à impossibilidade de cumprimento da prestação (divergente dos regimes da mora e inadimplemento), tal como ocorre em outras legislações estrangeiras.

Essa omissão acaba por ensejar diversas dúvidas, a respeito dos efeitos jurídicos da impossibilidade, especialmente no que toca à liberação do devedor quanto à obrigação, bem como da responsabilização do devedor por perdas de danos e/ou reflexos no dever de contraprestação do devedor. O tema ganhou maior relevo durante a COVID-19, em que inúmeras situações de perturbação do cumprimento contratual, passaram a ser objeto de discussões judiciais.

Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo examinar brevemente o instituto da impossibilidade da prestação, no âmbito do direito das obrigações, à luz do direito nacional.

Para tanto, pretende-se, num primeiro momento, apresentar os critérios de classificação das impossibilidades, considerando seus diversos aspectos (o momento da impossibilidade, seus reflexos sobre o objeto ou sobre os sujeitos entre outros), e as consequências jurídicas respectivas.

Em seguida, examinaremos quais são os esparsos dispositivos da codificação civil brasileira, que tratam do instituto da impossibilidade da prestação (em especial, a superveniente), e sua conexão com a classificação doutrinária acima colocada.

Por fim, pontuaremos a aplicação do regime jurídico da impossibilidade considerando as repercussões da COVID-19, procurando diferenciar, em especial, as hipóteses de impossibilidade com as de mera dificuldade de cumprimento da obrigação.

Espera-se, ao final, trazer um breve panorama do regime jurídico da impossibilidade da prestação, no âmbito do direito das obrigações, para estimular a pesquisa sobre o assunto.

2. DA IMPOSSIBILIDADE DA PRESTAÇÃO E SUA CLASSIFICAÇÃO

Segundo Nehemias Gueiros, *"impossibilidade é o atributo do impossível; qualidade situação, circunstância do que não pode acontecer, do que não pode se fazer ou cumprir*¹⁶.", ressaltando o jurista que a "impossibilidade é sempre obstáculo ao implemento ou à execução do ato ou fato" ¹⁷..

Em sentido semelhante Catarina M. Pires ressalta que, do ponto de vista material, *"a impossibilidade de prestação contratual ocorre quando a atividade de prestar não é realizável ou quando o resultado pretendia atingir com a prestação não é alcançável*¹⁸"

Com relação ao aspecto da "atividade material não realizável", referida autora destaca que ela se relaciona com a atividade do devedor ou ao substrato da prestação. Trata-se de situação que torna a prestação materialmente impossível de ser realizada pelo devedor.

No que toca ao aspecto do resultado não alcançável, referida autora destaca também que a impossibilidade guarda conexão com a finalidade da prestação para com o credor. Ou seja, o resultado esperado pelo credor tornou-se impossível.

Isto é, de forma diversa dos institutos da mora e do inadimplemento, ao da impossibilidade pressupõe efetivo impedimento, fático ou jurídico, à efetivação da prestação.

A fim de melhor discipliná-la, a doutrina busca dividi-la em categorias, que geram consequências jurídicas distintas, tanto no que toca à validade do negócio quanto em relação a eventual extinção da obrigação e exoneração do devedor.

A primeira categoria que merece desta que é quanto ao momento em que a impossibilidade da prestação é caracterizada. Sob esse aspecto, pode ser ela originária, quando ocorre no momento da formação da obrigação, ou superveniente, quando surgida em momento posterior, isto é, no interim entre a formação e o cumprimento da obrigação.

Em segundo lugar, a impossibilidade da prestação pode ser classificada como absoluta, quando a totalidade da prestação se mostra impossível de ser cumprida ou, ainda, relativa, quando apenas parte da prestação torna-se impossível.

16 In: SANTOS, J. M. de Carvalho. Repertório enciclopédico do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 25, [s.d.], p. 221

17 In: SANTOS, J. M. de Carvalho. Repertório enciclopédico do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 25, [s.d.], p. 221

18 In PIRES, Catarina Monteiro. Contratos: I: perturbações na execução. Coimbra: Almedina, 2019, p. 13-69.

Em seguida, a impossibilidade também pode ser classificada em relação à figura do devedor. Concebe-se assim a impossibilidade objetiva, quando a prestação se tornar impossível para qualquer pessoa, ou subjetiva, quando a impossibilidade restringe à capacidade do devedor.

Por fim, a impossibilidade de cumprimento da prestação também pode ser classificada sob o aspecto temporário, como definitiva ou temporária.

Cabe apontar também a distinção feita por Nehemias Gueiros, da possibilidade de classificar a impossibilidade em física, jurídica ou econômica. Em relação à física, o autor cita como exemplo a assunção de obrigação de vender cavalo que, antes de tradição, vem a morrer. Em relação à jurídica, cita a obrigação de alguém a hipotecar um objeto móvel. Por fim, a impossibilidade econômica estaria presente quando alguém, por exemplo, assumisse a obrigação de vender mercadoria a vender abaixo do preço de custo¹⁹.

Apesar de mencionar essa distinção, o próprio autor questiona a pertinência dela, notadamente em relação à impossibilidade física ou jurídica, feita pela legislação brasileira (especificamente, no Código civil de 1916, artigo 11620), ressaltando que não haveria nenhuma lógica formal apta a justificar essa distinção, que é adotada desde o direito romano²¹.

Daniel Dias também faz críticas à classificação das impossibilidades, especificamente em relação à impossibilidade objetiva e subjetiva, ressaltando certas imprecisões de conceitos. Ressalta a existência de certa confusão de conceitos entre impossibilidade objetiva e subjetiva com absoluta e relativa e elogia a separação delas (como acima colocado), feita pela doutrina portuguesa, ressaltando que as questões da generalidade ou especificidade da impossibilidade (isto é, absoluta ou relativa) não devem ser misturadas com a verificação da impossibilidade, no tocante ao devedor²².

A distinção acima é, sim, útil, tendo em vista a possibilidade de se vislumbrar consequências jurídicas distintas, para cada tipo de impossibilidade, especialmente no que

19 GUEIROS, Nehemias. Impossibilidade. In: SANTOS, J. M. de Carvalho. Repertório enciclopédico do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 25, [s.d.], p. 220

20 Art. 116. As condições fisicamente impossíveis, bem como as de não fazer coisa impossível, têm-se por inexistentes. As juridicamente impossíveis invalidam os atos a elas subordinados

21 GUEIROS, Nehemias. Impossibilidade. In: SANTOS, J. M. de Carvalho. Repertório enciclopédico do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 25, [s.d.], p. 220

22 Dias, Daniel. Impossibilidades objetiva e subjetiva da prestação: controvérsia e imprecisões. Revista de Direito Civil Contemporâneo . vol. 29. ano 8. p. 173-205. São Paulo: Ed. RT, out./ dez. 2021. Acesso em: 08.12.2022

toca à liberação do devedor, quanto à prestação, e, principalmente, a responsabilidade deste por perdas e danos (considerando, para fins desta análise, a impossibilidade superveniente, visto que originária, como dito, enseja a nulidade do negócio).

Nesse sentido, entende a doutrina que a impossibilidade absoluta em regra exonera o devedor da prestação. Eventual obrigação do devedor em responder por perdas e danos em relocação ao credor dependerá, precipuamente, da existência de culpa do devedor. A impossibilidade causada por caso fortuito ou força maior, por exemplo, não implicaria responsabilidade do devedor, salvo se este estiver em mora.

No que toca aos efeitos impossibilidade objetiva e subjetiva, Daniel Dias adverte que há divergência na doutrina. Cita Pontes de Miranda, como exemplo dos defensores de que somente a impossibilidade objetiva teria o condão de exonerar, ressaltando que a legislação brasileira não faz distinção entre impossibilidade objetiva e subjetiva, tal qual a germânica²³. De outro lado, o mesmo autor cita Clóvis Verissimo do Couto e Silva, que defende que a impossibilidade subjetiva é, sim, capaz, de liberar o devedor da prestação, desde que não havido culpa sua²⁴. A solução proposta por Dias é a de examinar a impossibilidade, considerando o disposto na legislação brasileira, em relação às obrigações de fazer, não fazer e dar coisa certa (conforme abordado abaixo).

Ponto também abordado na doutrina portuguesa, sob o aspecto da impossibilidade subjetiva, é aquela derivada de ato do credor. Nesse caso, não havendo culpa do devedor, passa o credor a responder pelo risco de contraprestação, sempre que a impossibilidade da prestação puder ser-lhe atribuída²⁵.

3. DO REGIME DAS IMPOSSIBILIDADES NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

O Código Civil brasileiro não adota tratamento sistemático da impossibilidade da prestação²⁶. O termo impossibilidade é utilizado somente em 3 momentos do Código Civil (i). quando da análise dos pressupostos de validade do negócio jurídico; (ii). quando da análise da validade do termo e da condição; e (iii). quando da análise das obrigações de dar e fazer na Parte Geral do livro das obrigações²⁷.

23 Idem.

24 Idem.

25 PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos: I: perturbações na execução*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 33

26 STEINER, Renata Carlos. Impossibilidade do objeto, invalidade e falta de cumprimento no direito das obrigações: diálogos com a solução adotada no Código Civil alemão. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org). *Diálogos sobre direito civil: volume 3*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, P 707

27 Idem

A primeira solução dada pelo ordenamento é aquela prevista no artigo 166, I, do Código Civil²⁸, e correspondente à exclusão da validade do negócio jurídico, que será tido como nulo, quando tiver objeto impossível. Trata-se aqui de impossibilidade originária, que atinge o negócio jurídico na sua formação.

De forma semelhante ao direito brasileiro, José de Matos Antunes Varela explicita que, no direito português, a impossibilidade originária gera a nulidade do negócio jurídico²⁹.

Renata Steiner, em referência à doutrina de Pontes de Miranda, esclarece que a opção legislativa adotada no Brasil, de decreto de nulidade da obrigação impossível originária, diverge da “solução alemã”, acolhida no ordenamento germânico após a sua reforma³⁰. Na legislação germânica, retirou-se a impossibilidade originária do plano da validade, de forma que o negócio deve, sim, ser considerado válido, o que implica responsabilidade contratual do devedor, pautado no interesse contratual positivo e no princípio da confiança³¹. Destaca a autora que do §311, do BGB, deixa claro que a impossibilidade originária da prestação não tem qualquer interferência na validade do negócio jurídico.

A despeito do não acolhimento, pelo ordenamento brasileiro, da posição germânica, referida autora destaca que, independentemente do fundamento jurídico, a impossibilidade da prestação gera a obrigação de reparação de danos à parte lesada³². Tal entendimento, inclusive, vem sendo adotado pelos Tribunais, em casos de nulidade de negócio jurídico, por impossibilidade³³.

28 Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

29 VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992, v. 2, p. 64-89.

30 STEINER, Renata Carlos. Impossibilidade do objeto, invalidade e falta de cumprimento no direito das obrigações: diálogos com a solução adotada no Código Civil alemão. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org). Diálogos sobre direito civil: volume 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 714

31 Idem

32 STEINER, Renata Carlos. Impossibilidade do objeto, invalidade e falta de cumprimento no direito das obrigações: diálogos com a solução adotada no Código Civil alemão. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org). Diálogos sobre direito civil: volume 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 723

33 A título ilustrativo: NULIDADE. NEGÓCIO JURÍDICO. OBJETO IMPOSSÍVEL. DECADÊNCIA. NÃO APLICAÇÃO DO INSTITUTO. CESSÃO EM DUPLICIDADE DE CRÉDITO ORIUNDO DE PRECATÓRIO. RESTITUIÇÃO DO VALOR DETERMINADA. Cuida-se de ação declaratória de nulidade de negócio jurídico cumulada com restituição de valor. Em 08/11/2011, o autor celebrou com a ré um negócio jurídico oneroso de cessão do crédito da última – oriundo de um precatório extraído da sentença condenatória prolatada nos autos do processo n.º 0412879-

De se destacar também o apontamento de Daniel Dias, quanto ao não acolhimento, pela legislação brasileira, da distinção entre a possibilidade de classificar impossibilidade relativa ou absoluta, em conjunto com inicial e superveniente, ante a disposição do artigo 106, do Código Civil, no sentido de que "*A impossibilidade inicial do objeto não invalida o negócio jurídico se for relativa, ou se cessar antes de realizada a condição a que ele estiver subordinado.*". Por meio do aludido artigo, depreende-se que a impossibilidade relativa pode surgir no momento inicial, da formação do negócio, mas não o impede; as partes podem celebrar o negócio na expectativa da prestação tornar-se possível³⁴.

O instituto da impossibilidade também é abordado no disposto do artigo 124, do Código Civil brasileiro, o qual ressalva que "*Têm-se por inexistentes as condições impossíveis, quando resolutivas, e as de não fazer coisa impossível.*" De forma semelhante, o artigo 137, do Código Civil brasileiro, destaca que "*Considera-se não escrito o encargo ilícito ou impossível, salvo se constituir o motivo determinante da liberalidade, caso em que se invalida o negócio jurídico.*"

As condições impossíveis representam a subordinação da eficácia de um negócio jurídico a um evento que não pode ocorrer³⁵. A condição resolutiva, referida no artigo 124, do Código civil, representa uma "não condição", leia-se não escritas, visto que impediriam a efetivação do negócio, subordinando-o a evento de eficácia impossível. Não conduzem, no entanto, à nulidade do negócio, tal como a impossibilidade absoluta originária.

54.1996.8.26.0053 (053.96.412879-9) ordem n.º 7775/05. Entretanto, a ré já havia cedido o mesmo crédito para terceiro, o que tornava impossível aquela segunda cessão de crédito. Pedido inicial fundado em nulidade (art. 166, II CC) e não anulabilidade (art. 171, II CC). Logo, não se aplicava o prazo de decadência. Ação declaratória sujeita à imprescritibilidade. Efeito econômico sujeito ao prazo de prescrição de 10 anos (art. 205 CC). Em sua contestação (fls. 76/82), a ré admitiu os fatos, o que funcionou como verdadeira confissão. No caso concreto, a nulidade do negócio jurídico surge com extrema facilidade. A ré não podia ceder o mesmo crédito por uma segunda vez e para uma pessoa distinta. Naquele segundo momento, havia impossibilidade jurídica da cessão de crédito simplesmente porque a ré já não era mais titular do direito. Oportuno destacar que a ré era responsável pela existência do crédito cedido ao autor, na época do negócio jurídico, na forma do artigo 295 do Código Civil. Daí o reconhecimento da nulidade da cessão de crédito, restituindo-se as partes ao estado anterior. Em razão da nulidade, deverá restituir o valor de R\$ 40.500,00 com juros de mora de 1% ao mês (a partir da citação) e de correção monetária (a partir do recebimento). Ação procedente. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1010153-53.2018.8.26.0161; Relator (a): Alexandre David Malfatti; Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Foro de Diadema - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/10/2021; Data de Registro: 26/10/2021)

34 Dias, Daniel. Impossibilidades objetiva e subjetiva da prestação: controvérsia e imprecisões. Revista de Direito Civil Contemporâneo . vol. 29. ano 8. p. 173-205. São Paulo: Ed. RT, out./ dez. 2021. Acesso em: 08.12.2022.

35 Schreiber, Anderson, et al. Código Civil Comentado - Doutrina e Jurisprudência. Disponível em: Minha Biblioteca, (3rd edição). Grupo GEN, 2021.p. 119

De forma semelhante, a lei brasileira adota, no artigo 137, do Código Civil, a solução de ter os encargos como não escritos, como regra. Isto é, o encargo impossível não gera ineficácia do negócio jurídico, mas apenas do próprio encargo³⁶. A invalidação só ocorre na segunda hipótese do dispositivo, ou seja, quando o encargo for o motivo da liberalidade, abrindo margem para interpretação, a respeito do papel do encargo no negócio jurídico.

A disciplina mais evidente do regime jurídico da impossibilidade superveniente, na legislação brasileira, encontra-se presente nos dispositivos relacionados às obrigações de dar e fazer.

O regramento dos artigos 23437, 23838 e 23939, do Código Civil brasileiro, disciplina o regime jurídico da perda de coisa, nas obrigações de dar coisa certa. Renato Dias salienta que o exame inicial dessas normas pode levar à conclusão de que a legislação brasileira teria adotado o critério da impossibilidade objetiva, como liberatório do devedor, ao fazer referência ao perdimento da coisa.⁴⁰ No entanto, o autor também salienta situações em o perdimento da coisa pode, sim, ser causado por contudo do devedor (como, por exemplo, a derrubada de determinado objeto no fundo do mar, de forma a tornar a sua recuperação inacessível)⁴¹.

No que se refere às obrigações de fazer, o regime da impossibilidade superveniente da prestação vem previsto no artigo 248, do Código Civil brasileiro⁴², o qual tem como parâmetro a responsabilização do devedor por perdas e danos, caso a

36 Schreiber, Anderson, et al. Código Civil Comentado - Doutrina e Jurisprudência. Disponível em: Minha Biblioteca, (3rd edição). Grupo GEN, 2021., p. 124

37 Art. 234. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos.

38 Art. 238. Se a obrigação for de restituir coisa certa, e esta, sem culpa do devedor, se perder antes da tradição, sofrerá o credor a perda, e a obrigação se resolverá, ressalvados os seus direitos até o dia da perda.

39 Art. 239. Se a coisa se perder por culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais perdas e danos.

40 Dias, Daniel. Impossibilidades objetiva e subjetiva da prestação: controvérsia e imprecisões. Revista de Direito Civil Contemporâneo . vol. 29. ano 8. p. 173-205. São Paulo: Ed. RT, out./ dez. 2021. Acesso em: 08.12.2022

41 Dias, Daniel. Impossibilidades objetiva e subjetiva da prestação: controvérsia e imprecisões. Revista de Direito Civil Contemporâneo . vol. 29. ano 8. p. 173-205. São Paulo: Ed. RT, out./ dez. 2021. Acesso em: 08.12.2022

42 Art. 248. Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos.

impossibilidade tenha sido causada por culpa desta. Caso a prestação seja substituível (do ponto de vista subjetivo), e a impossibilidade for causada pelo devedor, caberá a este custar a execução por terceiro, nos termos do artigo 249, do Código Civil brasileiro⁴³. Fica, assim, clara a opção do legislador por exonerar o devedor da prestação, nos casos de impossibilidade objetiva, em que não houver culpa.

No entanto, a doutrina aponta que há uma lacuna em tais dispositivos, nos casos de impossibilidade subjetiva, em que não há culpa do devedor. Nesse caso, Daniel Dias sugere a aplicação por analogia do artigo 249, do Código Civil⁴⁴, ou seja, não haveria extinção da obrigação, por impossibilidade subjetiva causada pelo devedor.

Por fim, no que se refere às obrigações de não fazer, dispõe o artigo 250, do Código Civil brasileiro, determina de forma semelhante, "Extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do ato, que se obrigou a não praticar". Como a obrigação de não fazer envolver prestações infungíveis, a impossibilidade relativa à pessoa do devedor deve ser interpretada como objetiva, liberando-o, assim, da prestação.

4. REFLEXÕES DO REGIME DA IMPOSSIBILIDADE SUPERVENIENTE DA PRESTAÇÃO, NO CONTEXTO DA COVID-19

Devido às repercussões da pandemia de COVID-19, a tema das perturbações dos contratos ganhou grande relevância, notadamente no que se refere à possibilidade de exoneração do devedor, em relação à prestação.

Ao se debruçar sobre o tema, no contexto do regime da impossibilidade jurídica, Catarina M. Pires destaca, como primeira "coordenada" a considerar, que não se pode confundir a circunstância de eventual dificuldade no cumprimento da obrigação. Tal dificuldade, embora juridicamente relevante, pode dar ensejo a eventual revisão do contrato, com base na teoria da onerosidade excessiva. Ressalta a autora, sob esse aspecto, que as prestações pecuniárias não são, em si mesmo, impossíveis; apenas atacam a relação de reciprocidade contratual⁴⁵.

43 Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível.

44 Dias, Daniel. Impossibilidades objetiva e subjetiva da prestação: controvérsia e imprecisões. Revista de Direito Civil Contemporâneo . vol. 29. ano 8. p. 173-205. São Paulo: Ed. RT, out./ dez. 2021. Acesso em: 08.12.2022

45 PIRES, Catarina Monteiro. Direito das obrigações em tempos de calamidade: reflexões durante um ano de pandemia. Coimbra: Almedina, 2021, p. 39-4

O regime jurídico da impossibilidade de cumprimento da obrigação não se confunde com os da onerosidade excessiva, inadimplemento e mora; nessas a prestação em si permanece possível. Disso decorre a incompatibilidade de aplicá-lo aos casos em que há mera dificuldade de prestação pecuniária, em virtude das repercussões da COVID-19.

Um dos reflexos da pandemia de COVID-19 no Brasil foi a edição de diversas normas proibindo a abertura de espaços, de diversas naturezas, que pudessem implicar a aglomeração de pessoas (e a conseqüente disseminação da doença). Assim, shopping centers, espaços para eventos, entre outros, foram efetivamente proibidos, por normal legal, de abrir. Esse impedimento, decorrente de norma legal, pode ser interpretado, no âmbito do cumprimento de obrigações assumidas antes da COVID-19, como impossibilidade jurídica do cumprimento da obrigação.

Seguindo esse raciocínio, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu, no julgamento do recurso de apelação de autos nº 1015821-44.2021.8.26.040546, liberando o contratante do pagamento da contraprestação, em sede de contrato para a realização de festa de debutante que, por conta da pandemia de COVID-19, não pode ser realizada na data de aniversário de 15 anos da homenageada. Aplicou-se o disposto no artigo 248, do Código Civil, acima citado.

Enfim, o critério para a eventual aplicação do regime jurídico da impossibilidade da prestação, para os eventos decorrentes da COVID-19, é a aferição se há de fato impossibilidade, que autorize a liberação do devedor. Mera dificuldade do cumprimento da obrigação poderá implicar medidas de reequilíbrio ou resolução contratual, mas não de liberação do devedor por impossibilidade.

5. CONCLUSÃO

46 Apelação Cível. Ação de cobrança. Sentença de improcedência. Inconformismo da autora. Festa de quinze anos em buffet. Cancelamento. Controvérsia que deve ser resolvida no contexto da pandemia causada pelo vírus da Covid-19. No entanto, inaplicabilidade da MP 1036/21 e Lei n.14.046/20, porquanto dispõem sobre serviços de turismo e cultura, o que não abrange prestação de serviço de festa de quinze anos em buffet. Ocorrência de força maior caracterizada pelo impedimento decorrente da pandemia Covid-19 e das restrições administrativas dela decorrentes. Impossibilidade de imputação de culpa às partes pela não realização da festa de debutante. Inaplicabilidade da multa compensatória, ante ausência de culpa. Art. 408 do CC. Resolução contratual. Art. 248, primeira parte, do CC. Honorários advocatícios não majorados em razão da fixação no percentual máximo quando da sentença. Recurso não provido, nos termos da fundamentação. (TJSP; Apelação Cível 1015821 44.2021.8.26.0405; Relator (a): Hélio Nogueira; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/10/2022; Data de Registro: 05/10/2022)

Seja por conta das repercussões da COVID-19, ou pelos atos normais do ato civil, a ocorrência de situação de impossibilidade de cumprimento da obrigação é algo comum, razão pela qual o regime jurídico aplicável deve ser adequadamente debruçado pela comunidade jurídica. Não obstante, é fato que a legislação atual civil brasileira é, ainda, muito tímida, apresentando dispositivos legais esparsos, sem que haja a devida sistematização.

Não obstante, observa-se de tais dispositivos algumas premissas aplicáveis, em especial (i). a impossibilidade absoluta inicial implica invalidação do negócio jurídico, por falta de substrato fático; a parcial, permite a formação do negócio jurídico, em relação à prestação não impossível; (ii). a impossibilidade absoluta superveniente libera o devedor da prestação; se, contudo, este incorrer com culpa ou estiver em mora com a prestação, responderá por perdas e danos; e (iii). não há disciplina específica para a impossibilidade causada por ato do credor (por exemplo, paciente que falece, antes de realizar cirurgia contratada – não se opera cadáver).

No que toca às repercussões do COVID-19, muito cuidado é necessário, para que o regime da impossibilidade da prestação – com a conseqüente possível liberação do devedor – não seja aplicado de forma inadequada. O operador deve, neste caso, examinar pormenorizadamente se a questão se refere efetivamente a impossibilidade da prestação, ou de mera dificuldade no cumprimento da obrigação (por onerosidade excessiva, por exemplo) – a obrigação pecuniária, em si mesma, não é impossível.

Nesse contexto, faz-se necessário o aprofundamento do estudo do regime jurídico da impossibilidade da prestação, para que, gradativamente, se estabeleça regramento robusto com confira maior segurança jurídica.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

DIAS, Daniel. Impossibilidades objetiva e subjetiva da prestação: controvérsia e imprecisões. Revista de Direito Civil Contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 29, p. 173-205, out./dez. 2021.

PIRES, Catarina Monteiro. Contratos: I: perturbações na execução. Coimbra: Almedina, 2019, p. 13-69.

PIRES, Catarina Monteiro. Direito das obrigações em tempos de calamidade: reflexões durante um ano de pandemia. Coimbra: Almedina, 2021, p. 39-4

STEINER, Renata Carlos. Impossibilidade do objeto, invalidade e falta de cumprimento no direito das obrigações: diálogos com a solução adotada no Código Civil alemão. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org). Diálogos sobre direito civil: volume 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 701-724.

CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não cumprimento: transmissão: modificação e extinção. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017, v. 9, p. 301-383.

GUEIROS, Nehemias. Impossibilidade. In: SANTOS, J. M. de Carvalho. Repertório enciclopédico do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 25, [s.d.], p. 220-227.

SCHREIBER, Anderson, et al. Código Civil Comentado - Doutrina e Jurisprudência. Disponível em: Minha Biblioteca, (3rd edição). Grupo GEN, 2021.

SILVA, Clóvis do Couto e. A obrigação como processo. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, p. 121-136; ou SILVA, Clóvis do Couto e. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 98-109.

VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992, v. 2, p. 64-89.

O SISTEMA MULTIORTAS DE JUSTIÇA E SUA COMPATIBILIDADE COM AS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA

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).⁴⁷

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar detidamente a possibilidade da aplicação dos importantíssimos institutos do direito processual civil, da mediação, conciliação, arbitragem e do negócio jurídico processual no âmbito de processos em que faz parte a Fazenda Pública. A relevância se demonstra na medida em que se tem sido muito corriqueiro recorrer aos métodos extrajudiciais de resolução de conflito.

Palavras-chave: Fazenda Pública. Mediação. Conciliação. Arbitragem.

ABSTRACT: The present work aims to analyze in detail the possibility of applying the very important institutes of civil procedural law, mediation, conciliation, arbitration, and procedural legal business in the context of processes in which the Public Treasury is part. The relevance is demonstrated in that it has been very common, to extrajudicial methods of conflict resolution.

Keywords: Public Treasury. Mediation. Conciliation. Arbitration.

Introdução

O sistema multiportas de justiça é uma expressão que foi criada pela doutrina para expressar o atingimento da justiça, materializada pela resolução de conflitos da vida hodierna, sem necessariamente socorrer-se às portas do Poder Judiciário, por mais que esse seja uma das "portas" para atingimento da "justiça".

É uma expressão "da moda", mas que, sem dúvida, tem tudo para transformar nossa cultura de direito, que de forma uníssona é vista como beligerante, o que traz empecilhos à rápida e efetiva resolução dos conflitos sociais.

É um modo de conseguir a pacificação social, objetivo primeiro do Judiciário, sem exclusividade desse Poder. Isso traz diversas benesses à sociedade, denotando uma maior facilidade e eficiência na resolução de litígios, eis que uma boa solução, essencialmente,

⁴⁷ Contato: pedrobcmf@hotmail.com

deve vir o mais rápido possível, sob pena de configuração de uma *batalha pírrica* – aquela cuja duração é tamanha que até quem ganhou, teve prejuízos irreparáveis.

Não há dúvidas de que o nosso sistema processual passou por importantíssimas alterações em sua sistemática com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, essas necessárias à obtenção de uma maior segurança jurídica.

Um deles é a sistemática dos negócios jurídicos processuais, que permite maior autonomia das partes, de forma a adaptar o caso ao processo. A questão que remanesce é a da possibilidade de realização desses negócios pela Fazenda Pública.

Ocorre que, o interesse público é indisponível e isso limita o espectro de atuação da Fazenda Pública. Por essa razão, é preciso verificar se essas modalidades diferentes de solução de conflitos são compatíveis com o regime das Fazendas Públicas e, em sendo, que prerrogativas se mantêm, por exemplo, na arbitragem, que, como tem dito o Superior Tribunal de Justiça, é uma “jurisdição privada”.

Todas essas são questões de extrema relevância e serão abordadas ao longo do presente artigo, tendo em vista as vozes doutrinárias, jurisprudenciais e legais.

1 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E SISTEMA MULTIORTAS

1.1 NOÇÕES GERAIS

Tanto os negócios jurídicos processuais, que foram consideravelmente ampliados no novo CPC, quanto o sistema multiortas, que corresponde aos possíveis meios de solução de conflito para além do socorro às portas do Poder Judiciário, existem com o grande objetivo de conceder aos jurisdicionados uma tutela jurisdicional mais efetiva.

Não é novidade o fato de que existem casos em que a atuação do judiciário não é o meio mais adequado para a solução do conflito. Apesar disso, não pode o juiz, mesmo reconhecendo essa problemática, não resolver o caso, já que lhe é vedado o *non liquet*.

Somado a esse enorme benefício de se dar uma solução mais adequada ao caso concreto, como efeito colateral, o sistema multiortas de justiça pode ajudar a desabarrotar o sistema judiciário.

Além do que é fato que vivemos em uma cultura litigiosa, tendo em vista, inclusive, o amplo acesso ao judiciário conferido pela CF/88, cristalizado no princípio da inafastabilidade da jurisdição. A falta de estrutura, por sua vez, fez do atraso a regra, quando deveria ser a exceção.

Para se ter ideia, segundo o relatório do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) – Justiça em Números 2018 – existiam, até o final de 2017, 80,1 milhões de processos pendentes de baixa, sendo que 39% desses, o que dá aproximadamente 32 milhões, são de execuções fiscais⁴⁸.

Diante disso, certamente, uma tutela jurisdicional tardia equivale a uma tutela jurisdicional não prestada ou feita de maneira deficientemente.

O que essa sistemática busca é a maior participação das partes no processo. E tal tendência não poderia ser diferente. Em face do princípio da instrumentalidade das formas, a concepção do processo é de mero instrumento, que tem como finalidade a tutela específica. Por conta disso, não se enxerga a utilidade de afastar as partes desse processo.

Aspecto de suma relevância é o fato de que a maior participação das partes no processo, dentro do espectro proposto pelo sistema multiportas de justiça e o negócio jurídico permite uma decisão com melhor fundamentação, uma execução mais célere, até porque, ao menos em tese, pelo maior engajamento da parte no processo haverá maior conformismo com a decisão proferida.

Especificamente nos negócios jurídicos, acordos bilaterais ou plurilaterais, como o do artigo 191 do CPC (calendarização processual), são realizados para adaptar o processo à realidade dos fatos ou à das partes.

Quanto à autocomposição, que pode ser obtida pelos métodos da mediação ou da conciliação, o que se procura é que as partes cheguem a um acordo com auxílio de um terceiro – o conciliador ou mediador – a depender da existência de relação prévia entre as partes.

Por fim, a arbitragem, espécie de “jurisdição privada”, como tem sido chamada pelo STJ, busca, através de um terceiro escolhido pelas partes, a solução de um conflito. Ocorre que, diferentemente da conciliação e da mediação, essa é modalidade de heterocomposição. Não à toa, a sentença do juízo arbitral é título executivo judicial, que será executado pela parte.

A grande questão que se impõe é a da compatibilidade desses institutos com a Fazenda Pública. É que ela se submete a um regime com várias especialidades e, por essa razão, é preciso analisar até que ponto esses procedimentos se compatibilizam com esse regime.

48 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números: 2018. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/justica-numeros-2018-2408218compressed.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

1.2 A ARBITRAGEM E A FAZENDA PÚBLICA: COMPATIBILIDADE DA LEI N.º 9.307/96 E O SISTEMA DUAL

A arbitragem é a resolução do problema fora das portas do Poder Judiciário, por uma terceira parte, escolhida pelas partes, o árbitro, mas cuja resolução terá força de decisão judicial. Nesse sentido, entende o STJ que se trata de forma de jurisdição. É de se colacionar o julgado da Corte:

É possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral. Isso porque a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional⁴⁹.

Ainda, o art. 31 da lei de nº. 9.307/96 que confirma o entendimento da Corte cidadã:

Lei de nº. 9.307/96. Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

A arbitragem está cada vez mais usual no âmbito do Poder Público. Exemplo disso é sua utilização nas Parcerias Público-Privadas, tendo sido estendidas aos contratos de concessão de serviço público.

Vale ressaltar que conta com previsão legal a possibilidade da escolha da arbitragem como meio de resolução dos conflitos que envolvem a Fazenda Pública, desde que se trate de direitos patrimoniais disponíveis. Nesse sentido, dispõe a lei de nº. 9.307/96:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Todavia, é digna de nota a ressalva de que é preciso ter muito cuidado com a aplicação desse instituto no âmbito da Fazenda Pública, visto que há supressão de prerrogativas que, no final das contas, têm como objetivo resguardar o interesse público,

49 STJ. 1ª Seção. AgInt no CC 156.133-BA, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 22/08/2018.

ainda mais em contratos de grande vulto, como o das Participações Público Privadas, que são de, no mínimo, 10 milhões de reais e por longos períodos – 5 a 35 anos.

Ato contínuo, é preciso esclarecer que a convenção de arbitragem pode se desenrolar de duas formas: mediante cláusula compromissória e compromisso arbitral.

Para que não houvesse dúvidas acerca dos institutos supramencionados, o legislador se valeu da técnica de interpretação autêntica, de sorte que ele mesmo delineou quando se tem uma modalidade e quando se teria a outra. É nessa toada que se transcreve os artigos 4º e 9º da Lei de n.º 9.307/96:

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

Daqui se tem a maior diferença entre essas duas modalidades de convenção de arbitragem. É que as cláusulas compromissórias são prévias ao litígio, enquanto o compromisso arbitral é posterior.

Segundo o artigo 1º, §1º, da referida lei, já citado anteriormente, há previsão legal expressa pela possibilidade de instituição da arbitragem no âmbito da administração pública. Ocorre que nem sempre foi assim, já que esse parágrafo 1º, só foi adicionado à lei de arbitragem pela Lei de nº. 13.129/15, mas, mesmo assim, já havia diversas legislações esparsas autorizando a arbitragem com o Poder Público, o que era perfeitamente entendível, pelas razões que seguem.

Conforme a doutrina sistematiza, e está previsto no artigo 1º, para ser viável a arbitragem, são necessários dois requisitos: a arbitrabilidade subjetiva e a objetiva.

O requisito subjetivo se refere à capacidade jurídica ou processual – é capacidade de estar em juízo, seja no polo passivo ou ativo. É certo que a fazenda pública a tem, até porque, se não tivesse, não seria possível demandá-la em juízo.

Quanto à arbitrabilidade objetiva, que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, é nela em que se encontrava maior resistência de parte da doutrina. O que se deve ao fato que, para essa parcela, os interesses resguardados pela administração pública são sempre indisponíveis, afinal, é princípio norteador do Direito Administrativo o da indisponibilidade do interesse público.

Na realidade, essa visão é, no mínimo, míope. Os motivos são os mais variados. Primeiramente, é clássico apontamento de que nenhum princípio é absoluto. Isso decorre da sua própria natureza, afinal, não seria possível uma norma com tão elevado grau de abstração ser absoluta.

Além disso, nunca é demais lembrar a classificação que vem do próprio Direito Administrativo, em que o interesse público se divide em primário e secundário. O primeiro ocorre justamente quando a administração está defendendo o interesse público e é chamado de primário, justamente porque esse é seu objetivo inicial. Já no outro caso, a administração defende interesse próprio, o interesse do Estado, enquanto sujeito de interesses, que são aqueles identificados como patrimoniais.

Por todo o exposto, fica claro que a Fazenda Pública defende direitos patrimoniais disponíveis, o que torna a arbitragem aplicável no seu âmbito, assim como o fez a Lei de nº. 13.129/15.

Não obstante a possibilidade da solução através da arbitragem, é preciso lembrar que, por conta do sistema dual em que a Fazenda Pública está submetida, algumas limitações precisam ser observadas.

Preceitua o artigo 2º da referida lei de arbitragem a seguinte regra:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

É justamente esse último parágrafo que bem demonstra o que acabou de ser mencionado. Ora, conforme o artigo 37 da CF, a Administração Pública segue os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Nessa esteira, quando os atos na arbitragem envolverem a Administração Pública serão sempre de direito, o que quer dizer que não podem ser decididos pela equidade –

que se trata de uma forma de decidir em métodos além do direito positivo, sendo um método que visará a justiça do caso concreto respeitando apenas as balizas da ordem pública. Deve respeitar, igualmente, o princípio da publicidade, conforme exposto pelo artigo 2º, § 3º, da Lei de nº. 9.307/96.

Feitas essas considerações, há uma questão que certamente pode gerar dúvida dos operadores de direito, mas que já foi pacificado pelo STF. É que, conforme dispõe o artigo 18 da lei de arbitragem, a sentença do árbitro é irrecorrível. Nesses termos, segue o artigo abaixo:

Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

Diante dessa regra, questiona-se a aplicabilidade do instituto da remessa necessária à sentença arbitral – já debatido anteriormente e de se concluir pela inaplicabilidade. Conforme já pacificou o STF, não há ofensa à CF, pois a remessa necessária é instituto do processo judicial e não do arbitral. Apenas para fins de sedimentação, é de se colacionar o julgado em que se depreende a conclusão exposta:

INCORPORAÇÃO, BENS E DIREITOS DAS EMPRESAS ORGANIZAÇÃO LAGE E DO ESPOLIO DE HENRIQUE LAGE. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA DE IRRECORRIBILIDADE. JUROS DA MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. 1. LEGALIDADE DO JUÍZO ARBITRAL, QUE O NOSSO DIREITO SEMPRE ADMITIU E CONSGROU, ATÉ MESMO NAS CAUSAS CONTRA A FAZENDA. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2. LEGITIMIDADE DA CLÁUSULA DE IRRECORRIBILIDADE DE SENTENÇA ARBITRAL, QUE NÃO OFENDE A NORMA CONSTITUCIONAL. 3. JUROS DE MORA CONCEDIDOS, PELO ACÓRDÃO AGRAVADO, NA FORMA DA LEI, OU SEJA, A PARTIR DA PROPOSITURA DA AÇÃO. RAZOAVEL INTERPRETAÇÃO DA SITUAÇÃO DOS AUTOS E DA LEI N. 4.414, DE 1964. 4. CORREÇÃO MONETÁRIA CONCEDIDA, PELO TRIBUNAL A QUO, A PARTIR DA PUBLICAÇÃO DA LEI N. 4.686, DE 21.6.65. DECISÃO CORRETA. 5. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGOU PROVIMENTO⁵⁰.

Por fim, cabe esclarecer o óbvio. Sendo a condenação no juízo arbitral pecuniária, essa decisão se sujeita ao regime de precatório e de RPV – trata-se de uma regra de índole

⁵⁰ STF. AI 52181, Relator(a): Min. BILAC PINTO, Tribunal Pleno, julgado em 14/11/1973, DJ 15-02-1974 PP-00720 EMENT VOL-00936-01 PP-00042.

constitucional e uma das maiores prerrogativas da Fazenda, não podendo ser relativizada sem a devida previsão constitucional.

1.3 CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

Certamente a Fazenda Pública pode participar das sessões de mediação e conciliação, de forma que, quanto a esse quesito, não temos maiores debates.

Em apartada síntese, temos que a diferença entre os dois reside no fato de que, na mediação, o mediador apenas facilita o diálogo entre as partes, que já detinham um contato prévio, mas são elas que apresentam as soluções. Já na conciliação, a participação é mais ativa conciliador, que acaba por sugerir soluções, eis que se trata de partes que não tem um contato prévio

A única disposição específica quanto a esse tópico é a trazida pelo artigo 174 do CPC:

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

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

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

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

Tal artigo prevê a criação dos centros de mediação e conciliação para solução consensual no âmbito administrativo. Outro ponto relevante é a possibilidade de promoção de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), que pode ser instrumento muito útil para a conciliação e para que se evite a judicialização de pretensões.

Ademais, cabe lembrar que os princípios informadores da mediação e conciliação são a oralidade, a informalidade, a confidencialidade, imparcialidade, independência, da autonomia da vontade e da decisão informada.

Dentre eles, destaca-se o da confidencialidade, importante instrumento para garantir que as partes possam dialogar livremente, de maneira diferente do que ocorria quando quem era responsável pela conciliação era o juiz.

Por fim, o princípio da decisão informada que preceitua o dever dos conciliares e mediadores de informarem as partes das possíveis implicações e riscos da composição.

1.4. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL COM A FAZENDA PÚBLICA

O negócio jurídico processual decorre, igualmente, da autonomia da vontade. Na realidade, em análise mais acertada, a autonomia da vontade decorre do princípio da liberdade insculpido no artigo 5º da CF, cláusula pétrea, portanto, permitindo aos indivíduos a capacidade de autorregramento.

Certamente o grande avanço do CPC na temática se refere ao artigo 190, conhecido como cláusula geral de negociação processual. Ele está assim redigido:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Esse artigo permite a realização de negócios jurídicos atípicos, desde que as partes sejam plenamente capazes e que os direitos admitam autocomposição. São os chamados negócios jurídicos atípicos, visto que não estão expressamente previstos no código e sua criação decorre da vontade das partes.

Como não estão previstos no código, cabe ao juiz, até mesmo de ofício, regular a aplicação dessas cláusulas, reconhecendo a abusividade em situações de vulnerabilidade, ou de cláusulas nulas como as que negociam sobre questões de ordem. Como o espectro de negócios é bastante grande, citam-se os enunciados 19 (Bilateral) e 21 (Plurilateral) do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC):

Enunciado 19: São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de

despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso¹⁴, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de disclosure), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal.

Enunciado 21: São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais.

No que se refere à Fazenda Pública, é plenamente possível a convenção de negócios jurídicos processuais, afinal de contas, o objetivo é adaptar o processo às partes e ao caso concreto e só pode ser realizado em direitos em que é possível a autocomposição. De sorte que cada advogado público que atua num determinado processo tem poder para celebrar negócios jurídicos. Nesse sentido o enunciado 256 do FPPC, expõe exatamente esse posicionamento⁵¹.

Naturalmente, se for do interesse da Administração Pública adiar uma audiência, de forma a estar mais bem preparada para uma próxima, ou para possibilitar uma sustentação oral ou até aumentar o tempo de uma sustentação oral se as partes e o juiz reputarem a causa ser complexa demais para exposição dos argumentos, não se vislumbra razão para a Fazenda Pública não o fazer.

Apesar de todos os argumentos esposados, um prevalece. É que a doutrina de maneira uníssona festejou o fato de o legislador não confundir direito não passível de autocomposição com direito indisponível.

⁵¹ Enunciado 256: A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual.

É que, ainda que o direito seja indisponível, é possível a autocomposição. Obviamente, essa não versará sobre o direito material, mas sobre posições e procedimentos processuais, sendo certo que o autorregramento das vontades é princípio fundante do processo civil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando está em juízo, a Fazenda Pública representa a coletividade e, como se sabe, o interesse da coletividade se sobrepõe ao do particular. Não à toa, é princípio fundante do Direito Administrativo o princípio da supremacia do interesse da coletividade sobre o interesse público.

Não é novidade que a Fazenda Pública é um dos maiores litigantes do Judiciário e, esse volume excessivo, aliado à falta de pessoal e orçamento, explicam, por exemplo a necessidade de prazo em dobro para suas manifestações.

Não se pode esquecer da burocracia a que a Fazenda Pública está condicionada, justamente por fazer parte do conceito de limitações, para legitimar a atuação do administrador, eis que esse gere uma coisa que não lhe pertence. Isso, inclusive, é inerente a uma máquina estatal. Por isso, se percebe que, na verdade, essa diferença de tratamento decorre da isonomia material.

Os negócios jurídicos processuais e o sistema multiportas – notadamente mediação, conciliação e arbitragem – são importantes ferramentas para que se obtenha uma tutela específica e mais eficaz, que é o grande objetivo do sistema judiciário.

Ocorre que, por toda especialidade a que a Fazenda Pública está submetida, muitos doutrinadores afirmam que muitos aspectos desses institutos não são aplicáveis, principalmente pelo fato do interesse público ser indisponível.

Como foi destacado, nenhum princípio é absoluto e, além disso, não são todos os interesses da Fazenda Pública que são indisponíveis. Por conta disso, e dos benefícios que esse sistema proporciona, basta compatibilizá-lo com as limitações da Fazenda.

Na realidade, quanto à arbitragem, a aplicabilidade já está positivada no seu artigo 1º, da lei respectiva, mencionado anteriormente, mas não é irrestrita, não podendo, por exemplo, a decisão do árbitro ser feita por equidade e devendo o procedimento seguir a publicidade.

Sobre a conciliação e a mediação, o seu não cabimento seria verdadeiro contrassenso, já que é meio bastante promovido pelo novo CPC. Inclusive, destaca-se o disposto no artigo 174 que vislumbra a criação de centros de mediação e conciliação para solução de litígios no âmbito administrativo.

Para os negócios jurídicos processuais atípicos, previstos no artigo 190 do CPC, são plenamente possíveis de serem realizados pela Fazenda Pública, conforme o já citado enunciado 256 do FPPC.

Na realidade, é fundamental a noção sobre a distinção entre direito indisponível e direito não passível de autocomposição, que põe uma pá de cal nos argumentos em sentido contrário alegando ser o interesse da Fazenda Pública indisponível.

Dessa feita, se percebe que o sistema multiportas é plenamente aplicável à Fazenda Pública, sendo, a bem da verdade, um instrumento que veio a seu favor, proporcionando mais celeridade às resoluções de litígios que lhe envolvam.

REFERÊNCIAS

BARROS, Guilherme Freire de Melo. Poder Público em Juízo: para concursos. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. AgInt no CC 156.133-BA, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 22/08/2018.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 52181, Relator(a): Min. BILAC PINTO, Tribunal Pleno, julgado em 14/11/1973, DJ 15-02-1974 PP-00720 EMENT VOL-00936-01 PP-00042.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números: 2018. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/justica-numeros-2018-2408218compressed.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm, 2019.

A FRAGILIDADE DO ESTADO NO TOCANTE AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS.

DANIELA ANDRADE SANTOS:

Advogada. Com especializações: MBA em Direito Imobiliário, Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Pós-Graduação em Direito Processual Civil, Pós-Graduação em Direito Empresarial. Estudando Pós-Graduação em Direito do Consumidor e Previdenciário⁵².

RESUMO: O presente trabalho discorre sobre a dura realidade vivida por inúmeros jovens, que desde cedo ingressam no mundo da criminalidade. Bem como comentar acerca do papel do Estado na aplicação de medidas sociais para combater, o crime que devido a sua incapacidade tornou-se presente nos grandes centros urbanos e por causa do crescimento encontra-se nas pequenas e grandes cidades. Assim como, mostrar o estado de total vulnerabilidade social em que se encontram os cidadãos, especialmente as crianças e adolescentes que por viverem em comunidades carentes, longe da proteção e da atuação efetiva do Estado, que tem seus direitos cerceados, se vem seduzidos pelo crime e passam a cometerem infrações, devido ao círculo vicioso presente nas comunidades, bem como, a falta de capacidade do Estado em promover o equilíbrio social.

PALAVRAS-CHAVE: ato infracional; crianças e adolescentes; direitos; equilíbrio social e estado.

1 INTRODUÇÃO

As Medidas socio-educativas são mecanismos de apoio e recuperação aplicados ao adolescente autor de ato infracional, tendo como justificativa proporcionar um estudo voltado para a questão da infração cometida por adolescentes e o papel do Estado na prevenção e recuperação.

Percebe-se que, a violência vem cada vez mais se alastrando na sociedade, foi-se o tempo em que a violência era apenas presente nos grandes centros urbanos, atualmente tornou-se comum em todos os ambientes. Frequentemente surgem casos de jovens, crianças e adolescentes envolvidos em delitos, o que reflete a falta de aplicabilidade

⁵² Estudante de História, Curso de TTI, Registro de Jornalista nº 0080784/SP, Curso de Coaching, Especialização em Síndico Profissional e Gestão Condominial. Presidente da Comissão Jovem Advocacia da OAB Lapa, Ex-Presidente da Comissão de Cultura e Eventos da OAB Lapa, Ex-Presidente do CDC da OAB Lapa. Contato: daniellaandradeadv@gmail.com

das medidas elencadas no Estatuto da Criança e do Adolescente por parte do Estado, uma vez que não possui políticas públicas efetivas que proteja as crianças e os adolescentes da marginalidade. Neste sentido, faz-se conveniente frisarmos o papel do poder público frente ao crescimento exacerbado da criminalidade e o elevado índice de infrações cometidas por crianças e adolescentes.

É importante salientar que, falta de políticas públicas sérias e compromissadas com o desenvolvimento social, leva a marginalidade infanto-juvenil e o crescimento da criminalidade. Atualmente, as grandes cidades brasileiras sofrem e convivem diariamente em meio a violência, um exemplo são as favelas, onde quem manda são os chefes das milícias.

A omissão do Poder Público frente a esses episódios e a ausência de políticas públicas para promover aos cidadãos uma vida digna, leva muitas pessoas a ingressarem no mundo da delinquência, na busca de proporcionar aos familiares um padrão de vida melhor. O crime nessa perspectiva é visto como único meio hábil para se ter prosperidade e conforto.

Muitos jovens são iludidos, visto que a família e o Estado não lhes asseguram os direitos básicos elencados na lei (art. 227, CF c/c o art. 4º do ECA), e acabam ingressando nesse mundo que muitas das vezes não tem volta.

Sabe-se que, os cidadãos necessitam ser amparados de forma plena para terem seus direitos assegurados conforme o que lhes assegura o texto normativo, mas, como vimos não basta apenas que a lei garanta essa proteção, faz-se necessário que esses direitos e garantias previstas no ordenamento jurídico pátrio, especialmente na Constituição Federal sejam de fato aplicados, uma vez que a efetivação desses direitos e garantias se faz cogentes.

2 O ECA E AS GARANTIAS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES AUTORES DE ATO INFRACIONAL

Sabe-se que, o Estado trouxe para se o direito de punir condutas tidas por ilegais e ante-sociais. Sendo assim, compete a ele regular as mesmas para que as pessoas não venham a infringir as leis, pois, caso contrário terão seu direito de locomoção restringido. No entanto, quando se trata de criança e adolescente não é diferente, o que muda é a forma de “puni-los” pelo cometimento do ato infracional. Por esses serem considerados como pessoas em situação peculiar de desenvolvimento não cabem ao Estado puni-los, mas antes de castigá-los, deve-se buscar reeducar e ressocializá-los através das medidas de proteção elencadas no artigo 101, incisos I a VIII e sócio-educativas previstas no artigo 112, incisos I a VII, ambos do ECA. Desta transcreve-se:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I – advertência;
- II – obrigação de reparar o dano;
- III – prestação de serviços a comunidade;
- IV – liberdade assistida;
- V – inserção em regime de semiliberdade;
- VI – internação em estabelecimento educacional;
- VII – qualquer umas das previstas no art. 101, I a VI.

Segundo os dispositivos supracitados, as crianças e adolescentes que vier a cometer ato infracional, devem ser submetidos a tratamento especializado, seja, as medidas elencadas no artigo 101 do ECA, quanto as crianças até 12 anos incompletos na data do fato, ou aqueles previstos no artigo 112 aplicados aos adolescentes, uma vez que, é mais viável para a sociedade que eles sejam corretamente tratados com o intuito de resgatar a sua cidadania, do que, se omitir e levá-los a se tornarem na maioridade, grandes e perigosos criminosos, devido ao aumento da periculosidade que o convívio carcerário propicia.

Assim, há a um método especial, que aplica medidas sócio-educativas com caráter sancionatório-punitivo, tendo como objetivo pedagógica-educativo aos menores infratores de acordo com Liberati:

Aos adolescentes entre 12 e 18 anos não se pode imputar, pois, uma responsabilidade frente à legislação penal comum. Contudo, pode-se lhes atribuir responsabilidades com fundamentos nas normas preconizadas pelo Estatuto, onde poderão responder pelos atos infracionais que praticarem submetendo-se as medidas sócio-educativas previstas no art.112. (2003, p.91)

Mas, o que se vê é a inoperância do Estado em promover aos cidadãos especialmente as crianças e adolescente uma vida digna, com condições de imergir no futuro, tanto econômica quanto socialmente.

Cabe a família e principalmente ao Estado, se empenhar para que todos os direitos que a Constituição assegura a criança e ao adolescente sejam de fato garantidos como prioridade de um Estado Democrático de Direito, pois, ensina Válder Kenji Ishida em sua obra intitulada, Estatuto da Criança e do Adolescente que, “além dos direitos

fundamentais da pessoa humana, gozam a criança e o adolescente do direito subjetivo de desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, preservando-se sua liberdade e dignidade” (2010, p. 5).

No entanto, inúmeras crianças e adolescentes vivem à margem das básicas políticas públicas, como educação, saúde, lazer, cultura e segurança. Os governantes do país não dão prioridade ao desenvolvimento da juventude, deixando de promover saúde, segurança e educação de qualidade aos menos favorecidos. O desrespeito começa justamente na falta de vontade política de quem dirige a nação não somente em priorizar recursos orçamentários para a promoção desses direitos fundamentais, mas também em executá-los corretamente, pois, só assim, deixará de ser omissivo e passará a combater a criminalidade que se apresenta como um problema social crônico.

3 O PAPEL DO ESTADO NA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei Federal nº 8.069, de 13 de junho de 1990, detalhou a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, o que já havia sido abraçado pela Constituição Federal/88, no artigo 227, que assim estabelece:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes a pessoa humana. Esses direitos devem ser-lhes assegurados por todos os meios legais, com o fim de proporcioná-los o pleno e absoluto desenvolvimento, conforme dispõe o supracitado dispositivo em consonância com o artigo 3º do ECA, pois, as particularidades encontradas na referida norma levam em conta a situação peculiar daqueles que estão ainda em desenvolvimento físico, social e psicológico.

É importante frisar que, tratar o adolescente infrator implica necessariamente em tratar e recuperar a família do jovem, para que possa resgatá-lo e reconduzi-lo a sociedade como um ser útil e plenamente reabilitado, mas para isso faz-se necessário aplicar eficazmente as medidas de proteção, assim como as medidas sócio-educativas, desde a implantação de mecanismos eficientes a estruturação adequada das instituições de recuperação e reabilitação do menor infrator. Neste sentido, reitera-se a concepção de Leonardo Barbosa, quando defende que “o processo de desenvolvimento do adolescente passa pela aprendizagem de um posicionamento crítico e responsável em relação às suas condutas” (2002, p. 10).

De acordo com o artigo supracitado, o Estado em conjunto com a família e a sociedade tem o dever legal de dá assistência e proteção as crianças e adolescentes, uma vez que estes estão em desenvolvimento. No entanto, o que se vê na realidade é a falta de aplicabilidade dessas garantias, pois, muitas das famílias se encontram desestruturadas e não tem condições de possibilitar aos filhos o básico, como moradia digna, alimentação e educação de qualidade. O Estado não lhes assegura os direitos constitucionalmente protegidos, pois, a educação e a saúde pública são de péssima qualidade, a sociedade por seu turno, é hipócrita e corrompida, reflexos da complexidade e dos sujeitos que os integram.

Devido a esse conjunto de fatores, as crianças e adolescente encontram-se desamparados, visto que muitas das garantias previstas na lei não são aplicadas da forma que necessitaria, a começar pelo Estado, que deveria combater com maior efetividade as práticas de atos inflacionais com medidas habeas e urgentes, com o intuito de fornecer as crianças e aos adolescentes meios para que os mesmos possam viver de forma digna, e não venha a delinquir, já que seria mais fácil e bem menos oneroso para o Estado, a sociedade e a família, prevenir tais práticas do que no futuro remediar através de políticas públicas inoperantes o que às vezes se tornou irremediável.

4 CONCLUSÃO

Esse estudo, ainda que de forma sintética, buscou tratar acerca dos problemas relacionados ao menor infrator, as medidas sócio-educativas e a atuação do Estado na aplicação das mesmas e na proteção dos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição, bem como no Estatuto.

Em todo caso, aquilo que se previne é mais fácil de corrigir, de modo que, a manutenção do Estado Democrático de Direito e das garantias constitucionais dos cidadãos deve partir das políticas assistenciais do governo, sobretudo para as crianças e jovens. A repressão, e a violência com o jovem infrator está longe de serem instrumentos eficazes de combate à marginalidade.

As medidas sócio-educativas aplicadas como repreensão aos atos infracionais praticados por menores, servem para alertar o infrator à conduta anti-social praticada e reeducá-lo para a vida em comunidade. Só o tratamento, a educação, a prevenção são capazes de diminuir a delinquência juvenil.

Dessa forma, as medidas sócio-educativas são os meios mais adequados para se chegar à recondução do menor infrator a sociedade, de maneira a reestruturá-lo, pois, aplicar ao menor as mesmas penas atribuídas aos adultos, não é a forma mais adequada e eficaz de combater a delinquência infanto-juvenil, já que contribuiria apenas para que

torná-los ao terem convívio com os delinquentes em potencial, um ser perigoso e altamente nocivo para a sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Vade Mecum (Colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto ET all.) 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ISHIDA, Válder Kenji. Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LIBERATI, Wilson Donizetti. Direito da Criança e do Adolescente. 2 Ed. São Paulo: Ridee, 2008.

LIBERATI, Wilson Donizetti. Adolescente e ato infracional – medida sócio-educativa é pena?. 2 Ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

PINTO, Antônio Luiz de Toledo, WINDT, Maria Cristina Vaz dos Santos, CESPEEDES, Livia. (Camp.) Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2009.

A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E SEUS BENEFÍCIOS SOCIAIS

AYMME KATHERINE VIDOVIX:

Mestre em Ciências Empresariais pela Universidade Fernando Pessoa (UFP/PT). Master em Arquitetura e Iluminação pelo IPOG. Bacharel em Arquitetura e Urbanismo pela Universidade Federal do Tocantins (UFT).⁵³

LUCAS FERNANDES DE MORAIS VIDOVIX ⁵⁴

(Coautor)

RESUMO: O presente estudo tem como intuito a demonstração do potencial de transformação que o instituto da Regularização fundiária possui em relação as populações direta e indiretamente afetadas. O principal objetivo do trabalho é o de explicar de forma simplificada e acessível o que vem a ser o instituto da Regularização Fundiária e quais os impactos que esse instituto consegue alcançar nas populações das áreas regularizadas, incluindo os impactos na qualidade de vida e também na inclusão social. O estudo tem caráter descritivo e baseou-se principalmente no levantamento dos principais conceitos sobre o tema e da legislação mais atualizada sobre a Regularização Fundiária, o que incluiu as recentes regulamentações sobre a Usucapião Extrajudicial. Dessa forma, buscou-se demonstrar a relevância do instituto da Regularização Fundiária, não só como meio técnico, mas também como mecanismo de implementação de políticas urbanísticas e também de inclusão social e econômica das populações impactadas.

Palavras-chave: Regularização Fundiária; Inclusão social; Usucapião Extrajudicial; Qualidade de vida.

ABSTRACT: The present study aims to demonstrate the transformation potential that the Land Regularization Institute has in relation to the directly and indirectly affected populations. The main objective of the work is to explain in a simplified and accessible way what the Land Regularization Institute is and what impacts this institute can achieve on the populations of the regularized areas, including the impacts on the quality of life and also on social inclusion. Social. The study has a descriptive character and was based mainly on the survey of the main concepts on the subject and the most up-to-date legislation on Land Regularization, which included the recent regulations on Extrajudicial Usucapião. In this way, we sought to demonstrate the relevance of the Land Regularization Institute, not only as a technical means, but also as a mechanism for implementing urban policies and also for the social and economic inclusion of the impacted populations.

Keywords: Land regularization; Social inclusion; Extrajudicial adverse possession; Quality of life.

⁵³ E-mail: aymme.kv@gmail.com.

⁵⁴ Bacharel em Engenharia Civil pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Bacharelado do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. Servidor Público efetivo do Município de Porto Nacional. E-mail: lucasfermorais@hotmail.com

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conceito de regularização fundiária – REURB 3. Histórico das políticas de regularização fundiária no Brasil e sua legislação. 4. Papel dos municípios na regularização fundiária. 5. Usucapião Extrajudicial. 6. Vantagens da regularização fundiária para as populações. 7. Considerações finais. 8. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O processo de urbanização da população brasileira teve forte crescimento nas décadas de 1970 e 1980, época na qual deveriam ter sido aplicados de maneira mais equacionada, na medida do crescimento desse processo, meios de garantir o correto planejamento urbano. Como pode-se observar, muito do crescimento urbano foi feito sem o correto planejamento, resultando em muitas ocupações irregulares, conhecidas como assentamentos informais e favelas.

De acordo com dados do próprio Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), quase metade da população brasileira residente em áreas urbanas vive em assentamentos precários, informais ou os chamados domicílios inadequados. Além disso, é mister salientar que a renda populacional dos moradores dessas áreas é de até 3 salários mínimos, o que acaba impondo condições de vida insalubres, com a presença de degradação ambiental, desordem urbana e também a falta de acesso a serviços e equipamentos públicos que são essenciais para a elevação da qualidade de vida, além de impactar diretamente na integração com o mercado de trabalho e outras áreas como a mobilidade e violência.

Dessa forma, o presente estudo trouxe, com uma metodologia descritiva, os conceitos básicos desse instrumento tão essencial que é a Regularização Fundiária, assim como os seus impactos diretos e indiretos na qualidade de vida das populações afetadas, tornando-se o principal fator de inclusão social de certas comunidades.

O presente estudo baseou-se numa metodologia descritiva, inclusive baseando-se em estudos de caso já realizados em Municípios que utilizaram a Regularização Fundiária como meio para uma melhora na qualidade de vida de suas populações.

Adicionalmente, a pesquisa buscou identificar os principais conceitos que abarcam a Regularização Fundiária, de caráter bibliográfico, recorrendo-se principalmente aos trabalhos relevantes na área, assim como as legislações existentes sobre a temática.

2. CONCEITO DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA - ReUrb

A figura da Regularização Fundiária surge da necessidade criada por conta das ocupações irregulares que foram intensificadas, principalmente, após as ocupações urbanas que ocorreram nas décadas de 1970 e 1980, com o intuito de regularizar as áreas conhecidas como favelas e assentamentos urbanos.

Na visão de Telles (2021), a irregularidade de imóveis é um problema histórico que é proveniente de invasões, loteamentos em desacordo com as legislações municipais e imóveis vendidos de forma ilegal, aliados ao elevado custo de regularização imobiliária, o que, naturalmente, faz com que esse número continue a aumentar conforme os núcleos urbanos vão crescendo.

De acordo com Cavalcante e Silva (2020), a Regularização Fundiária Urbana (ReUrb) pode ser definida como um conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que têm como função primordial a incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano, com a devida titulação de todos os seus ocupantes. De acordo com as mesmas autoras, a Regularização fundiária garante o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais e também, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A Figura a seguir, exemplifica bem o conceito de Regularização Fundiária Urbana:



Fig. 01: Cavalcante e Silva (2020) – Regularização Fundiária Urbana.

Para Cavalcante e Silva (2020), o ReUrb pode ser feito por meio de 2 modalidades, sendo o ReUrb-S, que refere-se a regularização social de interesse social, e o ReUrb-E, que é a regularização de interesse específico, o que pode ser aplicado, por exemplo, aos núcleos urbanos irregulares, desde que a população que ocupe o local não seja de baixa renda, excluindo-se a possibilidade da aplicação da primeira modalidade.

Essa classificação foi apresentada na Lei 13.465/17, conhecida como a Lei do ReUrb, que inclusive trouxe a possibilidade de aplicação de ambas as modalidades do ReUrb num mesmo núcleo urbano informal. De acordo com Capelli et al (2021), no caso do ReUrb-E, cabe ao Distrito Federal ou Município a aprovação dos projetos de regularização, assim como os responsáveis por cada etapa da regularização. Além disso, a mesma obra traz a existência de uma terceira modalidade, conhecida como “ReUrb Inominada”, prevista mais especificamente no Art. 69 da Lei 13.465/17, que pode ser aplicada às glebas que tiveram seu parcelamento antes de 19/12/1979, tornando mais fácil sua regularização.

3. HISTÓRICO DAS POLÍTICAS DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NO BRASIL E SUA LEGISLAÇÃO

De acordo com Ceolin (2015), desde a Constituição de 1988, houve uma grande preocupação sobre a publicação de leis que englobassem medidas que pudessem possibilitar a legalização de imóveis localizados nas áreas urbanas dos municípios brasileiros. Dentre as principais leis que abarcaram esses processos de regularização, pode-se citar a Lei nº 10.257/01, conhecida como Estatuto das Cidades e a Lei nº 11.977/09 que estabeleceu o programa Minha Casa, Minha Vida. Após a promulgação das Leis

citadas, outra lei que teve grande destaque nesse cenário foi a Lei nº 12.424/11 que tratava especificamente sobre o registro da Regularização Fundiária assim como a competência dos Municípios para regularizar os imóveis irregulares em seu domínio.

Além disso, merece ser citado o esforço do legislador federal ao citar o instituto da Usucapião Extrajudicial, prevista no Art. 1071 da Lei nº 13.105/15, conhecida como CPC de 2015, que, *in verbis*, traz o seguinte:

Art. 1.071. O Capítulo III do Título V da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 216-A: (Vigência)

“Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com:

I - ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias;

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

III - certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente;

IV - justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel.

Na sequência desses parágrafos, pode ser visualizado o rito a ser seguido nesse procedimento de Usucapião Extrajudicial, responsável por grande parte dos processos de regularização na atualidade. Ceolin (2015) ainda cita que grande parte dessa relevância dá-se, principalmente, pelo fato de que a Usucapião Extrajudicial reduz de forma drástica a complexidade do processo de regularização, assim como diminui os custos operacionais envolvidos, contribuindo assim, para a praticidade e efetividade da regularização fundiária.

Dias e Souza (2019) apontam que em 2016, mais precisamente com a edição da MP nº 759/16, houve um rompimento com o regramento anterior, instaurando-se uma nova ordem relacionada à Regularização de imóveis urbanos. Dessa MP surgiu a Lei nº 13.465/17, que consolidou novos instrumentos e métodos para realizar a Regularização Fundiária, chamada agora de ReUrb.

Ainda de acordo com Dias e Souza (2019), a ReUrb, como é conhecida, destina-se a identificar e incorporar os núcleos urbanos pendentes na informalidade aos núcleos formais, promovendo a titulação de seus ocupantes. De acordo com a Lei, diversos instrumentos podem ser utilizados com o intuito de satisfazer o ReUrb, sendo estes: (I) a legitimação fundiária e a legitimação de posse; (II) a usucapião; (III) a desapropriação em favor dos possuidores; (IV) a arrecadação de bem vago; (V) o consórcio imobiliário; (VI) a desapropriação por interesse social; (VII) o direito de preempção; (VIII) a transferência do direito de construir; (IX) a requisição, em caso de perigo público iminente; (X) a intervenção do poder público em parcelamento clandestino ou irregular; (XI) a alienação de imóvel pela administração pública diretamente para seu detentor; (XII) a concessão de uso especial para fins de moradia; (XIII) - a concessão de direito real de uso; (XIV) a doação; e, (XV) a compra e venda.

Dias e Souza (2019), ao analisar a Lei nº 13.465/17 trazem uma crítica ao instrumento normativo. Admitem que a edição dessa lei tenha inaugurado uma nova ordem normativa no que tange à Regularização Fundiária, porém classificam a Lei como distante do ordenamento constitucional existente antes da MP citada. Os autores inclusive apontam que tanto a MP quanto a Lei trazem um apego exagerado em relação à titulação e à criação de mais propriedades, voltando-se prioritariamente para regularização com o intuito de comercialização, surgindo assim, as chamadas “cidades de papel”, denominadas assim pela valorização excessiva do título/papel em detrimento da qualidade de vida dos seus habitantes.

Críticas à parte, por outro lado, a Lei Federal nº 13.465/17 – ReUrb ampliou as condições de atuação dos entes públicos, principalmente no que se refere aos Municípios, criando procedimentos capazes de agilizar e tornar mais efetivos os processos de regularização Fundiária nos núcleos urbanos informais que tiverem sido consolidados até a data de 22/12/2016, principalmente nos casos em que haja interesse social.

4. PAPEL DOS MUNICÍPIOS NA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

No trabalho de Cavalcante e Silva (2020), foi enfatizado que a Constituição Federal de 1988 trouxe, mais especificamente em seus artigos 182 e 183 que tratam da política urbana, a responsabilidade dos municípios na Regularização de Imóveis Urbanos.

O art. 182 institui que o principal instrumento da política de desenvolvimento e expansão urbana de um município deve ser seu Plano Diretor, sendo este fixado por meio de Lei Ordinária, ou seja, incluindo a participação popular como meio de garantir que o Plano cumpra sua função social. Já o art. 183 traz os requisitos para a aquisição de imóvel por meio da Usucapião, assim como a impossibilidade de aplicação deste instituto em imóveis públicos.

Ambos os artigos tem a finalidade de garantir que os imóveis urbanos deixem de servir apenas como especulação imobiliária e sirvam como instrumentos para garantir a função social de imóveis localizados no plano diretor dos núcleos urbanos.

Em relação à obtenção dos recursos financeiros para promoção de ações de Regularização Fundiária, Capelli et al (2021) aponta que os Municípios, tendo papel primordial nessas ações, têm, à sua disposição, a outorga onerosa do direito de construir, a OODC. Esta outorga, nada mais é do que o valor pago como forma de indenizar pela construção acima dos limites do município, valor este que inclusive deve ser destinado para uma conta separada, passível de responsabilização do gestor

municipal caso isso não ocorra. Este valor tem especial relevância do ponto de vista econômico, principalmente pelos altos custos envolvidos quando se trata de Regularização Fundiária.

Dessa forma, assim como determinava a Lei nº 6.766/79, a providência sobre a titularidade do poder público é dos Municípios, assim como a discricionariedade sobre a autorização de parcelamentos urbanos realizados por particulares. Na mesma toada, é interessante citar a necessidade da aplicação da regra de que “o urbanizador urbaniza”, ou seja, como promoção de medida de igualdade material, os municípios devem exigir dos particulares que estão urbanizando áreas, a implantação de um sistema de implantação de sistema viário, assim como a cessão de espaços livres que possam ser usufruídos pela coletividade.

Interessante abordar o trazido por Capelli et al (2021) de que as Leis sobre o ReUrb facultam aos municípios o poder de exigir algumas características na aprovação de áreas urbanizadas a depender da sua utilização, ponto este que deve ser bem aproveitado pelos Municípios tendo em vista o benefício para a população. Isso reforça a necessidade de fiscalização por parte dos municípios para evitar que os loteadores lancem loteamentos e áreas irregulares e depois tentem regularizar estas áreas como forma de fugir às exigências legais para lançamentos de loteamentos novos em áreas urbanas, ou seja, quando aqueles tentam burlar as exigências legais impostas.

5.USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL

Como cita em sua obra, Pereira (2018) traz à baila que a figura da Usucapião é de extrema importância no que tange ao processo de Regularização Fundiária. De acordo com o autor que retoma à doutrina civilista, a Regularização Fundiária pode ser dividida em 2 partes, sendo a primeira do ponto de vista jurídico-registral, na qual a Usucapião se faz necessária, e também do ponto de vista urbanístico, que busca atender ao direito de moradia digna e adequada às populações.

A Usucapião, segundo Pereira (2018) é um processo pelo qual se adquire a posse de um bem imóvel pelo decurso de prazo e também consoante a lei. Dessa forma, pode ser encarada como um processo simplificado de aquisição de propriedade, tendo em vista que baseia-se na desjudicialização desse procedimento já que pode ser feito perante as serventias extrajudiciais, ou seja, diretamente junto aos cartórios de Registro de Imóveis (CRI's).

Cumprindo ressaltar porém, uma observação muito bem colocada na obra de Pereira (2018), na qual cita que mesmo que a Lei nº 13.465/17 tenha trazido a nova possibilidade de Regularização Fundiária por meio do ReUrb, algumas espécies de regularização não podem ser feitas pela via extrajudicial, via mais simples, sendo estas a Usucapião coletiva, familiar e administrativa, tendo em vista que todas possuem a participação do Ministério Público como requisito essencial.

Diante do exposto, percebe-se a importância que a Usucapião tem em relação à Regularização Fundiária, já que esse método simplificado de regularizar os imóveis do ponto de vista jurídico-registral o coloca na condição de instrumento de extrema valia, podendo-se utilizar em larga escala e com grande segurança jurídica, com grande potencial transformador do cenário imobiliário urbano.

6.VANTAGENS DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA PARA AS POPULAÇÕES

Como já fora citado anteriormente, o processo de urbanização dos municípios brasileiros aconteceu, em sua maioria, de forma desordenada, principalmente pela migração das populações rurais para o meio urbano, sendo responsável por grande parte da existência de ocupações irregulares e as aglomerações conhecidas como favelas e assentamentos urbanos, que são, muitas vezes, áreas marginalizadas e sem acesso aos equipamentos públicos coletivos.

No trabalho de Nogueira (2017), a autora cita que a própria Constituição Federal, mais especificamente nos arts. 182 e 183, traz em seu bojo a necessidade de que os governantes promovam a gestão democrática das cidades, assim como também o trazido pelo Estatuto das cidades, para a promoção de moradia digna para as populações e também o exercício da função social das propriedades por meio do plano diretor.

As áreas irregulares possuem conotação negativa desde o seu surgimento. Quando feita uma procura no dicionário Michaelis (2020), o termo favela tem como significado uma área que cause má impressão, com aparência desagradável, frequentado e habitado por pessoas com baixas condições financeiras. Já quando procura-se o termo periferia, seu significado remonta ao que está geograficamente no entorno do centro urbano e que ao mesmo tempo possui deficiências nos serviços básicos assim como em sua estrutura.

Como já foi abordado nos tópicos anteriores, e reforçado na obra de Nogueira (2017), tanto a União, quanto os Estados e Municípios tem o papel de fomentar programas habitacionais, porém quando os núcleos urbanos já existem, o papel primordial na regularização dessas áreas cabe aos municípios, que em sua maioria, alegam falta de recursos para desenvolver esses programas.

A autora ainda cita que diversos mecanismos podem ser utilizados para que os processos de Regularização fundiária sejam executados, como por exemplo a doação de imóveis e também a desapropriação, tendo ambos, caráter de interesse social. É importante citar que, mesmo não sendo de sua alçada, o papel dos Estados ainda sim é primordial no que tange aos programas existentes, paralisados muitas vezes pela falta de suporte público ou pela deficiência financeira.

De acordo com dados fornecidos pela SEDURB (2022) -Secretaria de Saneamento, Habitação e Desenvolvimento Urbano do Espírito Santo, a Regularização Fundiária, além de transformar os núcleos urbanos irregulares em áreas legalizadas, garante também o direito à moradia, aos serviços públicos e impacta diretamente na qualidade de vida da população.

Além disso, dados extraídos da própria secretaria ainda citam que estão entre os maiores benefícios da Regularização Fundiária de áreas irregulares os seguintes: I) Facilidade de obter financiamento para melhoras os imóveis existentes; II) Garantia da segurança jurídica; III) Integração social e garantia do emprego e renda; IV) Acesso facilitado aos serviços públicos; V) Garantia da função social da propriedade; VI) Aumento na arrecadação de tributos municipais e consequente desenvolvimento urbano pela atração de investimentos e aplicação dessa verba extra.

Telles (2021) cita ainda que, além da Regularização Fundiária possibilitar que os locais regularizados recebam investimentos de infraestrutura, existem hoje, com base nos pontos tratados anteriormente, programas que possibilitam a regularização de áreas com interesse social em que os

imóveis seriam todos regularizados à custo zero, o que, teoricamente, sanaria um dos principais problemas da regularização de imóveis que é o relacionado ao custo para sua efetivação.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Baseando-se numa pesquisa descritiva dos principais conceitos relativos à Regularização de Imóveis, o presente trabalho teve como intuito principal o de demonstrar as ferramentas existentes para promoção desse instituto, assim como os possíveis benefícios que poderiam ser usufruídos pelas comunidades hoje em situações irregulares.

Remontando ao surgimento dos grandes núcleos urbanos, foi possível acompanhar a impossibilidade de regularização de todos os núcleos na velocidade em que foram surgindo devido às migrações urbanas muito presentes nas décadas de 70 e 80, o que, claramente, fez com que surgissem muitas áreas marginalizadas, e que além de uma conotação e imagem negativas, privam suas populações de elementos básicos como o acesso aos serviços públicos e a uma qualidade de vida aceitável, o que vai totalmente contra os princípios presentes tanto na Carta Magna quanto de leis esparsas e complementares como o Estatuto das Cidades.

Com base nesse problema, foram apresentadas alternativas para solucioná-lo, o que inclui o ReUrb, Lei recente, lastreada em leis anteriores e que visa facilitar o processo de Regularização de imóveis e áreas urbanas, classificando ainda as áreas de prioridade como as áreas de interesse social. Além disso, foi desmistificado o conceito meramente técnico da Regularização de Imóveis, o que ficou claramente demonstrado que engloba outras áreas como urbanísticas, ambientais, sociais e por fim, registrais.

O papel dos Municípios foi destacado, evidenciando seu protagonismo principalmente pelo fato de que a maioria das áreas que necessitam de regularização são áreas já existentes, o que com base legislativa, tem os Municípios como atores principais. Fato este que, como demonstrado acima, não impede a participação de outros entes públicos no auxílio aos municípios, o que, com base em estudos de caso consultados, fazem total diferença na efetivação da Regularização fundiária, já que a cooperação entre os entes mostra-se essencial para isso.

Uma breve explanação sobre um dos institutos mais poderosos da Regularização Fundiária, a Usucapião Extrajudicial, também foi colocada à disposição do leitor, já que os institutos normativos, tendendo a facilitar e desburocratizar o acesso à regularização de imóveis urbanos, disponibilizaram essa alternativa muito utilizada na atualidade. A Usucapião e suas nuances foi citada no presente estudo de forma superficial, com o intuito de informar ao leitor de sua existência e importância, já que, devido à sua importância, merece um estudo exclusivo, principalmente no que tange seu impacto na regularização fundiária.

Por fim, demonstrou-se, os impactos que o processo de Regularização Fundiária possui nas comunidades. Impactos que vão muito além do simples registro, e que impactam diretamente na qualidade de vida dessas populações, promovendo mudanças micro, como o acesso à serviços públicos antes não acessíveis, a mudanças macro como um meio ambiente equilibrado e a garantia da função social das propriedades. Tendo isso em vista, foi demonstrado no estudo a total relevância da

Regularização fundiária e seus institutos em benefício das populações afetadas e atualmente, marginalizadas por conta de uma conjuntura histórica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017**. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm>. Acesso em: 13/12/2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 19/12/2022, às 22:01 hrs.

CAVALCANTE, Débora de Barros; SILVA, Larissa Fernandes Oliveira. **A regularização fundiária como instrumento de promoção do direito à moradia adequada**. VI Encontro da Associação Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Arquitetura e Urbanismo. Brasília, 2020. Disponível em: <https://enanparq2020.s3.amazonaws.com/MT/22478.pdf>

CEOLIN, Ana Caroline Santos. **A Regularização Fundiária como instrumento de inclusão social e de superação da pobreza**: Estudo de caso da Comarca de São João da Ponte em Minas Gerais. Minas Gerais. V. 1. p. 75 – 104. Revista de Direito Urbanístico, Cidade de Alteridade. 2015.

DÍAS, Maria Tereza Fonseca; SOUZA, Clara Cirqueira. **A regularização fundiária urbana na Lei nº 13.465/2017**: análise da adequação de seus instrumentos à política urbana constitucional. Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade. Goiânia, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/40718/2/A%20regulariza%c3%a7%c3%a3o%20fundia%c3%a1ria%20urbana%20na%20lei%20no%2013.465%202017%20....pdf>

FAVELA. In: Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. Disponível em <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/favela/>> Acesso em: 21 dez. 2022.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Brasileiro de 2020**. Rio de Janeiro: IBGE, 2020.

NOGUEIRA, Maria Jozeane. **O processo de regularização fundiária na periferia de Palmas - TO**: o caso dos setores Santo Amaro I, II e Lago Norte. 2017. 125f. Dissertação (Mestrado em Geografia) – Universidade Federal do Tocantins, Programa de Pós-Graduação em Geografia, Porto Nacional, 2017.

PEREIRA, Eduardo Mazzaroppi Barão. **A Usucapião Extrajudicial como instrumento de regularização fundiária**: Análise das inovações legislativas recentes e dos desafios para sua efetivação. Direito em revista – Faculdade de Ilhéus. V. 1. N.1. 2018.

REURB: **Regularização Fundiária Urbana**: aspectos teóricos e práticos. [livro digital] / Sílvia Cappelli, André Dickstein, Paulo Locatelli, Alexandre Gaio (org.). – Rio de Janeiro, RJ: MPRJ, IERBB, ABRAMPA, MPSC, 2021. 164 f.

SEDURB. **Regularização Fundiária**, Espírito Santo, 2022. Secretaria de Saneamento, Habitação e Desenvolvimento Urbano do Espírito Santo. Disponível em <<https://sedurb.es.gov.br/regularizacao-fundiaria>> Acesso em 21/12/2022, às 10:31 hrs.

TELLES, Diogo. **A importância da Regularização Fundiária Urbana**. Fundação 1demaio. 2021 Disponível em: <<https://www.fundacao1demaio.org.br/artigo/a-importancia-da-regularizacao-fundiaria/#:~:text=A%20regulariza%C3%A7%C3%A3o%20fundi%C3%A1ria%20permite%20que,custo%20zero%20para%20a%20popula%C3%A7%C3%A3o.>> Acesso em: 19 dez. 2022.

DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DO ICMS: COBRANÇA DO IMPOSTO E PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA.

LEYDILENE BATISTA VELOSO E SILVA:

Contadora do escritório Spring Contabilidade. Bacharel em Direito NOVAFAPI. Professora Universitária. Palestrante. Conselheira do CRC-PI. Mestre em Contabilidade e Administração pela FUCAPE. Autora de artigos publicados em revistas especializadas. 55

RESUMO: O presente artigo aborda uma visão geral da análise sobre a coerência da cobrança de diferencial de alíquota alusiva ao ICMS nas operações interestaduais que destinam a mercadorias aos consumidores finais não contribuintes. Apresenta aspectos fundamentais acerca do "DIFAL" antecipatório, principalmente sob o escopo da jurisprudência apresentada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), relacionado ao julgamento da ação indireta de inconstitucionalidade, infringindo o princípio da anterioridade anual da Lei. Desse modo, em virtude da enorme repercussão que provocaria aos estados, o órgão permitiu que o diferencial de alíquotas (DIFAL) pudesse ser exigido sem lei complementar durante o ano de 2021. Ressalta as controvérsias jurídicas que surgiram após regulamentação do diferencial de alíquota, pela ausência de lei complementar que definisse as regras gerais sobre a matéria.

Palavras-chave: Diferencial de Alíquota, ICMS, Princípio da Anterioridade, Jurisprudência, Lei Complementar.

ABSTRACT: This article provides an overview of the analysis on the coherence of charging the ICMS tax differential in interstate operations that send goods to non-taxpaying final consumers. It presents fundamental aspects about the anticipatory "DIFAL", mainly under the scope of the jurisprudence presented by the Federal Supreme Court (STF), related to the judgment of the indirect action of unconstitutionality, infringing the principle of annual precedence of the Law. Thus, due to the great impact that would imply to the states, the body allowed the rate differential (DIFAL) to be required without a complementary law during the year 2021. It highlights the legal controversies that arose after regulation of the rate differential, due to the absence of a complementary law that defined the rules general about the matter.

Keywords: Aliquot Differential, ICMS, Priority Principle, Jurisprudence, Complementary Law.

55 E-mail: leydveloso@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Um dos assuntos mais polêmicos no contexto do ICMS hoje é o diferencial de alíquotas (DIFAL) exigido nas operações e prestações interestaduais atribuída ao consumidor final não contribuinte. Esse regime de tributação era posto tão somente às operações interestaduais atribuídas ao consumidor final contribuinte do imposto, mas foi alterado, com intenção de equalizar a repartição da receita do ICMS e reduzir a desproporção econômico-financeiro e as divergências entre os Estados resultantes do progresso rápido e excessivo do comércio virtual. Ocasionalmente impactos econômicos decorrentes da nova legislação, previstos ou não, sendo evidentes.

Nesse contexto é importante a compreensão dos limites e possibilidades de que desde a origem, o diferencial de alíquota nunca foi critério de materialidade de ICMS. O tema do inciso VII do §2º do art. 155 da Constituição Federal em geral foi uma ordem de repartição de receitas. Não institui tributo, não estabelece carga tributária. Trata-se de princípio que materializa a finalidade do federativo de redução das desigualdades regionais. O debate sobre DIFAL é caracterizado pela atualidade do pensamento analítico regulamentar da cobrança do ICMS nas operações e prestações interestaduais destinadas ao consumidor final não contribuinte do imposto. Trata-se de um resultado do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.469. Por meio dela, foi concluído que as alterações consagradas em conexão ao imposto pela Emenda Constitucional 87/2015 seriam aplicáveis apenas com a edição de lei complementar regulamentando o tema. Assim, em razão do grande impacto que implicaria aos estados, o órgão permitiu que o diferencial de alíquotas (Difal) pudesse ser exigido sem lei complementar durante o ano de 2021.

Indo em controvérsia ao artigo 150, III, b, da Constituição Federal, que veda a exigência de tributos no mesmo exercício financeiro em que tenha sido publicada a lei que o instituiu ou a aumentou. Trata-se do princípio de anterioridade anual, que procura defender os contribuintes de serem surpreendidos pelos entes tributantes, oferecendo maior segurança jurídica à relação jurídico-tributária. Tendo como objeto deste artigo abordagem das particularidades do DIFAL, o seu escorço histórico-constitucional, as consequências do crescimento do comércio virtual e seus reflexos na partilha do ICMS entre os Estados, a natureza jurídica e as funções dos convênios no âmbito do ICMS, bem como as principais questões controversas surgidas após a regulamentação da matéria pelo Convenio ICMS.

O trabalho adota metodologia de pesquisa somente bibliográfica e configura uma análise das principais leis do ICMS e princípio anterioridade anual da Lei. A partir da consulta aos livros e periódicos são apresentadas as deduções e opiniões sobre o tema.

Ressaltando que, em se tratando de uma pesquisa em ciências exatas, o texto não se propõe como conclusivo ou irrefutável, sendo apenas uma análise para a contextualização da importância da utilização do pensamento analítico econômico do direito, quando do cumprimento da lei, nas decisões jurídicas e administrativas e na vida cotidiana dos consumidores, em momento de pandemia. Acrescente-se que cada lei de conduta é avaliada, por quem está obrigado ao cumprimento da mesma, quanto aos custos de sua regular obediência.

Em verdade, as controvérsias jurídicas que envolvem esse acordo interestadual propiciam um aumento considerável do número de demandas judiciais em todo o país e têm gerado insegurança jurídica e instabilidade nas relações entre o fisco e o contribuinte, situação que, em virtude de sua repercussão constitucional, já foi levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal, mas que infelizmente, ainda se acha pendente de definição.

1 HISTORICIDADE DA COBRANÇA DO ICMS - DIFAL DO ICMS NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS

O ICMS (Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação), tem por precedente inicial o IVC (Imposto sobre Vendas e Consignações), o qual, possuindo natureza mercantil, em que cada venda tinha um fato gerador distinto, tendo características de cumulativamente, já que é considerado um imposto de extrema importância ao setor tributário. (Cefis, 2019)

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o imposto sobre operações de circulação de mercadorias e serviços, ou simplificada e denominado por ICMS, surge em substituição ao antigo ICM, que era dos antigos impostos únicos federais sobre energia elétrica, combustíveis e lubrificantes e minerais do país e, também, dos impostos federais sobre transportes de pessoas e cargas que não fossem estritamente municipais e sobre comunicações. (Cefis, 2019)

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) introduz o Imposto Sobre Operações de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) no ordenamento jurídico brasileiro pelo meio do artigo 155, que o dispõe da seguinte forma:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. § 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: I - será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de

serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal. (...) III - poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços (BRASIL, 2015, p. 88).

Claramente, a publicação constitucional, determina que o ICMS, além de ser de competência do Estado e do Distrito Federal, tem como fato gerador toda interferência jurídica que apoie a circulação de mercadorias, que define a cessão do domínio ou da jurisdição da mercadoria, bem como a prestação de serviços de transporte e de comunicação, sendo irrelevante e que a operação ou a prestação comece no exterior. (Alarcon. 2016)

Por tanto, os estados de destino (consumidores) alegavam que a legislação era falha, pois a maior parcela do ICMS ficava com os estados produtores, mais ricos e avançados, prejudicando os estados poucos armados de fortunas, critério pela qual seria essencial uma análise dos parâmetros de distribuição das receitas do ICMS. (Pena, 2019)

O DIFAL torna-se um dispositivo primordial para a proteção da competitividade do estado onde o comprador reside, pois até então o ICMS era recolhido para o estado onde o vendedor estava sediado e, então, as compras pela internet se tornaram nesse cenário motivo de disputa entre os estados. (Cefis, 2016)

Com o surgimento convênio ICMS 93/2015, segundo Anjos (2019) o DIFAL passa a ser posto às operações interestaduais para consumidor final e não contribuinte do ICMS. Novamente vê-se ocorrer mudança nessa nova modalidade pois, o DIFAL passa a ser exercido no ato da emissão da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e).

Tornando, responsável ao recolhimento do DIFAL o emissor da NFe e não o comprador, sendo antes o DIFAL aplicado somente ao consumidor final e contribuinte do ICMS. (Anjos, 2019)

Ethos (2018, p. 1) neste sentido, também argumenta,

A partir de 2019, o remetente da mercadoria é o responsável por quitar a GNRE – Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais, referente à diferença de alíquota, e incluir, nessa guia, o Fundo de Combate à pobreza, quando houver. As guias quitadas devem acompanhar a mercadoria e o DANFE – Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica.

Segundo Anjos (2019, p.2):

O principal alvo deste convênio são os comércios eletrônicos. Antes do convênio ICMS 93/2015 o ICMS era arrecadado exclusivamente para a UF de residência do comércio eletrônico. Agora este ICMS será gradativamente partilhado entre a UF de origem e a UF de destino entre 2016 e 2018 até o ponto de todo o ICMS ser transferido para a UF de destino em 2019.

A partir desse período define-se também a norma transitória, ou como se conhece bem como “Partilha do DIFAL de ICMS” para adequação do caixa dos Estados. Cada Estado da Federação pode aplicar seu regulamento do ICMS aplicável ao seu território obedecendo lei ou decreto. Devido as diversas modificações dos regulamentos estaduais, compete aos contribuintes conduzir regularmente tais alterações e, com isso, adaptar suas práticas fiscais e as imposições normativas de tais estados. (Freitas, 2017)

Ressalta que o DIFAL é regulamentado pela Emenda Constitucional n.º 87/2015 com efeito em 2016. E, com a criação do convenio ICMS 93/2015, gerou novas regras para ajustar-se as atuais necessidades fiscais. Havendo a suspensão da cláusula 9ª do Convênio ICMS 93/2015 pelo STF, as empresas optantes pelo simples nacional estão desobrigadas provisoriamente ao recolhimento do referido imposto. Entretanto, destaca-se que as empresas enquadradas no regime simplificado já passaram que recolher a DIFAL e, por isso, devem manter-se atualizadas, já que é apenas uma decisão temporária. (Oliveira, 2011)

Com a divulgação no Diário Oficial da União (DOU) da **Lei Complementar 190/2022**, que determina a arrecadação do diferencial de alíquotas (**DIFAL**) de ICMS nas execuções com mercadorias destinadas ao consumidor final localizado em outra unidade da federação, a Lei Complementar 87/ 1996 (Lei Kandir) passa a vigorar com o **ICMS** devido em decorrência da diferença entre a alíquota interna do Estado de destino e a alíquota interestadual (DIFAL), devendo ser recolhido, pelo destinatário da mercadoria, bem ou serviço, quando este for contribuinte do imposto e pelo remetente da mercadoria, bem ou serviço, quando o destinatário não for contribuinte do imposto. (Sales, 2018)

2 EMENDA CONSTITUCIONAL 87/2015 E A DECISÃO DO SFT NO TEMA 1.093

A partir a edição da Emenda Constitucional nº 87/2015, a competência tributária que determina que o ICMS sobre operações interestaduais para consumidor final não contribuinte largou de se alicerçar na alíquota interna da unidade da federação do princípio para se valer da alíquota interestadual. Em frente desse recolhimento, concedeu-se a imposição, em face do remetente, do recolhimento da diferença entre a alíquota interna da unidade de destino e a alíquota interestadual à unidade destino. Com isto criou-se, uma das espécimes do Diferencial de Alíquotas do ICMS (DIFAL). (Cefis, 2019)

Baseado no surgimento de uma incidência do ICMS, em 24 de fevereiro de 2021, no julgamento do RE nº 1.287.019/DF, o Supremo Tribunal Federal (“STF”) emitiu, com impacto geral (Tema 1.093), o tema de que “[a] cobrança do diferencial de alíquota figurada ao ICMS, de acordo com o introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, presume edição de lei complementar veiculando normas gerais”. (Silva, 2004)

Com isto, o STF articulou os seguimentos da declaração de inconstitucionalidade de leis dos estados e do Distrito Federal, “para as quais a decisão produzirá efeitos a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento” (portanto, em 2022), omitidas as ações judiciais neste sentido. Em modos racionais, com a modulação, o STF permitiu quase dez meses para que a lei complementar fosse editada e para que os estados e o Distrito Federal instituíssem a cobrança. (Silva, 2004)

Desse modo o texto tão citado Lei Complementar nº 190 fora divulgada, somente em 05/01/2022, apontado as normas coletivas da incidência do DIFAL. Diante disto, levando em consideração a inexecuibilidade de constitucionalização superveniente de modo geral a lei ordinária publicada anteriormente, apenas após 05/01/2022 é que as unidades da federação podem estabelecer atuais leis, de modo a impor a cobrança do DIFAL. (Senior, 2019)

Ethos, 2019, destaca em face, que as leis ordinárias formam a cobrança de tributo devem a todo tempo observar a lei complementar que dita as normas gerais, a via natural pressuposta é de que: primeiro são determinadas as normas gerais e, depois, é instituída a cobrança de tributo. Assim sendo, o recolhimento do DIFAL só poderá ser realizado em 2023, em razão da observância às anterioridades anual e nonagesimal, previstas nas alíneas “b” e “c” do inciso III do artigo 150 da Constituição Federal.

Sendo que, no momento em que o projeto de lei que deu origem à Lei Complementar nº 190/2022 prosseguia no Congresso Nacional e esperava a sanção do Presidente da República, poucas unidades da federação se adiantaram por meio da divulgação de leis ordinárias instituindo a cobrança do DIFAL. Tendo como objetivo, após publicada a Lei Complementar, já no ano de 2022 se seria capaz de exigir o DIFAL com amparo nas normas gerais, pois as anterioridades teriam sido analisadas. (Torres, 2018)

Em verdade, o legislador constituinte, preocupado com as disparidades da “lei complementar veiculando normas gerais” ainda não havia sido editada, o que foi apontado pelo STF como pressuposto da cobrança do DIFAL, aparenta espontânea do fechamento de que os normativos divulgadas antes da Lei Complementar nº 190/2022 também seriam inconstitucionais. Pelo fato da lei complementar ainda não havia estabelecido as normas gerais, não poderiam os estados editar leis ordinárias para instituir a cobrança do DIFAL. (Torres, 2018)

Após deliberação do STF no julgamento do Tema 1.094 da consequência Geral, brecha em que se compreende que existiriam autênticas as leis estaduais produzidas após emenda constitucional (que estabelece a competência tributária) e antes da entrada em vigor da lei complementar (que institui as normas gerais da correspondente exação). Assim, as leis estaduais seriam autênticas, mas executariam sequelas somente a partir da vigência da lei complementar. Isso, por certo, se o conteúdo das leis estaduais estiver ordenado com o disposto na lei complementar. (Oliveira, 2011)

De acordo com Cefis, 2019, nessa hipótese, contudo, não sendo transparente, ao entender as normas do DIFAL, sendo assim o STF como precedente anterior. Sendo que a típica Lei Complementar nº 190/2022 definiu, em seu art. 3º, que *“[e]sta Lei Complementar passa a vigorar na data de sua publicação, notando, quanto à produção de efeitos, o composto na alínea “c” do inciso III do caput do art. 150 da Constituição Federal”*. Assim sendo, ao fazer encaminhamento à anterioridade nonagesimal, impreterivelmente qualquer cobrança do DIFAL só conseguirá ser seguida a partir de 05/04/2022.

Inferir-se no mesmo período, como a alínea “c” do inciso III do caput do art. 150 da Constituição Federal faz alusão à alínea “b” que aborda da anterioridade anual, concluímos que a Lei Complementar nº 190/2022 presume do emprego de ambas as anterioridades. Em ponderação para tanto permanece também no fato de que a anterioridade nonagesimal e a anual se aplicam caso haja publicação de lei que instituiu ou aumento o tributo; se a Lei Complementar nº 190/2022 inicia desse pressuposto, logo não é possível projetar apenas a anterioridade nonagesimal, além disso se deve empregar a anual. (Senior, 2019)

Ademais, emancipada mente das anterioridades, há um moderno conceito para a cobrança do DIFAL, qual seja: a cobrança do DIFAL deve esperar até o primeiro dia útil do terceiro mês posterior sendo disseminado as *“informações necessárias ao cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias”*, conforme disciplina o §4º do art. 24-A da Lei Kandir que foi inserido pelo art. 1º da Lei Complementar nº 190/2022. (Senior, 2019)

Dentre diversas alterações progredidas tendo a cobrança do DIFAL dependeria, pelo menos: (i) de lei complementar estabelecendo as normas gerais; (ii) de leis estaduais e do Distrito Federal instituindo a cobrança; e (iii) da divulgação do portal próprio. De fato, para que o DIFAL consiga ser recolhido, não é suficiente que os normativos correspondentes tenham sido divulgados, sendo imprescindível que estejam em plena produção de efeitos. (Senior, 2019)

Para Araujo, 2016, as alterações vêm causando insegurança dos contribuintes, da incerteza de quando devem voltar a recolher o DIFAL nas operações interestaduais destinadas a consumidor final, possui diversos ângulos. De um lado, o CONFAZ aparenta assumir que o DIFAL seja recolhido já neste ano, a partir de 01/01/2021, nos modos do

Convênio ICMS nº 236/2021. Parte dos estados acompanha na mesma linha do CONFAZ, enquanto outra parte pretende esperar apenas o início da produção de efeitos das leis ordinárias já publicadas em dezembro de 2021 e há ainda aqueles que não se apresentam sobre o tema ou mesmo publicaram normativos para instituir a cobrança.

3 PRINCIPAIS NOVIDADES DA LEI COMPLEMENTAR 190/2022

Fruto da aprovação da Lei Complementar 190/22, publicada nesta quarta-feira (5), normatiza a cobrança do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre vendas e serviços ao consumidor final localizado em estado diferente do estado fornecedor. (Araujo, 2016)

Ao analisar os elementos apontados, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal (STF), no entanto, dispôs inconstitucionais diversas cláusulas desse convênio por perceber que o tema carecia ser baseado por lei complementar. Acompanhando a nova lei, nas operações entre empresas e consumidores não contribuintes de ICMS (comprador pessoa física de sites de *e-commerce*, por exemplo) de estados diferentes competirá ao fornecedor recolher e fazer repasse do diferencial de alíquotas (Difal) para o estado do consumidor. (Araujo, 2016)

Assim sendo no âmbito do ato da mercadoria ou o serviço seja atribuído a um estado diverso diferente em que está o consumidor, o diferencial será atribuído ao estado em que a mercadoria realmente entrou ou onde aconteceu o destino final do serviço. (Anjos, 2019)

Relacionado às operações entre fornecedores e empresas contribuintes do ICMS, o Congresso compreendeu não serem fundamentais novas regras porque o tema já é regulado pela Lei Kandir (Lei Complementar 87/96). (Anjos, 2019)

Sendo assim os estados necessitarão conceber um portal para ajudar a emissão de guias de recolhimento do Difal. Esse portal terá dados relacionados a operação específica, como legislação aplicável, alíquotas incidentes, benefícios fiscais e obrigações acessórias. (Battesini, 2010)

Bem como, as transformações constitucionais cederão aos estados determinar, em conjunto, parâmetros técnicos essenciais para a incorporação e a conjunção entre os portais de cada unidade da Federação. (Battesini, 2010)

Passando a vigora as novas regras em 90 dias da divulgação da lei, mas como o Supremo determinou que as normas do convênio não entram a partir de janeiro de 2022, haverá um período sem regulamentação vigente (*vacatio legis*). (Battesini, 2010)

Desse modo, dispõe o artigo 8º da Lei Complementar nº 95/98:

Art. 8º A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula "entra em vigor na data de sua publicação" para as leis de pequena repercussão.

§1º A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral. (Incluído pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001)

§2º As leis que estabeleçam período de vacância deverão utilizar a cláusula 'esta lei entra em vigor após decorridos (o número de) dias de sua publicação oficial'. (Anjos, 2019).

A atual lei regulamenta o que já está antevisto na Constituição. O texto trata sobre o "Difal" — diferencial da alíquota do ICMS nessas operações interestaduais.

O texto define como contribuinte do Difal:

- o destinatário da mercadoria, bem ou serviço, em caso de o consumidor ser contribuinte do ICMS
- o remetente da mercadoria ou bem ou o prestador de serviço, se o destinatário não for contribuinte do ICMS

A proposta determina como território da operação ou da prestação, para decorrências da cobrança do Difal:

- o estabelecimento do destinatário, quando este for contribuinte do ICMS
- o estabelecimento do remetente ou em que houver começo a prestação, no momento o destinatário não for contribuinte do ICMS.

Uma das modificações estabelecidas pelos deputados profetiza que o Difal não se impõe ao transporte interestadual de passageiros destinado a não contribuinte do imposto. Além disso, o tema define que a apuração do ICMS nestas circunstâncias deve ser realizada de maneira centralizada e os estados e o Distrito Federal devem mostrar, em site próprio, as informações para o cumprimento pelo contribuinte das obrigações tributárias referentes a essas operações, gerando polemica na cobrança do ICMS-DIFAL. (Battesini, 2010)

Conforme, Câmara (2020), aponta em seu livro, o ajuste no sistema tributário deve, inicialmente, ser feito através de normas infraconstitucionais. De acordo com o que será visto, em vez de a espécie tributária, pode-se propor uma política fiscal mais digno e de fato desenvolvimentista. Falta, no entanto, mais vontade política do que construção normativa. Some-se a isso o fato de que os grupos políticos e econômicos que monopolizam o controle do poder não têm interesse em dar efetividade à Constituição Federal. O infortúnio é que, quando um país efetua uma enorme reforma legislativa na área tributária, perfaz por produzir mais caos do que desenvolvimento. Para que uma reforma tributária venha a conduzir ao desenvolvimento, é necessário que haja uma ação planejada em etapas. Assim, no panorama de ajuste aplicável ao Brasil, deve-se ter em mente que as reformas não poderão ocorrer em etapa única, sob o risco de haver colapso.

4 A POLÊMICA COBRANÇA DO ICMS-DIFAL EM 2022 E PRINCIPIO DA ANTERIORIDADE ANUAL DA LEI

Com aprovação do PL 32/2021, ao apagar das luzes de 2021, gerará mais motivos para judicialização, às vésperas do início do recesso legislativo, o Congresso Nacional aprovou o Projeto de Lei Complementar nº 32/2021, que renuncia a regulamentação da cobrança do diferencial de alíquotas do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (Difal) incidental sobre operações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte. (Bessa, 2019)

No conteúdo autorizado consiste na cobrança e ao pagamento do tributo, como o fato gerador, o contribuinte responsável pelo recolhimento e a base de cálculo do ICMS. Bem, nas ocorrências em que o consumidor final não for contribuinte do ICMS, o pagamento do Difal caberá ao ente federativo em que ocorrer a entrada física da mercadoria/bem ou o fim da prestação do serviço, mesmo que tenham passado pelos territórios de outros estados até o destino. (Bessa, 2019)

O artigo 3º do projeto demonstra condicionamento da produção dos efeitos da futura lei ao decurso do prazo de 90 dias contados da data da sua publicação no Diário Oficial, em alerta ao disposto na alínea "c", do inciso III, do artigo 150 da Constituição Federal. Nesta ocasião, o presidente da República tem até o dia 11 de janeiro de 2022 para se divulgar pelo veto parcial ou total ou pela sanção do projeto. O período do prazo em branco afetar a sanção tácita da lei. (Bessa, 2019)

Em circunstâncias perfeitas para os estados, caso seja sancionada até o final do ano de 2021, a cobrança do Difal já poderia ser realizada a partir do mês de abril de 2022 sob a égide da nova lei. Contudo, ao adverso do que aparenta, esse cenário não dispusera a fim à discussão jurídica em volta da cobrança do Difal sobre operações interestaduais designada a consumidor final não contribuinte. (Anjos, 2019)

Verifica-se que, por precaução ao princípio da anterioridade nonagesimal, a nova lei complementar, que poderá ser sancionada pelo presidente da República ainda no mês de dezembro de 2021, produzirá efeitos somente após 90 dias da sua publicação, o que acabará constituindo uma lacuna na regulamentação da cobrança do Difal dentro desse período da *vacatio legis* a partir de janeiro de 2022. (Bomtempo, 2022)

Podendo assim prolongar por mais tempo caso a lei não seja sancionada até o final de dezembro de 2021, pois além da anterioridade nonagesimal também deve ser analisada a anterioridade anual no caso da cobrança do ICMS, o que suportaria autorizar legitimidade da cobrança apenas em 2023. O princípio da anterioridade, em ambos os casos, é celebrado pelo STF como cláusula pétrea, e, em última análise, se fundamenta na garantia da segurança jurídica, excluindo que o patrimônio do contribuinte seja prejudicado pela ingerência estatal. (Bomtempo, 2022)

Portanto, embora o grande tempo hábil dado ao Legislativo para desvendar a discussão, incluindo o Difal, o que se vê é que a aprovação do PL nº 32/2021, ao cessar das luzes de 2021, gerará mais razões para a judicialização, com base na indecisão jurídica. Quanto aos estados, deve-se esquivar-se o afã arrecadatário e esperar a publicação de suas próprias leis, após a publicação da Lei Federal, atentando ainda o princípio da anterioridade. (Brazzaolim, 2019)

O princípio da anterioridade tributária, como regra, da mesma forma, carece ser seguida no caso de lei que revoga uma isenção. A premissa da anterioridade tributária não acontece no momento que a isenção deixa de existir em virtude de ter deixado o seu prazo de vigência, esperado pela própria lei de isenção. Expirado o prazo previsto para a isenção, o tributo retorna a incidir imediatamente, tendo em vista que, nesse caso, não há surpresa para contribuinte. (Brazzaolim, 2019)

Sendo tão somente constitucional o regime da anterioridade tributária. A Carta Magna de 1988 veio balizar o poder de tributar, cedendo uma dimensão bem específica a esse quesito. Analisemos o texto compilado:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida,

independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

III – cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) (Anjos, 2019).

(...)

Assim como o Código Tributário Nacional em seus Arts. 9º, II e 104 também aborda o princípio da anterioridade, mas apenas com cunho explicativo e limitado, regulamentando o tema:

Art. 9º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – instituir ou majorar tributos sem que a lei o estabeleça, ressalvado, quanto à majoração, o disposto nos artigos 21, 26 e 65;

II – cobrar imposto sobre o patrimônio e a renda com base em lei posterior à data inicial do exercício financeiro a que corresponda;

(...)

Art. 104. Entram em vigor no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorra a sua publicação os dispositivos de lei, referentes a impostos sobre o patrimônio ou a renda:

I – que instituem ou majoram tais impostos;

II – que definem novas hipóteses de incidência;

III – que extinguem ou reduzem isenções, salvo se a lei dispuser de maneira mais favorável ao contribuinte, e observado o disposto no artigo 178. (Anjos, 2019).

Como regras de anterioridade tributaria, vê-se que a Constituição sempre se dirige textualmente à lei. Bem como o vocábulo Lei deve ser versado em sentido extenso por se citar a qualquer instrumento normativo apto de instituir ou majorar tributos, não se restringindo apenas à lei ordinária e sendo capaz atingir até mesmo decretos e instruções normativas em casos excepcionais. (Silva, 2004)

Silva, 2004, por sua vez, aponta que o legislador constituinte derivado ampliou a aplicação do princípio da anterioridade ao incluir no Texto Constitucional a alínea c do dispositivo supra transcrito. Isso porque, além de obedecer o princípio da anterioridade, carecerão os entes políticos, ao estabelecer ou expandir tributo, observar os 90 (noventa dias) para a entrada do mesmo em vigor.

No entanto, tal linha de interpretação da novidade trazida pela Emenda Constitucional em estudo nos permite aplicar o princípio da anterioridade de forma mais benéfica ao contribuinte, conforme o caso concreto. (Silva, 2004)

No caso material, se a lei que concebeu ou aumentou tributo for divulgada em 31 de dezembro, por exemplo, não passará a vigora junto ao exercício financeiro (que tem início em 1º de janeiro de cada ano), mas sim, 90 (noventa) dias depois de divulgada, em cumprimento ao princípio da anterioridade definido na alínea c, inciso III, do artigo 150 da Constituição Federal. Ainda nesse diapasão, se a lei que instituiu ou elevou o tributo for publicada em 31 de junho, somente entrará em vigor no próximo exercício financeiro, se for invocado o princípio da anterioridade pronunciado na alínea b, inciso III, do artigo 150 da Constituição Federal, anteriormente referido. (Silva, 2004)

Como consequência, algumas empresas estão recorrendo a justiça, e já têm obtido decisões judiciais garantindo o direito de não recolherem imediatamente o Diferencial **de Alíquota (DIFAL) do ICMS incidente nas operações interestaduais com remessa de mercadoria a consumidor final não contribuinte do imposto (como as do e-commerce)**, regido pela **Lei Complementar n. 190/2022**. (Brasil, 1993)

A valer, a controvérsia sobre o origem da produção dos êxitos desta norma, isto é, acerca do **início da cobrança** do aludido imposto, tem início o fato de a LC n. 190, apesar de aprovada pelo Congresso ainda de 2021, ter sido publicada somente em 2022. (Bomtempo, 2022)

De um lado os contribuintes afirmam que o DIFAL só pode ser obrigado a partir de 2023, em função do princípio constitucional da anterioridade anual, adivinhado

no art. 150, III, "b" da CF, segundo o qual uma lei que produziu ou amplia o valor de um tributo só pode gerar efeitos no ano seguinte ao de sua publicação. Adiante da anterioridade anual, também protegem o respeito à anterioridade nonagesimal ou noventena, segundo a qual um tributo só pode ser cobrando 90 (noventa) dias após a publicação da lei que o constituiu ou elevou. (Bomtempo, 2022)

Em contraparte, **os estados vêm defendendo que a cobrança deve se dar até então nesse ano de 2022**, sendo que alguns apoiam a observância da noventena, porém outros visam a exigibilidade instantânea do tributo. (Bomtempo, 2022)

Perante esse empecilho e insegurança, onde até mesmo os estados estão discordando quanto ao início da exigibilidade do tributo, é que **as empresas atingidas estão levando a questão para ser definida em juízo**. (Bomtempo, 2022)

Determinados Juízes já vêm admitindo que tanto a anterioridade nonagesimal como a anual devem ser consideradas, sob o fundamento de que a LC nº 190/2022, além de demonstrar a criação de um novo tributo para uma nova classe de contribuintes, também implica na elevação do imposto a ser recolhido (MS nº 1001443-38.2022.8.26.0053 da 16ª Vara da Fazenda de São Paulo e MS nº 0700137-46.2022.8.07.0018, da 7ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal). (Bomtempo, 2022)

Por outro lado, toda via **já ocorreu despacho contrário aos contribuintes**, sob o fundamento de que dita Lei Complementar não teria criado ou majorado imposto (MS nº 1000409-28.2022.8.26.0053 da 10ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo). (Bomtempo, 2022)

A indagação ingressou no Supremo Tribunal Federal, por meio de ação proposta pela Associação Brasileira de Indústria de Máquinas (Abimaq), pela qual almeja a suspensão instantânea dos efeitos da norma por todo o ano de 2022 e postergação da vigência a partir de 1º de janeiro de 2023. (Bomtempo, 2022)

A aplicação da anterioridade nonagesimal e anual à Lei Complementar nº 190/2022 configura indubitável, singularmente porque o art. 3º da própria lei em questão define que a sua produção de efeitos deve seguir o que dispõe a alínea "c", do inciso III, do art. 150, da CF, que impede a demanda de tributo antes de decorridos 90 (noventa) dias da data da publicação da lei que o instituiu ou aumentou. E mais, referida aliena "c", impõe também seguir ao que define a alínea "b", do mesmo inciso III, do art. 150 da CF, que, por sua vez, impede a cobrança de tributo no ano corrente em que a Lei, que o instituiu ou majorou, tenha sido publicada. (Bomtempo, 2022)

Diante disso, a expectativa é que os nossos Tribunais façam valer o que está apontado em nossa Constituição Federal e na própria LC n. 190, mantendo a segurança jurídica dos contribuintes de não ficarem perplexos com nova tributação, sem as garantias mínimas de anterioridade. Aos contribuintes que têm medo da cobrança inadequada, resta buscar ao Judiciário a busca de uma previsibilidade ou segurança mínima de que seus direitos sejam protegidos. (Bomtempo, 2022)

Sendo a regra constitucional da anterioridade dita pela Lei, que indaguem ou majorem tributos, porque a rigor apenas as leis que estabelecem ou majoram tributos. Todavia, as normas tributárias sendo capazes de incorporar diversos meios normativos e não apenas a lei em sentido estrito, daí a interpretação dos variados meios normativos que não apenas a lei no sentido estrito, daí a interpretação da lei em seu sentido amplo quando tratado da anterioridade tributária. (Bomtempo, 2022)

5 ICMS-DIFAL: CRESCIMENTO DO COMERCIO ELETRONICO E REFLEXO NA PARTILHA DO ICMS ENTRE OS ESTADOS

Com o avanço da tecnologia e modificações, ao longo do tempo, a capacidade de arrecadação dos entes federados, de modo que a alterações das normas tributárias se faz imprescindível para aperfeiçoamento de uma repartição de receita mais justa. A propósito, desde o surgimento das vendas pela internet, os Estados mais distantes dos grandes centros comerciais/industriais advieram a interpelar o aspecto de tributação do ICMS, uma vez que eram destinatários das operações incluindo as mercadorias/serviços, ao passo que não adquiriam fragmento do tributo. (Brazzolim, 2019)

Desse modo, frente a evolução do E-commerce, a EC 87/15, em fusão, procurou modernizar as cautelas constitucionais referentes ao ICMS. Dessa forma, a referida EC supôs que a diferença entre a alíquota interna, do estado de destino, e a alíquota interestadual seria oportuna ao estado de destino da mercadoria/serviço. (Brazzolim, 2019)

Em seguida, fora feita à publicação da EC 87/15, o CONFAZ, através do Convênio ICMS 93/15, estabeleceu a base de cálculo do ICMS como circunstâncias em tais operações. Porém, em 24/2/21 o STF, ao julgar a ADIn 5.469/DF e o RE 1.287.019/DF, afirmou inconstitucional várias cláusulas do referido Convênio, admitindo a carência de lei complementar para regulamentar o quanto previsto na EC 87/15. (Brazzolim, 2019)

Assim sendo, após a decisão do STF, o Congresso Nacional transpôs a debater o tema e no final do ano autorizou lei complementar sobre o tema e expediu para sanção presidencial, por sua vez o CONFAZ, incluso de sua competência, proferiu o Convênio ICMS 236/21 com a previsão de que suas cláusulas simplesmente iniciariam a gerar efeitos em 1/1/22, na expectativa de que até essa data já teria sido publicada a prevista norma complementar. (Bomtempo, 2022)

Sendo, somente em 5/1/22, foi publicada a famigerada LC 190/22, com a publicação da lei, vários questionamentos apareceram quanto (i) à possibilidade de os Estados começarem a cobrança do DIFAL já no vigente ano, bem como (ii) à legalidade/constitucionalidade (a) do Convênio ICMS 236/21 e (b) das normas estaduais publicadas anteriormente à LC 190/22 que tratam sobre o tema, causando impacto nos cofres públicos. (Bomtempo, 2022)

Primeiramente, referente ao impacto sobre os cofres dos Estados, em ofício direcionado ao STF quando do julgamento da ADIn 5.469/DF e o RE 1.287.019/DF, a COMSEFAZ indicou que o ICMS/DIFAL atende por R\$ 9.838 bilhões de reais anuais, impelindo, bem como, na parcela que é designada aos Municípios. Portanto o citado ofício procurasse a convicção dos magistrados para fins de modulação das finalidades, o que verdadeiramente decorreu, sendo provável extrair a dimensão da fissura nas contas públicas que a carência desta parcela representaria. (Bomtempo, 2022)

Sendo que, a Lei Complementar já foi aprovada pelo Congresso Nacional em 20 de dezembro de 2021, por meio do Projeto de Lei Complementar nº 32, de 2021, e já foi remetida para apreciação do Presidente da República no mesmo dia. De acordo com a Constituição Federal, o Presidente tem 15 dias úteis, ou seja, até 11 de janeiro de 2022, para aprovar o Projeto e expedir para publicação em Diário Oficial da União, o que ainda não ocorreu. (Bomtempo, 2022)

Em contrapartida, o Convênio CONFAZ nº 93, de 2015, que dirigia o tema entre os Estados da Federação e levava a imposição do ICMS-DIFAL pelos Estados, foi sentenciado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.469 e, desde 1º de janeiro de 2022, constituindo efeitos em contrários a todos e pungente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Direta e Indireta, nas bases federal, estadual e municipal, a teor do § 2º do artigo 102 da Constituição Federal. (Bomtempo, 2022)

Logo, desde 1º de janeiro de 2022, todos os contribuintes desobrigados a recolher o ICMS-DIFAL nas operações interestaduais destinadas a consumidor final, impactando na desoneração tributária alcançando cifras bilionárias, pois se considerar que a menor alíquota interestadual de ICMS é de 4% e algumas operações interestaduais destinadas a consumidor final podem encontrar alíquota interna de ICMS no Estado de destino de até 25% ou mais. O ICMS-DIFAL, aqui, poderia alcançar 21% do valor da operação. (Bomtempo, 2022)

Evidente, que a propínqua publicação da Lei Complementar aprovada pelo Congresso Nacional nos últimos dias do ano de 2021 impactará na elevação da carga tributária do ICMS nas operações interestaduais destinadas a consumidor final. Pelo fato

de que, nestes primeiros dias de 2022, o ICMS-DIFAL já não pode mais ser exigido pelos Estados. (Bomtempo, 2022)

Assim abrangendo, de um lado, a lei seja sancionada ainda em 2021, e de outro lado, a lei seja sancionada em 2022, não tendo dúvidas de que referida (futura) lei está sujeita à anterioridade, pois o voto do ministro Dias Toffoli no acórdão da ADI 5469/DF, no qual o relator anuncia que a *“a EC nº 87/2015 **concebeu uma nova relação jurídico-tributária entre o remetente do bem ou serviço (contribuinte) e o estado de destino nas operações com bens e serviços destinados a não contribuintes do ICMS. Houve, portanto, substancial alteração na sujeição ativa da obrigação tributária**”*. (Bomtempo, 2022)

Apesar da lei complementar até então não tenha publicação, ocasionando situações de estados que já traçaram as suas próprias leis, após a decisão do STF e antes da publicação da lei complementar. (Bomtempo, 2022)

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o estudo, cujo objetivo foi apontar questões envolvendo o tema DIFAL e com aceleração das integrações dos mercados online, em um mundo globalizado e em decorrência da pandemia, a evolução do e-commerce revela a pujança dos negócios globais. Tal imposto alterou a forma de cobrança do ICMS, como meio de minimizar as disputas de cobrança de impostos entre os estados. Entretanto, inúmeras manobras ocorrem na competição tributária, para evasão de pagamento de impostos, a projetar perigos políticos e econômicos se persistirem as corrosões de bases tributárias, em prejuízo, sobretudo, de nações mais pobres.

Aponta-se que o DIFAL é regulamentado pela Emenda Constitucional n.º 87/2015 com efeito em 2016. E, com o surgimento do convenio ICMS 93/2015, imputou novas regras para regulamentar as atuais necessidades fiscais. Pois com a pandemia os indivíduos ficaram mais em casa, ocasionando assim aumento acelerados das compras on-line. Assim o Congresso viu o desequilíbrio fiscal, e implantou a lei complementar foi publicada: 5 de janeiro de 2022. A norma, em seu mecanismo final, determina que, em ligação à produção de resultados da lei, carece ser levada em deferência a alínea c do inciso III do artigo 150 da Constituição Federal. O mecanismo impede cobrança de tributos “antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou”.

Afinal de contas o capítulo da lei no ano de 2022, relatam que contribuintes que o arrecamento necessita ser fundamentada no julgamento da ação indireta de inconstitucionalidade, seguindo o princípio da anterioridade anual da Lei. Mas tem ainda

um ponto que tem impacto financeiro significativo no período ao qual deve ser cobrado o DIFAL – ICMS. O Comitê Nacional dos Secretários de Estado da Fazenda (Comsefaz) aponta que os estados com a não aplicação da Lei, poderiam ter perda sem arrecadação em média de R\$ 9,8 bilhões, se o imposto não for recolhido no ano.

Assim os estados não tem cumprido o princípio da anterioridade anual e sim aplicando a lei com objetivo de manter o equilíbrio fiscal. Fato é que o mais prejudicado é o consumidor final não contribuinte. Cabe aos contribuintes decidir se sucumbirão aos exageros que estão por vir ou se irão aprender com as lições passadas e questionarão a inconstitucional exigência do Difal nos próximos meses.

REFERÊNCIAS

ALARCON, Paulo Cesar. **DIFAL – operações interestaduais com consumidor final: operações interestaduais com consumidor final**. 2016. Disponível em: <<https://abisolo.com.br/2016/01/07/difal-diferencial-de-aliquota-operacoes-interestaduais-com-consumidor-final/>>. Acesso em: 19 jan. 2022.

ANJOS, Cesinha. **Simule e aprenda tudo sobre diferencial de alíquota do ICMS**. 2019. Disponível em: <<https://facil123.com.br/blog/difal-diferencial-de-aliquota-icms/>>. Acesso em: 8 jan. 2022.

ARAÚJO, Thiago Cardoso. *Análise econômica do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2016.

BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil*. São Paulo: LTR, 2010.

BESSA, Contabilidade. **Difal 2019**. Disponível em: <<https://www.jornalcontabil.com.br/difal%E2%80%AFem-2019-mudancas-e-consequencias-para-nao-contribuintes-do-icms/>>. Acesso em: 8 fev. 2022.

BOMTEMPO, E., & Valadão, M. A. P. (2022). Transparência Tributária Internacional: Um cerco aos paraísos fiscais. *Conjecturas*, 22(1), 280–303. <https://doi.org/10.53660/CONJ-487-608>.

BRAZZOLIN, Bianca Pereira. ZARA, Elias Coelho. SILVA, Gabriela Rodrigues da. **Diferencial do Alíquota de ICMS**. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 04, Ed. 11, Vol. 01, pp. 129-144. Novembro de 2019. ISSN: 2448-0959, Link de acesso: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/contabilidade/diferencial-do-aliquota>.

BRAZZOLIN, Bianca Pereira. ZARA, Elias Coelho. SILVA, Gabriela Rodrigues da. **Diferencial do Alíquota de ICMS**. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 04, Ed. 11, Vol. 01, pp. 129-144. Novembro de 2019. ISSN: 2448-0959, Link de acesso: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/contabilidade/diferencial-do-aliquota>.

BRASIL. **Constituição Federal – Texto compilado até a Emenda Constitucional nº 101 de 03/07/2019**: art. 155. 1993. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_03.07.2019/art_155_.asp>. Acesso em: 19 jan. 2022.

BRASIL. **Convenio ICMS 93, DE 17 de setembro de 2015**. 2015. Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2015/CV093_15>. Acesso em: 23 jan. 2022.

CÂMARA, Delano Carneiro da Cunha. *Tributação Viável: Paradigmas para o desenvolvimento e a sustentabilidade do Estado*. São Paulo: Forum, 2020. Edição do Kindle.

CEFIS. **ICMS**. 2019. Disponível em: <<https://blog.cefis.com.br/icms/>>. Acesso em: 19 fev. 2022.

ETHOS. **DIFAL 2019**: mudanças e consequências para não contribuintes do ICMS. 3 dez. 2018. Disponível em: <<http://www.ethos.net.br/blog/1/17/difal>>. Acesso em: 19 jan. 2022.

FREITAS, Cynthia Maria Bastos de. **Guerra fiscal de ICMS entre os estados e as consequências para o país**. 2017. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10161/Guerra-fiscal-de-ICMS-entre-os-estados-e-as-consequencias-para-o-pais>>. Acesso em: 19 jan. 2022.

OLIVEIRA, Maxwell Ferreira de. **Metodologia Científica**: um manual para realização de pesquisa em administração. Catalão-GO, 2011. Disponível em: <https://adm.catalao.ufg.br/up/567/o/Manual_de_metodologia_cientifica_-_Prof_Maxwell.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2022.

PENA, Rodolfo F. Alves. **Guerra fiscal**. 2019. Disponível em: <<https://alunosonline.uol.com.br/geografia/guerra-fiscal.html>>. Acesso em: 8 jan. 2022.

SALES, Priscilla. **Difal**: o que é e como calcular. 2018. Disponível em: <<https://blog.maino.com.br/difal-o-que-e-e-como-calcular/>>. Acesso em: 19 jan. 2022.

SENIOR, Portal de Exigências Fiscais. **Saiba tudo sobre DIFAL**. 2019 a. Disponível em: <<https://documentacao.senior.com.br/exigenciaslegais/materias/erp/destaques/difal.htm>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

SILVA, Eduardo Correa da. Princípio da anterioridade tributária, Emenda Constitucional nº 42/03 e a nova lei de taxas judiciárias do Estado de São Paulo. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 308, 11 maio 2004. Disponível em:. Acesso em: 30 jan 2022.

TORRES, Vitor. **ICMS** – o que é, como calcular e tabela ICMS completa. 2018. Disponível em: <<https://www.contabilizei.com.br/contabilidade-online/tabela-ICMS/>>. Acesso em: 8 jan. 2022.

A CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS PELO PODER PÚBLICO, SEGUNDO OS TRIBUNAIS SUPERIORES

JULIANA STUDART PEREIRA:

Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Pós-graduada em Direito Tributário pelo IBMEC. Analista Judiciária do Superior Tribunal de Justiça.

RESUMO: A presente pesquisa visa compreender o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), acerca da concessão de medicamentos, principalmente no que tange aos parâmetros e requisitos para o fornecimento, e analisar a importância dessas teses para a garantia do direito fundamental à saúde frente à possibilidade financeira do Estado. O artigo em apreço, elaborado pelo método hipotético-dedutivo, faz um estudo do arcabouço constitucional da saúde no ordenamento jurídico, e posiciona a prestação de medicamentos na realidade social, com destaque para as diretrizes fixadas pelos Tribunais Superiores.

Palavras-Chave: Direito à saúde; Judicialização da saúde; Concessão de medicamentos. Reserva do possível. Posicionamento dos Tribunais Superiores.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito à saúde: um panorama constitucional. 3. Judicialização da saúde. 4. Concessão de medicamentos: posicionamento dos Tribunais Superiores. 4.1. Medicamentos não incorporados à lista do SUS. 4.2 Medicamentos para uso *off label*. 4.3. Medicamentos sem registro na ANVISA. 5. Reserva do possível. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. Introdução

A saúde possui uma relevância especial para o ordenamento jurídico brasileiro. Em diversas passagens, a Constituição Federal demonstra preocupação em vê-la protegida, tanto o é, que a classifica como direito fundamental de todos. O dever de proteção recai sobre o Estado, que se organizará para promover políticas públicas e reservar recursos para assegurá-la.

Quando a mencionada prestação é ineficiente a sociedade se socorre ao Judiciário, com vistas à condenação do Poder Público à tomada de providências de ordem prática. A quantidade de demandas judiciais cujo objeto é a saúde é expressiva, dentre as quais destacam-se as que se destinam ao fornecimento de fármacos.

Em razão do vultoso gasto público decorrente das ações de medicamentos somado ao fato de que os recursos públicos são limitados e escassos, fez-se urgente o acionamento

dos Tribunais Superiores para a fixação de parâmetros para o julgamento de casos sobre o tema.

A importância dessas diretrizes perpassa pela orientação dos julgadores de primeiro e segundo grau, que disporão de subsídios objetivos para tomarem decisões mais equânimes e justas sem sobrecarregar em demasido os cofres públicos, até atingir o cidadão, para que ele, quando entenda fazer jus à concessão de um determinado medicamento, apenas acione o Poder Judiciário se preenchidos os requisitos fixados pelos Tribunais Superiores, a fim de evitar o colapso do sistema judicial.

2. Direito à saúde: um panorama constitucional

Há muito, o direito à saúde faz parte das Constituições Federais Brasileiras. Trata-se de um desdobramento do Estado Social de Direito, que sofreu forte influência das Constituições Mexicana de 1917 e Alemã de 1919. A doutrina o enquadra como direito fundamental de 2ª dimensão, de caráter social, que visa assegurar adequadas condições de vida e dignidade para a sociedade, fundamento da República Federativa do Brasil.

Mas o que é saúde? O que a Constituição visa proteger?

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), saúde é “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades”. Essa não é uma conceituação simples, mas, trazendo-a para um olhar jurídico, pode-se compreendê-la como um estado de equilíbrio e bem estar físico, mental, social e espiritual que buscam os homens e que deve ser proporcionada e garantida pelo Estado.

Em diversas passagens, a Carta Maior da república brasileira demonstra interesse na positivação do direito à saúde, bem como na determinação dos responsáveis pelas práticas necessárias à garantia do exercício. A necessidade de tanta atenção por parte da Constituição se deveu à necessidade de o Brasil acompanhar a preocupação mundial com o tema, o que se constatou após o advento das principais declarações internacionais de direitos humanos.

Segundo o art. 196 da Carta Magna, a saúde é direito de todos e dever do Estado. Afirma, ainda, que o Estado deve exercer seu múnus por meio de políticas sociais e econômicas, ratificando o caráter programático do instituto. Veja-se:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Observe-se que o constituinte originário fez constar expressamente que é um “dever” do Estado, isto é, os destinatários da norma, que são os entes federativos, precisarão montar uma estrutura administrativa, através de políticas públicas, sociais e econômicas que suporte garantir a saúde de que necessita a população.

Nesse contexto, e com vistas à segurança desse direito, foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS), uma das principais conquistas democráticas do Brasil. É um modelo de sistema de saúde pública, com mais de 30 (trinta) anos, sustentado pelos pilares da universalidade, igualdade de acesso e integralidade no atendimento, reconhecido internacionalmente, apesar de enfrentar constantes problemas de ordem financeira e de gestão, os quais abordaremos mais detidamente adiante.

A Lei Maior determina, ainda, que cuidar da saúde e da assistência pública é da competência administrativa comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23, II). Já para legislar sobre o tema, a competência é concorrente entre todos os entes federativos, o que é possível concluir pelo cotejo do art. 24, XII c/c 30, VII.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XII - previdência social, proteção **e defesa da saúde**;

(...)

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Art. 30. Compete aos Municípios: VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

Desse modo, União, Estados e Municípios, ainda que cada esfera possua responsabilidades setorializadas para melhor distribuições das funções e, assim, melhor atender à população, devem sempre agir em harmonia e estarem integrados, pois a saúde é dever de todos eles.

Segundo Pedro Lenza (2017), a doutrina aponta dupla vertente dos direitos sociais, principalmente no tocante à saúde: a) natureza negativa: o Estado ou particular devem abster-se de praticar atos que prejudiquem terceiros; b) natureza positiva: fomenta-se um Estado prestacionista para implementar o direito social.

É com fulcro na natureza positiva do direito à saúde que se destacam recentes posicionamentos dos Tribunais Superiores no que tange à concessão de medicamentos, os quais serão analisados nesse estudo.

3. Judicialização da saúde

Apenas na Constituição da República (sem falar das diversas normas infraconstitucionais sobre o tema), vários normativos retratam a supramencionada preocupação do legislador em dar efetividade plena ao direito da saúde. Dentre elas, destacam-se a previsão de percentual mínimo de aplicação da receita de impostos na saúde para todos os entes, a vinculação de receitas, a possibilidade de intervenção federal, destinação percentual decorrente de emendas orçamentárias, dentre outros.

Em que pese nem todas as normas constitucionais sejam de eficácia plena e aplicabilidade imediata, nos termos da acepção do professor José Afonso da Silva, as de eficácia limitada e que necessitam de integração para tornarem-se completas, gozam de alguma eficácia jurídica, nem que seja de impedir a edição de lei que viole seus preceitos.

Ademais, as normas da CF/88 definidoras de princípios programáticos, como é o caso de boa parte das que tratam sobre saúde, são aquelas que traçam as metas e princípios para serem cumpridos pelos órgãos integrantes dos poderes públicos. Tais preceitos são voltados para os órgãos estatais, exigindo destes a consecução de determinados programas.

O fato é que todas elas (no caso, seu descumprimento) podem ser utilizadas como parâmetro para demandas judiciais em que se questionem ações ou decisões cujo objeto é a saúde. E são.

Auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União, em 2017, identificou que “gastos com processos judiciais da União aumentaram 1.300% em sete anos. **O fornecimento de medicamentos, alguns sem registro no Sistema Único de Saúde, corresponde a 80 % das ações judiciais**”. Estudo elaborado pelo Insper para o CNJ concluiu que, só em 2016, o gasto com demandas judiciais na saúde consumiu R\$ 1,3 bilhões. O aumento do valor cresceu mais de 10 vezes em 6 anos. **A lista com os dez medicamentos mais caros é responsável por 90% desse valor.**

O incremento das demandas sobre concessão de medicamentos é galopante e o valor gasto com as condenações judiciais é alarmante. Diante desse cenário, e tendo em vista a necessidade de serem estabelecidos parâmetros objetivos para orientar os aplicadores da lei e uniformizar o fornecimento dos fármacos, com fulcro nos princípios constitucionais e na justiça social, os Tribunais Superiores foram instados a pronunciarem-se sobre o tema. A seguir, observe-se os mais recentes entendimentos.

4. Concessão de medicamentos: posicionamento dos Tribunais Superiores

4.1 Medicamentos não incorporados à lista do SUS

O SUS possui um rol taxativo de medicamentos que está compelido a fornecer gratuitamente à população. Segundo o STJ, existe hipótese em que o Poder Público está obrigado ao fornecimento, ainda que o fármaco solicitado não esteja listado.

Para esse Tribunal, a concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos⁵⁶:

a) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;

b) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;

c) existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), observados os usos autorizados pela agência.

Convém salientar que, durante as discussões, ficou estabelecido que o laudo deve ser emitido pelo médico que assiste o paciente, seja ele público ou privado, não precisando ser vinculado ao SUS, sendo competência do juiz avaliar o documento e verificar se as informações constantes nele são suficientes para a formação de seu convencimento quanto à imprescindibilidade do medicamento.

Ademais, não se exige comprovação de pobreza ou miserabilidade, mas, apenas prova de que o interessado não tem condições de adquirir o medicamento sem prejuízo do seu sustento e da sua família.

A tese acima, firmada em sede de recurso repetitivo, teve os seus efeitos modulados, de modo que os requisitos acima elencados sejam exigidos de forma cumulativa somente

⁵⁶ STJ. 1ª Seção. EDcl no REsp 1.657.156-RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 12/09/2018 (recurso repetitivo) (Info 633).

quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do referido acórdão, ou seja, 04/05/2018.

Destaca-se, por fim, importante discussão jurisprudencial entre os Tribunais Superiores acerca do ente federativo legítimo para figurar no polo passivo de demandas cujo pedido seja o fornecimento de medicação registrada, mas não incorporada aos protocolos do SUS.

Para o STJ⁵⁷, em demandas relativas a direito à saúde, é incabível ao juiz estadual determinar a inclusão da União no polo passivo da demanda se a parte requerente optar pela não inclusão, ante a solidariedade dos entes federados. Já para o STF, a inclusão da União é obrigatória nesses casos⁵⁸. Acompanhemos o deslinde dessa controvérsia.

4.2 Medicamentos para uso *off label*

A regra é que serão fornecidos pelo Poder Público os medicamentos cujo uso destinado for o indicado pelo fabricante quando do registro do medicamento na ANVISA. Uso *off label* é a expressão utilizada para identificar aqueles fármacos cujo escopo seja atingir o fim a que ele não se destina originalmente, mas outro para o qual detectou-se, com o tempo, na prática, que ele também serve. Um exemplo comum é o comercialmente denominado "Minoxidil", que foi proposto para controle de pressão arterial, mas hoje é difundido o seu uso para estímulo de crescimento capilar.

A Administração Pública não está obrigada a fornecer os medicamentos para uso *off label*, já que não foi esse o uso indicado quando do registro na agência reguladora. Porém, o Tribunal da Cidadania recentemente fixou tese no sentido de que, excepcionalmente, será possível que o paciente exija o medicamento caso esse determinado uso fora da bula tenha sido autorizado pela ANVISA. Observe-se trecho da decisão:

ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO PODER PÚBLICO. VEDAÇÃO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA USO OFF LABEL. PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO. 1. Cuida-se na origem de ação ordinária na qual a parte autora, ora requerida, pleiteia em juízo a condenação do Município de Belo Horizonte e do Estado de Minas Gerais ao fornecimento do fármaco RITUXIMABE 500mg, para o tratamento de Lúpus Eritematoso Sistêmico, CID

57 STJ. 1ª Seção. AgInt no CC 182080-SC, Rel. Min. Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF da 5ª Região), julgado em 22/06/2022 (Info 742).

58 STF. 1ª Turma. RE 1286407 AgR-segundo/PR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 26/4/2022 (Info 1052).

M32.8. 2. A primeira Seção deste Superior Tribunal, no julgamento dos EDcl no REsp 1.657.156/RJ, submetido ao rito dos recursos representativos de controvérsia repetitiva, firmou tese no sentido de que "a concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência". 3. Caso concreto em que Turma Recursal recorrida, ao admitir a utilização off label do medicamento em tela, a um só tempo divergiu do entendimento firmado no acórdão apontado como paradigma, oriundo da 4ª Turma Recursal da Comarca de Curitiba, como também da tese estabelecida pela Primeira Seção desta Corte no julgamento do aludido recurso repetitivo. 4. Pedido de uniformização de interpretação de lei conhecido e provido. STJ - PUIL: 2101 MG 2021/0130533-5, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 10/11/2021, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 18/11/2021.

Insta salientar que esse entendimento se aplica tão somente à saúde pública. Para a saúde suplementar (que não é objeto desse estudo), aquela promovida via seguradoras de plano de saúde, a regra é outra: o STJ59 entende que a operadora de plano de saúde não pode negar o fornecimento de tratamento prescrito pelo médico que assiste o paciente, sob o pretexto de que a sua utilização em favor desse está fora das indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (uso *off-label*), ainda que se trate de medicamento experimental, pois não cabe ao plano de saúde fazer juízo de valor acerca dos diagnósticos e dos tratamentos indicados para doenças cobertas pelo seguro.

4.3 Medicamentos sem registro na ANVISA

A ANVISA é uma autarquia sob regime especial, vinculada ao Governo Federal, que funciona como agência de regulação sanitária e que faz, dentre outros, o controle de registro dos medicamentos cuja circulação está autorizada no país.

59 STJ. 3ª Turma. REsp 1721705-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 28/08/2018 (Info 632) e STJ. 3ª Turma. AgInt no AREsp 1819953/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 22/06/2021.

Para o Supremo Tribunal Federal, a ausência de registro na ANVISA impede o fornecimento de medicamento por decisão judicial, já, que, em tese, a sua circulação e consumo não está permitida no país, não podendo o Poder Judiciário se imiscuir na análise técnica da agência, e também porque é vedado a concessão de medicamentos experimentais pelo Poder Público.

Recentemente, contudo, a Suprema Corte excepcionou essa regra, fixando tese em sede de repercussão geral. Atente-se à ementa:

Direito Constitucional. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Medicamentos não registrados na Anvisa. Impossibilidade de dispensação por decisão judicial, salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro. 1. Como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) por decisão judicial. O registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços. 2. No caso de medicamentos experimentais, i.e., sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los. Isso, é claro, não interfere com a dispensação desses fármacos no âmbito de programas de testes clínicos, acesso expandido ou de uso compassivo, sempre nos termos da regulamentação aplicável. 3. No caso de medicamentos com eficácia e segurança comprovadas e testes concluídos, mas ainda sem registro na ANVISA, o seu fornecimento por decisão judicial assume caráter absolutamente excepcional e somente poderá ocorrer em uma hipótese: a de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016). Ainda nesse caso, porém, será preciso que haja prova do preenchimento cumulativo de três requisitos. São eles: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento pleiteado em renomadas agências de regulação no exterior (e.g., EUA, União Europeia e Japão); e (iii) a inexistência de substituto terapêutico registrado na ANVISA. Ademais, tendo em vista que o pressuposto básico da obrigação estatal é a mora da agência, as ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em

face da União. 4. Provimento parcial do recurso extraordinário, apenas para a afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: "1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União". STF - RE: 657718 MG, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 22/05/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 09/11/2020.

Nesse contexto, a concessão judicial de medicamento **sem registro** sanitário passou a ser possível, desde que haja mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido e estejam preenchidos, cumulativamente, 03 (três) requisitos:

- a) A existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras;
- b) A existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior;
- c) A inexistência de substituto terapêutico no Brasil.

Posteriormente ao supratranscrito posicionamento, o STF, no tema 1161 de Repercussão Geral, elencou outra exceção à vedação de concessão de medicamento sem registro, nos casos em que, apesar disso, a importação do fármaco é autorizada pela agência, fixando que "cabe ao Estado fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na Anvisa, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária, desde que comprovada a incapacidade econômica do paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento, e a impossibilidade de substituição por outro

similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos e os protocolos de intervenção terapêutica do SUS.⁶⁰

Ainda, observe-se que, no julgado acima colacionado, o STF faz expressamente constar que as ações que demandem o fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão ser necessariamente propostas em face da União. Ressalva relevante, pois o tratamento, como visto alhures, não é o mesmo para os medicamentos registrados, mas não incorporados ao protocolo do SUS, exposto no item 4.1, ao qual remete-se o leitor.

5.Reserva do possível

Apesar de o direito à saúde ser constitucionalmente assegurado, a concessão de medicamentos a quem deles necessita encontra um importante obstáculo de ordem fática: a falta de recursos da Administração Pública.

A conta não é tão simples de ser feita. Existe o direito das pessoas. Existe o dever do Poder Público. Muitas são as demandas judiciais. Altíssimos são os valores decorrentes das condenações. E como o Estado dá conta de tudo isso na prática?

Não dá. O Estado não pode atender a todos. A “universalidade” proposta pelo SUS, por ora, está no plano do “dever ser”.

É certo que cabe ao Poder Público a eleição do que é de investimento prioritário com os recursos que possui. Mas essa escolha deve ser feita sem perder de vista a segurança do mínimo existencial, no qual sem dúvida inclui-se vida saudável.

É para moldar essa seleção, evitar abusos e garantir a igualdade e a proporcionalidade, que os Tribunais Superiores são constantemente provocados para estabelecer novas balizas à concessão dos medicamentos, a fim de balancear a garantia do direito fundamental à saúde com as possibilidades financeiras do Estado de promovê-la.

6.Considerações finais

Dentre os direitos fundamentais que devem ser protegidos e garantidos pelo Estado, um dos que mais tem sua prestação (ou falta dela) questionada judicialmente é, sem dúvida, o direito à saúde. No rol de motivos para as demandas, cresce vertiginosamente o apelo pela concessão de medicamentos por parte do Poder Público.

⁶⁰ STF - RE: 1165959 SP, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 21/06/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 22/10/2021

Com a finalidade de restringir as discussões judiciais aos casos excepcionais, os Tribunais Superiores têm se debruçado cada vez mais sobre o tema, preocupando-se em firmar teses bem estruturadas que funcionem como moldura para nortear a conduta dos julgadores.

Essa adequação envolve o equilíbrio de valores muito caros à sociedade e o sopesamento de elementos fáticos muito delicados, que abarca questões sociais, políticas e principalmente financeiras. Isso porque nem o Estado pode conceder medicamentos a todos que deles precisam, nem o Governo pode deixar sua população adoecer sem diligenciar a respeito.

Os parâmetros estabelecidos pelo STF e pelo STJ são frutos dessa tentativa de estabelecimento de uma maior efetividade no equilíbrio entre a concessão dos medicamentos e a realidade orçamentária do país, sempre com vistas à igualdade e à proporcionalidade das providências.

Por fim, ressalte-se que a fixação dessas balizas pelos Tribunais Superiores é essencial para condução dos trabalhos nesse sentido, no âmbito local e regional, bem como para orientação dos magistrados, quando da tomada de decisões, e, principalmente, para que a população interessada disponha da possibilidade de enquadrar sua situação nas hipóteses elencadas nesse trabalho, para, apenas em sendo o caso, acionar o Poder Judiciário.

Portanto, em uma previsão de médio a longo prazo, estar-se-ia não só atenuando o abarrotamento do sistema judicial, mas também garantindo que os recursos públicos sejam destinados de forma mais efetiva para aquele nicho de pessoas que mais precisam dos medicamentos.

7.Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: planalto.gov.br. /Acesso em: 28 de dez. de 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Estado pode ser obrigado a fornecer medicamento não registrado na ANVISA, se a sua importação estiver autorizada, ele se mostrar imprescindível ao tratamento e houver incapacidade financeira do paciente**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/c11cb55c3d8dcc03a7ab7ab722703e0a>>. Acesso em: 29/12/2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **É possível obrigar o Estado a fornecer medicamento off label?**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ae502204564aafbfb712be630e3910b>>. Acesso em: 29/12/2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Em demandas relativas a direito à saúde, o juiz pode determinar a inclusão da União no polo passivo da demanda se a parte requerente optou pela não inclusão?**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/92316afaebe71e3e55c62c02659c6d5d>>. Acesso em: 29/12/2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Fornecimento pelo Poder Judiciário de medicamentos não registrados pela ANVISA**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/4d7a968bb636e25818ff2a3941db08c1>>. Acesso em: 29/12/2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Requisitos para a concessão judicial de medicamentos não previstos pelo SUS**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/27b09e189a405b6cca6ddd7ec869c143>>. Acesso em: 29/12/2022.

INSPER. Judicialização da saúde dispara e já custa R\$ 1,3 bi à União: Tema envolve demanda legítima de direitos e disputa pela alocação de recursos na sociedade. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/judicializacao-da-saude-dispara-e-ja-custa-r-13-bi-a-uniao/#:~:text=%E2%80%9CPlano%20de%20Sa%C3%BAde%E2%80%9D%2C%20%E2%80%9C,e%20%E2%80%9CSa%C3%BAde%E2%80%9D%20dominam%20as%20demandas&text=Os%20casos%20do%20setor%20p%C3%ABlico,medicamentos%20e%20tratamentos%20m%C3%A9dico%2Dhospitales>. Acesso em 29 de dez. de 2022.

MARQUES, Antônio Jorge de Souza. ASSIS, Gilmar de. DRESCH, Renato Luís e IUNES, Roberto. Encontro Internacional. Direito à Saúde, Cobertura Universal e Integralidade Possível. Disponível em: https://www.almg.gov.br/export/sites/default/acompanhe/eventos/hotsites/2016/encontro_internacional_saude/documentos/textos_referencia/00_palavra_dos_organizadores.pdf. Acesso em 29 de dez. de 2022.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 21. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Leny Pereira da. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível.** Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf. Acesso em 28. dez. 2022.

STF. 1ª Turma. RE 1286407 AgR-segundo/PR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 26/4/2022 (Info 1052). Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1052.pdf. Acesso em: 28 de dez. de 2022.

STF - RE: 657718 MG, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 22/05/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 09/11/2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/861515104/inteiro-teor-861515108>. Acesso em: 28 de dez. de 2022.

STF - RE: 1165959 SP, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 21/06/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 22/10/2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1303057469/inteiro-teor-1303057477>. Acesso em: 28 de dez. de 2022.

STJ - PUIL: 2101 MG 2021/0130533-5, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 10/11/2021, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 18/11/2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1319327694/inteiro-teor-1319327703>. Acesso em: 28 de dez. de 2022.

STJ. 1ª Seção. EDcl no REsp 1.657.156-RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 12/09/2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/628783123/inteiro-teor-628783124>. Acesso em: 28 de dez. de 2022.

STJ. 1ª Seção. AgInt no CC 182080-SC, Rel. Min. Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF da 5ª Região), julgado em 22/06/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1557403102> / Acesso em: 28 de dez. de 2022.

STJ. 3ª Turma. REsp 1721705-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 28/08/2018 (Info 632) e STJ. 3ª Turma. AgInt no AREsp 1819953/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 22/06/2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/622839864/inteiro-teor-622839868>. Acesso em: 28 de dez. de 2022.

TCU. Aumentam os gastos com judicialização da saúde. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em 29 de dez. de 2022.

A (DES)REPRESENTATIVIDADE FEMININA NA POLÍTICA: VIAS PARA A IGUALDADE

JOVANA GOMES AZEVEDO:

Bacharel em Direito pela Universidade Metodista de São Paulo.⁶¹

GUSTAVO COTOMACCI⁶²

(coautor)

*“Uma mulher na política, muda a própria mulher.
Muitas mulheres na política, muda a política”.*
Michelle Bachelet

Resumo: O artigo tratará sobre a ausência de uma representatividade feminina na política brasileira. Visando compreender os motivos pelos quais a disparidade, entre a proporção da população feminina brasileira e a porcentagem de mulheres ocupando cargos políticos, se apresenta tão expressiva no cenário nacional, já que a conjuntura do Congresso Nacional, é composta majoritariamente por homens. Por meio da análise de dados estatísticos e de pesquisas doutrinárias, o debate acerca do tema é ampliado, eis que aborda questões históricas, sociais e culturais enfrentadas pelas mulheres, ao longo dos anos. Assim, é possível identificar o contexto em que o gênero feminino foi inserido, para alcançar a posição de hoje. Sendo assim, há viabilidade em construir meios que objetivem um cenário futuro com mais candidaturas femininas. Isto poderá ser realizado mediante ações afirmativas de efetividade sobre a sociedade, com uma mobilização popular acerca da problemática e, ainda, por intermédio da aplicabilidade da legislação vigente, com modificações no sentido de agravar as penas e efetivar os dispositivos legais que impulsionam candidaturas de mulheres.

Palavras-chave: Representatividade feminina; política brasileira; mulher; candidatura feminina; ações afirmativas.

The female (dis)representativity in politics: pathways to equality

Abstract: This article will address the absence of female representation in Brazilian politics. It seeks to understand the reasons why the disparity between the proportion of the Brazilian female population

61 Bacharel em Direito pela Universidade Metodista de São Paulo.

62 Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Educação pela Universidade Metodista de São Paulo (2017). Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional (2013). Graduação em Direito pela Universidade Metodista de São Paulo (2009) e graduação em Publicidade e Propaganda pela Universidade Metodista de São Paulo (1998). Coordenador do curso de Direito na Universidade Metodista de São Paulo. Pesquisador CNPq em Efetividade da Convenção Internacional dos Direitos da Criança no Brasil e Pesquisador em Educação, Complexidade e Linguagem. Professor da graduação e pós-graduação (lato sensu) na modalidade presencial e EAD.

and the percentage of women occupying political positions is so significant in the national scenario, since the conjuncture of the National Congress is composed mostly of men. Through the analysis of statistical data and doctrinal research, the debate on the subject is broadened, as it addresses historical, social and cultural issues faced by women over the years. Thus, it is possible to identify the context in which the female gender was inserted, to reach the position of today. Therefore, it is feasible to build means to achieve a future scenario with more female candidates. This can be done through effective affirmative action on society, with a popular mobilization about the problem and also through the applicability of current legislation, with modifications in order to worsen the penalties and make effective the legal provisions that encourage women's candidacies.

Keywords: Women's representation; Brazilian politics; women; women's candidacy; affirmative action.

1. Introdução

A baixa representatividade feminina na política é uma problemática nacional e a sua incidência acarreta uma redução do interesse de mulheres a ingressar neste meio.

É imprescindível considerar que o contexto histórico em que as mulheres foram inseridas, impôs que suas atividades fossem voltadas para o âmbito doméstico, deixando de ocupar os espaços públicos.

A longo prazo, a ausência feminina na política resultou em leis onde os interesses da mulher não estavam devidamente assegurados, e questões que apenas a figura feminina tem legitimidade para debater, como gravidez, maternidade e violência doméstica foram, por muito tempo, elaboradas, discutidas e legisladas por homens.

O estudo do tema busca explicar as razões pelas quais as mulheres são dissuadidas de participar dos espaços públicos, e identificar os obstáculos que são apresentados desde o momento da candidatura, para que sejam propostas ações afirmativas, bem como, efetivar a aplicabilidade da legislação vigente, viabilizando o incentivo e a ocupação de mulheres a estes cargos políticos.

A maior participação das mulheres na política promove a fortificação da democracia, ainda que seja um dos principais desafios a ser enfrentado pela sociedade brasileira.

2. Contexto Histórico

A análise dos avanços e retrocessos ao longo da luta das mulheres, esclarece os aspectos que necessitam de progresso para políticas públicas futuras, já que a história embasa a tomada de decisões, evitando que se repita eventuais erros cometidos no passado.

Neste sentido, é necessário mencionar as ondas do movimento feminista no cenário internacional, eis que influenciou diretamente para ascensão da atuação feminina no âmbito público, principalmente no ocidente.

O século XIX foi marcado pela primeira onda do movimento feminista que consistiu na reivindicação de diversos direitos, dentre eles o direito político, haja vista que o momento era composto

por um Estado Liberal. Neste sentido, com a ascensão do sufrágio universal, o desejo de votar e ser votado era eminente principalmente para as mulheres, que neste período começavam a ocupar um maior espaço no mercado de trabalho e, portanto, aumentar o desejo de participação efetiva no modelo democrático.

No entanto, a segunda onda ocorreu por volta de 1945 após a Segunda Guerra Mundial, levantando as problemáticas em relação a estrutura patriarcal fortemente mantida naquela época. Diante disto, as pautas eram amplamente discutidas, surgindo um movimento de desnaturalização da figura feminina, visando uma nova construção da mulher fora do âmbito privado.

Com uma resistente cultura de posições de autoridade e poder dominado por homens, a terceira onda do movimento feminista é considerada a partir de 1980, com fulcro na transformação de estereótipos, desconstruindo, portanto, a imagem frágil da mulher perante a sociedade. Neste período, o empoderamento feminino ganha espaço e possui discussão até os dias de hoje. Neste sentido, as autoras Adriana Galvão Moura Abílio e Adriana de Fátima Guilherme de Assis destacam:

Os apontamentos históricos sobre os movimentos feministas procuram lembrar a violência histórica contra mulher, a luta pela igualdade de gênero e tentativa de aprofundamento dos debates sobre temas que envolvam contextos de opressão, fruto do modelo de sociedade patriarcal que precisa ser desmistificado com o objetivo de garantir a igualdade de direitos e condições, principalmente para que a mulher ocupe seu devido lugar na sociedade, afastando a opressão de gênero (ABÍLIO; ASSIS, 2022, p. 282).

A importância da compreensão desses acontecimentos é necessária para que o debate para soluções futuras tenha embasamento, visando garantir a proteção à mulher e a inserção em espaços públicos.

3. O progresso das conquistas femininas no cenário nacional

Na esfera brasileira, o período colonial (1500 a 1822) era baseado em uma sociedade patriarcal, limitou as mulheres brancas ao ambiente doméstico, enquanto as mulheres negras eram submetidas a acondicionar o sistema de reprodução de escravos, sustentando a própria escravidão.

Já no período imperial (1822 a 1889) a luta das mulheres avançava de forma lenta, destacando o movimento “educaí as mulheres” na figura de Nísia Floresta (1810 – 1885), educadora, escritora e poeta, que defendeu vários posicionamentos ousados para sua época, como ideais abolicionistas, republicanas, além de feministas. Em 1827 o direito à educação foi conquistado pelas mulheres brasileiras, permitindo que meninas coexistisse em espaços educacionais, como colegiais. Sendo que somente em 1879 foi permitido que mulheres cursassem o ensino superior.

No período republicano brasileiro a ampliação do movimento feminista foi marcada por grandes conquistas, como a participação ao mercado de trabalho sem que fosse necessária a autorização do cônjuge, como era previsto na legislação anterior.

O direito ao voto feminino foi conquistado em 1932, e grandes nomes ganharam destaque no movimento sufragista brasileiro, como Bertha Lutz (1894 – 1976), ativista a frente da luta pelos direitos políticos das mulheres no Brasil.

Lutz foi uma das fundadoras da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino (FBPF), um instituto fundado em 09 de agosto de 1922, por meio da união de figuras femininas ativistas da época, que reivindicou os direitos das mulheres, como o próprio direito ao voto, bem como a legislação para regulamentar as atividades laborais exercidas pelas mulheres, o acesso à educação, entre outras pautas de proteção aos direitos femininos.

Os anos de atuação da federação foram marcados pelas conquistas do movimento sufragista brasileiro, suprimindo os impasses do voto feminino, que se iniciou pelo estado do Rio Grande do Norte, em sua Constituição Estadual, progredindo lentamente até o cenário nacional por completo. Segundo dados do Arquivo Nacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública, a FBPF foi extinta em 1937.

As décadas seguintes foram marcadas por avanços tecnológicos nacionais, e forte opressão das mulheres nos espaços públicos, passando ainda por 1970 em que muitas foram contra o regime ditatorial imposto na época, submetidas à tortura, violência sexual, prisões e exílios e em 1975 foi declarado o ano da mulher pela Organização das Nações Unidas (ONU).

A Constituição Federal de 1988 conferiu às mulheres direitos e garantias, eis que é regida pelo princípio da igualdade, e o movimento feminista brasileiro exerceu papel fundamental para que estes direitos fossem conquistados.

O cenário político atual, institucionalizado no Brasil, é reforçado a cada eleição, e se mostra ilógica a crença de que uma situação consolidada, da forma atual, se resolva em pouco tempo, ou apenas com a promulgação de uma lei.

Segundo Ângela Davis, em sua obra "Mulheres, cultura e política", ao analisar a trajetória da teórica Clara Zetkin, destacou a ótica de defesa do proletariado, produzindo as reflexões em ações práticas, razão pela qual Davis a descreve como instrumento efetivo no emprego de programas de ações afirmativas:

Os argumentos de Clara Zetkin em apoio às mulheres trabalhadoras contêm uma lógica que hoje pode ser empregada de modo efetivo na defesa de programas de ação afirmativa mais potentes não apenas para as mulheres, mas também para as pessoas oprimidas em razão de sua raça e nacionalidade. (DAVIS, 2017. p. 112)

Portanto, o desenvolvimento realizado acerca do progresso das mulheres no cenário nacional, possui fundamento no teor da obra escrita por Davis (2017), em que destacou que o voto integra uma potente arma para a luta das mulheres, enfatizando a importância do gênero em conquistar esse direito, para a inserção ao âmbito público, exercendo, portanto, a sua cidadania.

4. A participação feminina na Assembleia Nacional Constituinte de 1987

A Constituição Federal de 1988, conforme mencionado anteriormente, é considerada um marco da cidadania nacional, já que é o parâmetro utilizado para todas as demais legislações, e o texto constitucional possui direitos e garantias principalmente no âmbito social, considerada a Constituição Cidadã.

A Assembleia Nacional Constituinte que promulgou a Constituição Federal foi instalada no Congresso Nacional em Brasília no ano de 1987, presidida por Ulysses Guimarães, contando com uma composição de diversos parlamentares da época.

Enfatizando a importância da participação da mulher, para que os direitos a elas fossem assegurados, o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, redigiu uma carta aos constituintes, sob o lema que uma Assembleia Constituinte, para que fosse válida, teria que conter palavra de mulher.

Nesta carta, continham as principais pautas que o conselho considerava pertinentes para integrar o texto constitucional, a ser elaborado. Além de conter princípios, as denominadas reivindicações eram sobre família, trabalho, saúde, educação, cultura e violência. As questões nacionais e internacionais também foram apresentadas como uma reivindicação.

Além das problemáticas apresentadas, na forma de sugestão ao conteúdo da Constituição Federal a ser redigida, o texto da carta direcionada aos constituintes, possuía um apelo, que é necessário destacar:

[...] Para nós, mulheres, o exercício pleno da cidadania significa, sim o direito à representação, à voz e a vez na vida pública, mas implica, ao mesmo tempo, a dignidade na vida cotidiana, que a lei pode inspirar e deve assegurar, o direito à educação, à saúde, à segurança, à vivência familiar sem traumas. O voto das mulheres traz consigo essa dupla exigência: Um sistema político igualitário e uma vida civil não autoritária.

Nós, mulheres, estamos conscientes que este país só será verdadeiramente democrático e seus cidadãos e cidadãs verdadeiramente livres quando, sem prejuízo de sexo, raça, cor, classe, orientação sexual, credo político ou religioso, condição física ou idade, for garantido igual tratamento e igual oportunidade

de acesso as ruas, palanques, oficinas, fábricas, escritórios, assembleias e palácios. [...]

Tem-se que as aspirações sociais da época também se voltavam para o direito de representação, aos lugares em que as mulheres poderiam e deveriam ocupar, para assim um efetivo exercício da democracia.

É importante esclarecer que, do total de 594 dos membros da assembleia, somente 26 eram mulheres. Deputadas em exercício, sem que houvesse a presença de alguma figura feminina do Senado Federal.

Eram elas: Abigail Feitosa - PSB/BA; Anna Maria Rattes - PSDB/RJ; Benedita Da Silva - PT/RJ (Suplente da Mesa da Assembleia Constituinte); Beth Azize - PSDB/AM; Bete Mendes - PMDB/SP; Cristina Tavares - PDT/PE; Dirce Tutu Quadros - PSDB/SP; Eunice Michiles - PFL/AM; Irma Passoni - PT/SP; Lídice Da Mata - PCdoB/BA; Lúcia Braga - PFL/PB; Lúcia Vânia - PMDB/GO; Márcia Kubitschek - PMDB/DF; Maria De Lourdes Abadia - PSDB/DF; Maria Lúcia - PMDB/AC; Marluce Pinto - PTB/RR; Moema São Thiago - PSDB/CE; Myriam Portella - PSDB/PI; Raquel Cândido - PDT/RO; Raquel Capiberibe - PSB/AP; Rita Camata - PMDB /ES; Rita Furtado - PFL/RO; Rose De Freitas - PSDB /ES; Sadie Hauache - PFL/AM; Sandra Cavalcanti - PFL/RJ e Wilma Maia - PDT/RN.

Necessário acrescentar, neste momento, alguns trechos do documentário Carta-Mãe, reproduzido pela TV Câmara em 2008, em que trouxe depoimentos de duas integrantes da Assembleia Constituinte de 1987.

Em um deles, Anna Maria Rattes destaca que, a princípio, houve um estranhamento por parte dos deputados homens que integravam a constituinte, como se houvesse um questionamento acerca da razão pela qual havia mulheres compondo o procedimento.

Contudo, ao longo do depoimento, Rattes afirma que o desempenho das mulheres durante toda a Assembleia Constituinte foi tão profícuo, que após o término, durante os dois anos seguintes de mandato, toda pauta a ser aprovada pelo plenário eram levadas para consulta da bancada feminina, intitulada como "bancada do batom" pelos deputados da época.

Em outro trecho, Benedita da Silva, outra integrante da Assembleia Constituinte, ressaltou que não havia banheiros femininos no plenário, reforçando o cenário de que aquele espaço era de pertencimento masculino.

A deputada ainda destacou que, após a constituinte, foram instalados banheiros femininos no espaço, pois, os homens começaram a se familiarizar com mulheres ocupando aqueles posto, fruto de grande participação feminina, em todo processo da constituinte.

Fato é que, mesmo representando cerca de 4.3% do total de componentes da Assembleia Nacional Constituinte, as deputadas participaram ativamente da elaboração da Constituição Federal, garantindo que os direitos das mulheres fossem pautas da legislação, extraindo dos depoimentos, que obtiveram reconhecimento e relevância após a conclusão.

5. As cotas partidárias de gênero

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve uma certa ascensão às candidaturas femininas, embora não fosse um número significativo. Somente em 1995 foram estabelecidas cotas para registro de candidaturas às eleições municipais.

A Lei 9.100/95 foi o primeiro dispositivo a estabelecer uma reserva de vagas por gênero na história do país, em que previu no mínimo de 20% (vinte por cento)⁶³ de vagas a candidaturas de mulheres.

Ainda assim, a mesma lei dispôs o aumento das reservas de vagas no geral, para 120% (cento e vinte por cento)⁶⁴, ou seja, a cota estabelecida para o gênero não foi incluída ao percentual já estabelecido, e sim, acrescentada. Razão pela qual, não houve qualquer mudança significativa no cenário que se apresentou, pois os homens continuaram a usufruir de seu privilégio em ocupar majoritariamente as cadeiras das eleições e, conseqüentemente, do poder legislativo.

Após as eleições municipais de 1996, e com o alcance de cerca de 18% (dezoito por cento) de candidaturas femininas, houve uma pressão por parte do movimento feminista sobre o Tribunal Superior Eleitoral para que a reserva de vagas se estendesse para as eleições a nível nacional.

Então, em 1997, o Congresso Nacional sancionou a Lei 9.504/97 que instituiu regras permanentes a respeito das cotas de gênero, determinando a reserva mínima de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para cada gênero.

No entanto, o texto legislativo se limitou ao termo “deverá reservar”, no que se refere as vagas para preenchimento, vejamos:

Art. 10, § 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação **deverá reservar** o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo (BRASIL, 1997) (grifo nosso).

⁶³ Art. 11, § 3º Vinte por cento, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deverão ser preenchidas por candidaturas de mulheres.

⁶⁴ Art. 11. Cada partido ou coligação poderá registrar candidatos para a Câmara Municipal até cento e vinte por cento do número de lugares a preencher.

Na prática, os partidos políticos de fato reservavam tal porcentagem para as candidaturas do gênero feminino, contudo, não eram necessariamente preenchidas, resultando em um número insuficiente de mulheres para atingir este percentual mínimo.

Não houve, portanto, a efetividade do que foi estabelecido na norma, as eleições continuavam a se desenvolver com representantes majoritariamente do gênero masculino. E essa situação persistiu por anos, até que uma pequena reforma foi promovida pela Lei 12.034 de 2009, que teve por objetivo a garantia de maior eleição de candidatas mulheres. Isso porque, a reserva das vagas por si só, não restou suficiente para igualar a competitividade de candidaturas.

Nesta norma foi estabelecida a obrigatoriedade aos partidos políticos, na reserva das vagas pelo gênero feminino, por meio da redação do seu artigo 10, §3º, em que houve a substituição do termo “deverá reservar” para “preencherá”:

Art. 10, §3º: Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação **preencherá** o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo. (BRASIL, 2009) (grifo nosso)

Ainda assim, a eleição de 2010 revelou que a problemática ia para além das candidaturas. Isto porque, o resultado nas urnas foi que somente 09% (nove por cento) das candidaturas femininas foram eleitas, pouco mais que a porcentagem da eleição de 2006 e, portanto, sem que houvesse uma mudança significativa com a vigência da Lei 12.034/09.

6. A efetividade das cotas partidárias de gênero

A controvérsia acerca da atual legislação é nítida, uma vez que o aumento no número de candidatas do gênero feminino, não está diretamente relacionado ao aumento de mulheres eleitas. A candidatura por si só não garante uma eleição.

Isto é demonstrado pelos dados do Tribunal Superior Eleitoral, em 2016, que revelou cerca de 16.131 candidaturas na eleição daquele ano, foram conclusas sem sequer receber um voto, hipótese em que o próprio candidato não votou em si mesmo.

Deste total, 14.417 eram candidaturas femininas, ou seja, cerca de 89% dessas candidaturas, que eram para ser ocupadas por mulheres, foram atribuídas, possivelmente, as denominadas “candidaturas laranjas”, segundo Henrique Neves, ministro do TSE da época:

A quantidade de candidatas que não receberam nenhum voto é realmente preocupante e deve ser analisada de acordo com cada situação. Para que possamos chegar ao equilíbrio na representação por gênero, é necessário que

seja assegurado que as mulheres possam competir nas eleições com efetiva igualdade de chances (NEVES, 2016).⁶⁵

No âmbito prático, de acordo com o ministro da época, os partidos políticos atribuem supostas candidaturas femininas para fins de preenchimento da cota estabelecida em lei, contudo, sem promover a representatividade feminina, que é o objetivo do dispositivo legal.

Mediante este cenário, em 2018 uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), nº 5617, foi levada ao Supremo Tribunal Federal (STF), tratando sobre fixação de piso e teto do fundo partidário destinados a campanhas de candidatas mulheres:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.617 DISTRITO FEDERAL

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. ART. 9º DA LEI 13.165/2015. FIXAÇÃO DE PISO (5%) E DE TETO (15%) DO MONTANTE DO FUNDO PARTIDÁRIO DESTINADO AO FINANCIAMENTO DAS CAMPANHAS ELEITORAIS PARA A APLICAÇÃO NAS CAMPANHAS DE CANDIDATAS. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À IGUALDADE E À NÃO-DISCRIMINAÇÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

(...) 4. Ação direta julgada procedente para: (i) declarar a inconstitucionalidade da expressão “três ” contida no art. 9º da Lei 13.165/2015; (ii) dar interpretação conforme à Constituição ao art. 9º da Lei 13.165/2015 de modo a (a) equiparar o patamar legal mínimo de candidaturas femininas (hoje o do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/1997, isto é, ao menos 30% de cidadãs), ao mínimo de recursos do Fundo Partidário a lhes serem destinados, que deve ser interpretado como também de 30% do montante do fundo alocado a cada partido, para eleições majoritárias e proporcionais, e (b) fixar que, havendo percentual mais elevado de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido destinados a campanhas lhes seja alocado na mesma proporção; (iii) declarar a inconstitucionalidade, por arrastamento, do § 5º-A e do § 7º do art. 44 da Lei 9.096/95.⁶⁶

⁶⁵ Entrevista concedida a Secretaria de Comunicação e Multimídia, em 10 nov. 2016. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2016/Novembro/mais-de-16-mil-candidatos-tiveram-votacao-zerada-nas-eleicoes-2016>. Acesso em: 11 nov. 2022.

⁶⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI nº 5617, de 15 de março de 2018**. EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. ART. 9º DA LEI 13.165/2015. FIXAÇÃO DE PISO (5%) E DE TETO (15%) DO MONTANTE DO FUNDO PARTIDÁRIO DESTINADO AO FINANCIAMENTO DAS CAMPANHAS ELEITORAIS PARA A APLICAÇÃO NAS CAMPANHAS DE CANDIDATAS. PRELIMINAR DE

Neste ato, houve algumas premissas a serem destacadas, quais sejam de ações afirmativas que visam assegurar o direito e princípio à igualdade, bem como, que a igualdade dos gêneros não está limitada as garantias de oportunidades para as mulheres, mas também que possuam meios que viabilize o alcance desta igualdade, neste caso os recursos financeiros.

Além disto, foi ressaltado que o incentivo a participação das mulheres nos espaços políticos é uma obrigação do Estado, destacando que a ampliação da participação pública feminina viabiliza a equidade das medidas destinadas ao atendimento das demandas sociais das mulheres.

O julgamento não foi unânime, no entanto, foi eliminado o limite temporal, até então fixado, e determinada a equiparação do patamar legal mínimo de candidaturas femininas ao mínimo de recursos a serem destinados do Fundo Partidário, sob a interpretação de 30% do montante alocado a cada partido.

Restou fixado, ainda, na hipótese de percentual mais elevado de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido destinados a campanhas que fosse alocado na mesma proporção.

A medida impulsionou a Resolução 23.575/2018, publicada em junho de 2018, que alterou a Resolução nº 23.553/2017, do mesmo órgão, que dispunha sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos e candidatos, além da prestação de contas nas eleições.

Apresentada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, a Resolução dispôs sobre a proibição da utilização de recursos financeiros destinados para as candidaturas femininas, em candidaturas masculinas, ficando a critério da candidata a utilização destes meios.

O entendimento foi unânime no sentido de que, sem que se estabeleça estes limites, surge precedentes para os partidos políticos fraudarem a regra, como, aparentemente, vinham empregando, mediante todo o exposto recorrido.

Em que pese a efetividade das cotas eleitorais de gênero ainda não possua eficácia plena, fato é que as ações afirmativas implementadas pelos órgãos jurisdicionais buscam, reiteradamente, inibir possíveis fraudes, preenchendo as lacunas que o dispositivo legal

IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À IGUALDADE E À NÃO-DISCRIMINAÇÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.617 DISTRITO FEDERAL Brasília: STJ, 15 mar. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748354101>. Acesso em: 10 nov. 2022.

venha, porventura, apresentar. Isto, por si só, viabiliza uma perspectiva promissora, no âmbito legislativo futuro.

7. Ações afirmativas para inclusão de mais mulheres na política

As garantias legais para o pleno exercício da cidadania, bem como as modificações implementadas à legislação, para um incentivo ao maior envolvimento feminino na política, não são suficientes para a igualdade de participação e representação política das mulheres. De fato, as ações afirmativas são o meio para um cenário político mais representativo e diverso.

A exemplo disto, necessário citar o “Vamos Juntas”. Trata-se de um instituto suprapartidário que visa o apoio as mulheres por intermédio de capacitação para candidaturas futuras e a mobilização social para o fim da desigualdade de gênero na política.

O Instituto Vamos Juntas foi criado em 2019 e possui a deputada federal Tabata Amaral como presidente de honra, que, por sua vez, cita a atuação do instituto em seu livro “Nosso Lugar” lançado no ano de 2020.

O capítulo “A luta por mais mulheres na política” discorre sobre os possíveis meios para a mudança na política brasileira futura. Isto porque, ao longo da obra, a autora usa a experiência da sua candidatura como exemplo para propor a reflexão do porquê as mulheres são desincentivadas à inserção do âmbito público.

A certeza de que a plena participação das mulheres na política vai contribuir para a construção de uma sociedade mais justa, desenvolvida e ética e a inquietude que sinto quando penso que talvez eu não vivo para ver essa mudança acontecer me levaram a querer fazer um pouco mais. Foi por isso que, ainda no meu primeiro ano de mandato, decidi criar o Vamos Juntas, uma mobilização suprapartidária para elegermos mais mulheres, começando pelas eleições de 2020. (AMARAL, 2020, p. 113).

A autora explica a atuação do Instituto no apoio técnico e socioemocional às candidatas, na capacitação por meio de mentorias, consultorias jurídicas, além de oferecer apoio na comunicação estratégica e de marketing, bem como, a captação de recursos e conexões políticas.

Importante ressaltar, o Instituto conta com a participação de um time de voluntários composto por profissionais multidisciplinares, parlamentares e sociedade civil, para promover a mobilização social em apoio as candidaturas femininas impulsionadas pelo

projeto. São realizadas diversas campanhas de impacto nacional, além da articulação com outras organizações e monitoramento de avanços e retrocessos nas casas legislativas.

No período eleitoral deste ano, o projeto Jornada de Líderes 2022 do Instituto Vamos Juntas, contou com cerca de 300 inscrições de mulheres no processo seletivo, que representam 26 estados brasileiros e 60 bancas de avaliação realizadas. Como resultado, foram 21 parlamentares eleitas no Brasil, e mais de 200 candidatas, de todos os estados brasileiros, passaram pelo projeto.

Além disto, o Instituto ainda conta com projetos como o Fundo para Elas, que consiste em uma distribuição mais equânime do fundo eleitoral disponibilizado. Isso, isso resulta em uma pressão aos partidos políticos a fim de cumprir a cota estabelecida pela legislação.

Já o projeto Deu *Match* promove a primeira plataforma que conecta voluntários com candidatas que precisam de apoio, o sistema cruzava os dados fornecidos pelos usuários, visando apresentar a candidatura que melhor representava os anseios do voluntário. O projeto abrangeu 244 mulheres, sendo que 7 foram eleitas, além disto, a plataforma recebeu cerca de 5.000 acessos.

É importante destacar, também, a atuação da ONG Elas no Poder, fundada em 2019, que é um projeto que promove uma maior competitividade das campanhas femininas, desobstruindo os meios que inviabilizam as candidaturas e conta, atualmente, com a participação de 61 voluntárias.

Em 2020 a ONG lançou a plataforma Im.pulsa, com um conteúdo aberto e gratuito para promover treinamos e conectar mulheres, oferecendo auxílio na produção de campanhas, através da formação política por meio de aprendizagem práticas com uma linguagem descomplicada. É voltada tanto para as candidatas, como também para as próprias eleitoras, ampliando o conhecimento para aqueles que desejam compreender o âmbito político.

Outra campanha que foi fortalecida nos últimos períodos eleitorais foi o Vote Nelas, grupo suprapartidário, composto por 11 mulheres, que nasceu em abril de 2018, visando a geração de conteúdo sobre a representatividade feminina, promovendo estudos e debates acerca da importância de candidaturas de mulheres, a paridade de gênero e a violência política. Além de promover a formação de uma rede de candidatas, o grupo busca formar também embaixadoras e voluntárias, para a disseminação desse conteúdo.

Esses são alguns exemplos de ações afirmativas, no âmbito prático, que busca um cenário político mais equitativo, pois, evidente que a composição do Congresso Nacional atual, com pouca representatividade, reflete em questões como violência política de

gênero, reforçando o machismo estrutural em que a sociedade brasileira foi firmada, além do sub financiamento de candidaturas femininas como foi demonstrado.

A atuação parlamentar feminina viabiliza avanços na legislação e políticas públicas efetivas que garantem os direitos das mulheres, bem como reafirma a importância da visão do gênero sobre os reflexos que uma proposta pode acarretar para as mulheres, fato este que não é levado em consideração quando a política é feita por homens e para homens.

A visibilidade que estes institutos, organizações e campanhas promovem resulta no incentivo às lideranças políticas femininas e mobiliza as mulheres, bem como a sociedade a eleger candidatas que representem, para além dos seus ideais, o seu próprio gênero.

A obra supracitada “Nosso Lugar”, também destaca este aspecto de representatividade. Para a autora, o que motivou a candidatura foi o pensamento que a sua eleição poderia ser referência para as mulheres que desejam construir essa mesma trajetória:

Uma das coisas que mais me motivou durante a campanha foi pensar que, se fosse eleita, eu me tornaria uma referência para outras mulheres que também quisessem trilhar esse caminho. A partir do momento em que conquistei o meu lugar na política, essa história passou a ser parte de um enredo muito maior, que não poderia ser deixado de fora, o da ocupação da política pelas mulheres. O caminho que me levou a me candidatar e ser eleita deputada federal fez muito mais sentido quando entendi que ele se somava a muitas outras trajetórias na luta das mulheres pelo nosso lugar na política. (AMARAL, 2020, p. 106).

A autora ainda elenca sete sugestões direcionando a quem deseja participar de modo direto, no decorrer da candidatura eleitoral e finaliza destacando que o processo evolutivo dentro da política, nos dias atuais, consiste que os anseios não sejam limitados aos gêneros, origens, etnias ou orientação sexual. A política é composta pelo reflexo da população que representa, e o atual cenário brasileiro é formado por uma sociedade diversificada.

8. Panorama atual das candidaturas femininas eleitas

Uma pesquisa realizada pelo Instituto DataSenado, em maio de 2022, materializou em porcentagens, o cenário que já era evidente no senso comum social.

Cerca de 64% dos entrevistados afirmaram que o ambiente político é mais favorável aos homens, enquanto 33% se posicionaram no sentido de que este ambiente não faz

diferença para quaisquer gêneros. Fato é, a pesquisa restou quase unânime na percepção de que o âmbito político brasileiro não favorece as mulheres.

Ainda que a composição do Congresso Nacional se mantenha majoritariamente masculina, as mulheres vêm conquistando cada vez mais espaço no campo político.

Segundo dados da A Representativa, um grupo de consultoria de capacitação de lideranças femininas, as eleições deste ano de 2022 contaram com cerca de 34% de candidaturas disputadas por mulheres, um número recorde em relação as eleições anteriores.

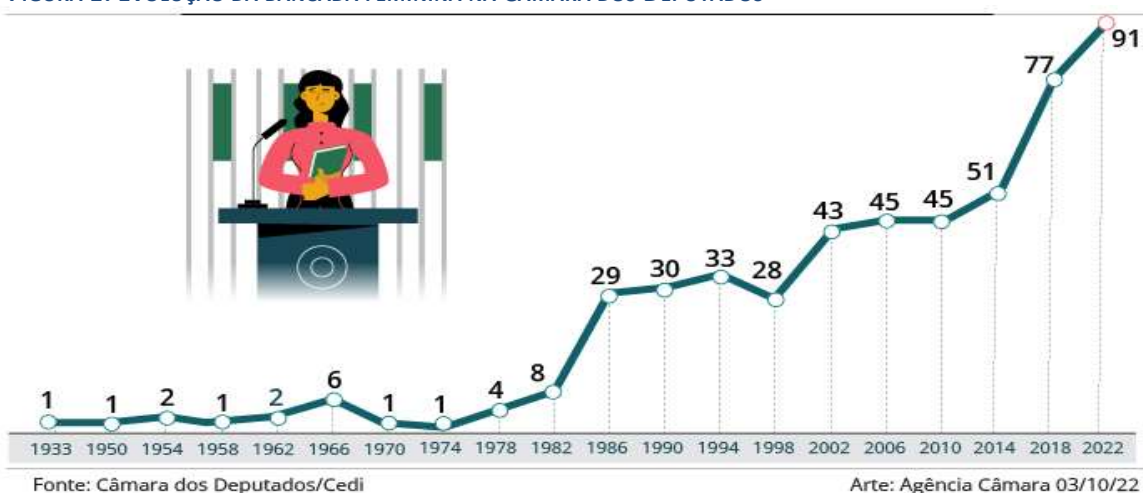
No que tange ao Senado Federal, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) registrou 53 candidaturas femininas, percentual que alcançou 22,5% dos concorrentes. Atualmente 14 ocupam o cargo de senadoras em exercício, e a projeção para a próxima legislatura, consiste em 11 mulheres no Senado Federal, cerca de 13,5% da Casa.

No âmbito da Câmara dos Deputados, o número de candidatas passou de 77 para 91 mulheres eleitas, sendo que a bancada feminina aumentou a porcentagem de 15% para 18% da Casa, destas, 35 candidatas foram reeleitas, enquanto 54 terão seu primeiro mandato como deputadas federais⁶⁷.

A seguir o retrato da evolução da bancada feminina da Câmara dos Deputados:

Segundo dados divulgados pelo Tribunal Superior Eleitoral, as mulheres compõem cerca de 53% do eleitorado brasileiro, ainda assim, continuam sub-representadas no

FIGURA 1: EVOLUÇÃO DA BANCADA FEMININA NA CÂMARA DOS DEPUTADOS



⁶⁷ Pela primeira vez, na história, a Câmara dos Deputados terá duas parlamentares transsexuais, as deputadas federais eleitas Erika Hilton (PSOL-SP) e Duda Salabert (PDT-MG).

âmbito político e nos cargos dentro do poder legislativo, conforme citado, bem como do executivo e judiciário.

9. A representatividade feminina no âmbito internacional

O *ranking* mundial da participação feminina no parlamento, divulgado pela União Interparlamentar (UIP), organização internacional dos parlamentos, coloca o Brasil no 146º lugar na participação de mulheres entre as 193 nações analisadas. O levantamento é baseado na presença de parlamentares femininas, dentro da casa legislativa principal de cada país.

Dentre as nações que se destacam nesse aspecto, estão os países africanos, como Ruanda, África do Sul, Seicheles e Senegal, isto porque, nas últimas décadas, o continente africano elevou os níveis de igualdade de gênero, inclusive no que se refere a representação feminina nos parlamentos, fruto da implementação da política de cotas em muitos desses países.

Outro exemplo a ser citado é o Chile. Em 2020 foi aprovado o plebiscito para a elaboração de nova Constituição para o país, que teve a Assembleia Constituinte composta por 50% de homens e 50% mulheres, fato este, inédito na história das constituições mundiais.

Segundo a cientista política Marcela Rios⁶⁸, este cenário chileno só foi possível em razão do critério de paridade, pois, se não o fosse, as mulheres não seriam metade de candidaturas. O texto da nova Constituição foi entregue em julho deste ano.

No que tange ao âmbito das Cortes, como o caso do Supremo Tribunal Federal aqui no Brasil, dados da pesquisa “Quem estamos empoderando? Indicadores e Tendências sobre Diversidade Judicial em Cortes Constitucionais” realizada pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE) em conjunto com a Universidade de Oxford, revelou haver uma crescente na participação feminina. Do total de 52 tribunais na análise, a porcentagem de mulheres em 2000 era de 15,6%, já em 2020, a percentual aumentou para 36,6%.

Ainda assim, a diferença entre homens e mulheres dentro das cortes se mostra alta, no Brasil, os indicadores de mulheres ocupantes de cadeiras no Supremo Tribunal Federal possuem o percentual de apenas 11,1%, já que somente três mulheres foram nomeadas

68 EBC. Empresa Brasil de Comunicação. **Mulheres são mais votadas no Chile, mas lei as obriga a ceder lugares.** Agência Brasil. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2021-05/mulheres-sao-mais-votadas-no-chile-mas-lei-obriga-ceder-lugares>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

para cargos de Ministras nesse tempo. É importante destacar que a média global de participação feminina nas supremas cortas é de cerca de 26%, segundo a pesquisa.

Diante deste cenário, é possível analisar ainda que apesar da presença do gênero feminino tenha se elevado nacionalmente, o aumento quantitativo não é suficiente para sanar a questão da sub-representação das mulheres.

Isto porque, independentemente de interesses e posições do gênero, a representação eficaz das mulheres necessita da defesa de uma pauta de interesses compatível com suas necessidades, garantindo a inibição de quaisquer práticas que possam obstruir o exercício do mandato, como são os casos de violência política de gênero.

10. Conclusão

Todo o histórico de opressão vivenciado pelo gênero feminino, que gerou o desincentivo da ocupação de espaços públicos, tornou a luta das mulheres, ao longo da história, ainda mais relevante.

A construção para reverter este cenário, é gradual, e vem conquistando progressos, desde o ingresso ao mercado de trabalho, bem como, os cargos públicos e até mesmo a ascensão na participação nas revoluções, até chegar à inserção no âmbito político.

O modelo patriarcal que a sociedade brasileira se desenvolveu, refletiu no atual cenário político, com uma composição majoritária por homens, e tal problemática até pouco tempo não possuía visibilidade.

Tem-se pelo relato de Benedita da Silva, conforme demonstrado na pesquisa, que no momento da Assembleia Constituinte de 1987, o plenário não possuía banheiro feminino, restando evidente o quanto as mulheres eram despercebidas naquela época. Ainda que conquistas tenham sido alcançadas de lá para cá, fato é que a desigualdade representativa no Congresso Nacional é discrepante.

Neste sentido, é essencial a implementação de mecanismos que garantam uma maior participação feminina na política, já que um dos pilares da democracia se dá pela representação do povo no parlamento. E, considerando, que as mulheres compõem pouco mais da metade da população brasileira, nada mais justo que esse reflexo esteja dentro do plenário.

As medidas legislativas vigentes, conforme exposto ao longo do artigo, possui vasto conteúdo normativo, no entanto, sua efetividade é questionável. Justamente porque há nos partidos políticos condutas que visam esquivar-se dos dispositivos legais.

Para tanto, é necessário que haja uma mobilização social para cobrança dos representantes, a fim de aplicar medidas de fiscalização e penalização severa a quem praticar tais condutas, com objetivo de inibir práticas que possam impedir as candidatas de concorrer de forma viável, em comparado as candidaturas masculinas.

Ainda assim, somente o preenchimento dos requisitos previstos em lei não são suficientes para garantir uma maior participação política feminina, já que, conforme visto, ocorrem casos em que há candidaturas “laranjas” dentro dos partidos políticos. Por isso, são necessárias ações afirmativas que objetivem um cenário político composto por mais mulheres.

Os projetos mencionados promovidos pelo Instituto Vamos Juntas, pela organização Elas no Poder, a campanha Vote Nelas e demais, são exemplos do fortalecimento das instituições em prol do interesse da sociedade civil, por intermédio das mídias e redes sociais, viabilizando um caminho para uma maior representatividade feminina na política, com a projeção do objetivo de igualdade de gênero.

Dentre as dificuldades enfrentadas a ausência de medidas efetivas de prevenção e proteção as candidatas é fator que merece destaque nesta problemática, eis que, a sensação de insegurança fragiliza o incentivo das mulheres a concorrer a cargos políticos.

Vale destacar que a violência sobre a política de gênero se apresenta como um dos maiores óbices às mulheres que desejam atuar na política, eis que não consiste somente em algo físico, ou graus extremos de coação, mas como todo e qualquer ato que visa segregar a mulher do espaço político, impedir ou restringir o acesso, ou, ainda, induzir a mulher a tomar decisões contrárias à sua vontade.

A identificação dos aspectos a serem desenvolvidos, para atingir uma igualdade de representação na política brasileira, permite a construção de propostas para superação de obstáculos, como os apresentados ao longo do trabalho, projetando soluções a longo prazo.

O estudo realizado demonstrou por meio das pesquisas que a bancada feminina possui ascensão desde as primeiras eleições. O demonstrativo apresentado revela que, principalmente nas eleições de 2022, houve um aumento significativo de cadeiras ocupadas por mulheres dentro da Câmara dos Deputados.

No cenário internacional, o Brasil ainda tem muito a progredir, neste sentido, eis que assume baixas posições em *rankings* de classificação de representatividade feminina nos plenários e cortes quando comparado a países estrangeiros.

Nações vizinhas ao Brasil vêm protagonizando evoluções marcantes, na construção de uma democracia mais representativa, a citar, novamente, o exemplo do Chile, que foi

pioneiro na composição de Assembleia Constituinte com metade de integrantes homens e mulheres.

Conforme analisado, outros países obtiveram êxito em tornar o cenário político mais democrático em relação aos gêneros, portanto, alcançar esse espaço dentro do âmbito nacional, é possível, ainda que seja um longo caminho a ser percorrido.

Fato é, ao ocupar espaços de visibilidade como os cargos políticos, as mulheres promovem um importante incentivo para as gerações seguintes, já que, além de legislar para possibilitar maior participação feminina na política futura, o reflexo da sua figura se dá pelo estímulo ao desejo de conquistar o mesmo posto.

A viabilidade de uma democracia mais representativa é realizada, principalmente, por uma mobilização social. Quanto mais personalidades femininas exercerem o protagonismo dentro da política, maior será a quantidade de mulheres dispostas a promover a garantia de seus direitos.

Assim, o legado feminino é mantido, já que a voz alcançada no decorrer da luta das mulheres no passado, pode ser ecoada no presente, irradiando a luta das mulheres no futuro.

11. Referências

A REPRESENTATIVA. **Mulheres eleitas: e o quadro de representação para a próxima legislatura 2023-2027**. 1. ed. Brasília: Representativa, 2022. Disponível <https://drive.google.com/drive/mobile/folders/1TpRvp44nfadaIHD7RcY8UUKJ8bEzh-If?usp=sharing&fbclid=PAAaYlkw0WTgrAA5xo5jnRWkw-hqRB8IAGSNedfA7vWWEwR6KUpT1Zli8HRr8>. Acesso em: 18 nov. 2022.

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. **O perigo de uma história única**. 1. ed. aum. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. 64 p. v. 1. ISBN 978-85-5451-476-1.

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. **Bancada feminina aumenta 18,2% e tem duas representantes trans - Notícias**. Portal da Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/911406-bancada-feminina-aumenta-182-e-tem-duas-representantes-trans/>. Acesso em: 19 nov. 2022.

AMARAL, Tabata. **Nosso lugar: O caminho que me levou à luta por mais mulheres na política**. 1. ed. aum. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. 192 p. v. 1. ISBN 978-85-5451-767-0.

ARAÚJO, Clara. **Mulheres e representação política: a experiência das cotas no Brasil**. Estudos Feministas, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, 1998.

ARQUIVO NACIONAL. **Federação Brasileira pelo Progresso Feminino - Dibrarq.** Disponível em: <<https://dibrarq.arquivonacional.gov.br/index.php/federacao-brasileira-pelo-progresso-feminino>>. Acesso em: 6 nov. 2022.

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL (org.). **Quem estamos empoderando?** Indicadores e Tendências sobre Diversidade em Cortes Constitucionais. [S. l.], 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/participacao-feminina-stf-inferior1.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2022.

BBC NEWS. **Por que é tão polêmica a Constituição que 78% dos chilenos decidiram trocar** - BBC News Brasil. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-54689493>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BEAUVOIR, Simone de, 1908-1986 2.ed. **O segundo sexo** / Simone de Beauvoir; tradução Sérgio Milliet. - 2.ed. - Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. 2v. ISBN 978-85-209-3913-0

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BRASIL. **Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009**. Planalto, 29 set. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12034.htm. Acesso em: 6 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Planalto, 2 jul. 1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 6 nov. 2022.

CALIXTO, C.; GOUVÊA, V. **O fundo Federação Brasileira pelo Progresso Feminino no Arquivo Nacional**. *Acervo, [S. l.], v. 33, n. 2, p. 239-253, 2020*. Disponível em: <https://revista.an.gov.br/index.php/revistaacervo/article/view/1391>. Acesso em: 13 out. 2022.

CNDM (Brasil). Conselho Nacional dos Direitos da Mulher. **Carta das mulheres aos constituintes**. 1. ed. Brasília: CNDM, 26 ago. 1986. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-constituente-e-as-mulheres/arquivos/Constituente%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf. Acesso em: 4 nov. 2022.

CONGRESSO EM FOCO. **Ranking mundial da participação feminina no Parlamento** - Congresso em Foco. Congresso em Foco. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/projeto-bula/reportagem/ranking-mundial-da-participacao-feminina-no-parlamento/>>. Acesso em: 19 nov. 2022

COUTINHO, Flávio Corrêa, **Direito constitucional contemporâneo: o princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos humanos, a judicialização dos direitos sociais e a educação** / Flávio Corrêa Coutinho – Rio de Janeiro: Jurismestre, 2017.

DAVIS, Ângela, 1944- **Mulheres, cultura e política** [recurso eletrônico] / Ângela Davis; tradução Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2017.

DEUMATCH. Disponível em: <<https://deumatch.institutovamosjuntas.org/>>. Acesso em: 17 nov. 2022.

EBC. Empresa Brasil de Comunicação. **Mulheres são mais votadas no Chile, mas lei as obriga a ceder lugares**. Agência Brasil. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2021-05/mulheres-sao-mais-votadas-no-chile-mas-lei-obriga-ceder-lugares>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

FERNANDES, Aryel **Mulheres na política**: a luta por representação / Aryel Fernandes; orientadora Dr.ª Michelle Roxo. — São Paulo, 2017.

FUNDO PARA ELAS. **Vamos Juntas**. Disponível em: <<https://institutovamosjuntas.org/fundo-para-elas/>>. Acesso em: 17 nov. 2022.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história** / Lynn Hun; tradução: Rosaura Eichenberg – 1ª ed. – Curitiba PR: A Página, 2012.

IM.PULSA. **Trilhas, guias, vídeos e materiais sobre política**. Disponível em: <<https://www.impulsa.voto/>>. Acesso em: 18 nov. 2022.

INSTITUTO DE PESQUISA DATASENADO. **Pesquisa DataSenado: Mulheres na Política**. 1. ed. Brasília: Secretaria de Transparência, maio 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/pesquisa-mulheres-na-politica-2022>. Acesso em: 18 nov. 2022.

JORNADA DE LÍDERES 2022 - **Vamos Juntas**. Disponível em: <<https://institutovamosjuntas.org/783-2/>>. Acesso em: 17 nov. 2022

MARTINS, Eneida Valarini. **A política de cotas e a representação feminina na Câmara dos Deputados** [manuscrito] / Eneida Valarini Martins: -- 2007.

Mulheres, maternidade e direito / Muriana Carrilho Bemardineli (Organizadora), Renata Maria Silveira Toledo (Organizadora), Tereza Cristina Zabala (Organizadora) – Leme, SP: Mizuno, 2022

ONU. Organização das Nações Unidas. **Report of the world conference of the international women's year**. 1. ed. México: Organização das Nações Unidas (ONU), 2 jul. 1975. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/03/relatorio_conferencia_mexico.pdf. Acesso em: 6 nov. 2022.

PRIOLI, Gabriela. **Política é para todos**. 1. ed. aum. São Paulo: Companhia das Letras, 2021. 272 p. v. 1. ISBN 978-65-5782-293-7.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (Brasil). **Assembleia Nacional Constituinte**. 1. ed. Brasília: Diário Oficial, 5 out. 1988. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/308anc05out1988.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2022.

ROCHA, Katarina Karol Brazil de Melo. **As representações de mulheres no cenário político brasileiro: reflexões sobre os processos democráticos intrapartidários** / Katarina Karol Brazil de Melo Rocha. – 2019

SALEME, Edson Ricardo. **Direito constitucional** / Edson Ricardo Saleme. – 4 ed – Santana de Parnaíba [SP]: Manole, 2021.

SECRETARIA DA MULHER. **Violência Política de Gênero, a maior vítima é a democracia**. Portal da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/secretarias/secretaria-da-mulher/violencia-politica-de-genero-a-maior-vitima-e-a-democracia>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

SOBRE NÓS. **#ElasNoPoder**. Disponível em: <<https://elasnopoder.org/sobre-nos/>>. Acesso em: 18 nov. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI nº 5617, de 15 de março de 2018**. DISTRITO FEDERAL Brasília: STJ, 15 mar. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748354101>. Acesso em: 10 nov. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Eleições 2022: mulheres são a maioria do eleitorado brasileiro**. Justiça Eleitoral. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Julho/eleicoes-2022-mulheres-sao-a-maioria-do-eleitorado-brasileiro>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Mais de 16 mil candidatos tiveram votação zerada nas Eleições 2016**. Atualizado em 11/08/2022 13:45. 1. ed. Brasília: Secretaria de Comunicação e Multimídia, 10 nov. 2016. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2016/Novembro/mais-de-16-mil-candidatos-tiveram-votacao-zerada-nas-eleicoes-2016>. Acesso em: 10 nov. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Resolução nº 23.575, de 28 de junho de 2018**. Disponível em: <https://sintse.tse.jus.br/documentos/2018/Ago/1/diario-da-justica-eletronico-tse/resolucao-no-23-575-de-28-de-junho-de-2018-altera-a-resolucao-tse-no-23-553-de-18-de-dezembro-de-2017-que-dispoe-sobre-a-arrecadacao-e-os-gastos-de-recursos-por-partidos-politicos-e-candidatos-e-sobre-a-prestacao-de-contas-nas-eleicoes>. Acesso em: 10 nov. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **SIG Eleição - Resultados**. Disponível em: <<https://sig.tse.jus.br/ords/dwapr/seai/r/sig-eleicao-resultados/home?session=29817457309438>> Acesso em 15 out 2022

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **SIG Eleição - Resultados**. Disponível em: <<https://sig.tse.jus.br/ords/dwapr/seai/r/sig-eleicao-resultados/home?session=17086511190792>>. Acesso em 15 out 2022

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Cargo e sexo**. Justiça Eleitoral. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-anteriores/eleicoes-1996/cargo-e-sexo>>. Acesso em 14 out 2022

TV CÂMARA. **Carta-mãe**. Direção: Gisele Rodrigues. Produção: Pedro Sassi. Roteiro: Gisele Rodrigues. Fotografia de Leonardo Veloso e Felipe da Cunha. Gravação de Joelson Maia. Brasília: TV Câmara, 2008. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/tv/192138-carta-mae/>. Acesso em: 10 nov. 2022.

VAMOSJUNTAS. **Instituto Vamos Juntas**. Disponível em: <<https://institutovamosjuntas.org/>>. Acesso em: 17 nov. 2022.

VOTE NELAS SP. **Vote Nelas SP**. Disponível em: <<https://votenelessp.com.br/>>. Acesso em: 18 nov. 2022.

TOMADAS DE DECISÕES PELOS GESTORES MUNICIPAIS FRENTE ÀS ADVERSIDADES CONTIDAS NA REALIDADE MUNICIPAL

RENAN CABÚS: Pós-graduado em Direito Obrigacional.⁶⁹

RESUMO: Trata-se de um tema que envolve a realidade geral dos chefes do poder executivo municipal, os quais possuem várias dificuldades de adequar a legislação aplicável às realidades fáticas da Município, em especial no que toca aos limites de despesas e tomadas de decisões administrativas. O objetivo geral deste trabalho é fazer uma comparação e explicação entre a legislação aplicável e a realidade dos municípios, trazendo à tona, inclusive, a nova norma contida no art. 22 da LINDB, segundo a qual “Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”. Foi possível verificar que os Gestores Municipais, diante dos obstáculos orçamentários e da realidade do Município, muitas vezes não conseguem cumprir as normas fiscais e de contratação de serviços e de pessoal, o que levava à deflagração de ações de improbidade administrativa em seu desfavor, dentre outras medidas sancionatórias. Como exemplo, tinha-se a possibilidade de condenação do agente público pela ofensa genérica aos princípios da Administração pública, nos termos do caput do art. 11 da Lei 8.429/92, sem qualquer subsunção específica. Ou seja, quaisquer condutas contrárias à legislação poderiam ser enquadradas como atos ímprobos, desconsiderando por completo o dolo específico de praticar ilícito e a realidade daquele gestor. Por fim, com as alterações promovidas na Lei de introdução às normas do direito brasileiro e na Lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), conseguiu-se melhor adequar a legislação brasileira à realidade municipal, possibilitando uma melhor gestão, sem incidir em injustiças e condenações por atos desprovidos de intenção dolosa de praticar ilícitos.

Palavras-chave: Gestão municipal. Realidade geral. Adequação à legislação. Dificuldades práticas. Alterações legislativas.

1 INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os Municípios passaram a ter autonomia formal, notadamente de autoadministração, autogoverno e auto-organização, nos termos do art. 18 da Carta Magna.

Prezou-se por uma maior eficiência da Administração pública, a qual é regida por princípios gerais que devem ser observados pelos respectivos gestores, nos termos do art.

⁶⁹ Contato: renancabusrc@gmail.com

37 da CF/88. Além disso, cumpre aos entes federativos, incluindo o Município, o respeito às diretrizes orçamentárias aplicáveis, sejam aquelas contidas na CF/88 seja as previstas na Lei de responsabilidade fiscal – LRF (LC nº 101/00).

Ocorre que as realidades municipais de muitos Municípios brasileiros não condizem com aquelas vivenciadas pelos grandes Municípios e pelos outros entes federativos, na medida em que, devido à ausência de recursos, dentre outros, não possuem capacidade de acompanhar as mudanças legislativas e tecnológicas da atualidade.

Tal situação gera grandes dificuldades aos gestores, os quais restam impedidos de cumprir, com rigor, as regras postas – dentro das quais contêm medidas sancionatórias decorrentes desses descumprimentos, incluindo até sanções pela prática de atos ímprobos, nos termos da Lei 8.429/92.

Apesar de não se poder descuidar da necessidade de observância das normas orçamentárias e licitatórias, tanto o legislador quanto o Judiciário não podem fechar os olhos para as realidades municipais, notadamente aplicando a literalidade das normas e consequentes sanções sem levarem em conta os obstáculos e as reais dificuldades do gestor – obviamente que sem prejudicar os direitos dos administrados.

Diante desse cenário, foram promovidas certas alterações na Lei de introdução às normas do direito brasileiro e na Lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), as quais conseguiram trazer maior segurança aos gestores municipais para que estes cumpram, com liberdade e eficiência, o papel que lhes foi dado pelos eleitores.

Entretanto, é importante ter em mente que a alteração no plano legislativo não deve restar estagnado e restrito ao plano abstrato, devendo ter aplicabilidade concreta por parte do aplicador do direito, o qual, por outro lado, não deve descuidar para que essa modificação não sirva de salvo conduto para ilícitos.

2 DESENVOLVIMENTO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os Municípios passaram a ter autonomia formal, notadamente de autoadministração, autogoverno e auto-organização⁷⁰, nos termos do art. 18 da Carta Magna. *In verbis*:

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito

⁷⁰ Citação de Hely Lopes Meirelles, disponível em: <https://diogorais.jusbrasil.com.br/artigos/121933642/a-autonomia-dos-municipios-na-constituicao-brasileira-de-1988>

Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

Prezou-se por uma maior eficiência da Administração pública, a qual é regida por princípios gerais que devem ser observados pelos respectivos gestores, nos termos do art. 37 da CF/88. Além disso, cumpre aos entes federativos, incluindo o Município e respectivos gestores, o respeito às diretrizes orçamentárias aplicáveis, sejam aquelas contidas na CF/88 seja as previstas na Lei de responsabilidade fiscal – LRF (LC nº 101/00).

Ocorre que as realidades municipais de muitos Municípios brasileiros não condizem com aquelas vivenciadas pelos grandes Municípios e pelos outros entes federativos.

Tal situação gera grandes dificuldades aos gestores, os quais restam impedidos de cumprir, com rigor, as regras postas – dentro das quais contêm medidas sancionatórias decorrentes desses descumprimentos, incluindo até sanções pela prática de atos ímprobos, nos termos da Lei 8.429/92.

Como exemplo, tem-se a antiga previsão contida no art. 10, X, da Lei 8.429/92, que assim dispõe:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

X - Agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público.

Para a configuração do ato ímprobo que cause prejuízo ao erário, bastava que o agente público agisse de forma negligente (abarcando, pois, atos culposos) na conservação do patrimônio público, por exemplo⁷¹.

71 Nesse sentido, veja-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: Tribunal de Justiça de Minas Gerais – Apelação Cível n. 1.0610.11.000887-3/001, contendo a seguinte ementa: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CONVÊNIO - PRESTAÇÃO DE CONTAS REPROVADA - ART. 10, X, E 11, VI, DA LEI 8.429/92 - CULPA GRAVE - VERIFICAÇÃO - IMPROBIDADE CONFIGURADA - RAZOABILIDADE DAS SANÇÕES IMPOSTAS - RECURSO DESPROVIDO. - A configuração do ato de improbidade administrativa demanda a existência de uma ilegalidade qualificada pelo dolo,

Tal situação evidencia um subjetivismo de grande escala, podendo gerar, muitas vezes, o arbítrio do órgão acusador e, outrossim, do próprio Poder Judiciário.

Isso porque o Chefe do Poder Executivo municipal, em especial de Município de pequeno porte, muitas vezes não tem a devida condição financeira, operacional e de pessoal para conservar determinado patrimônio público ou de adequadamente arrecadar tributo ou renda.

Não é à toa que a Lei 14.230/2021 alterou o referido dispositivo legal, passando a assim prever:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

(...)

X - agir ilicitamente na arrecadação de tributo ou de renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

Como se vê, além de ter sido expurgada a conduta culposa, mantendo-se apenas a modalidade dolosa, exigiu-se que a ação do agente público tenha sido não só ilícita, mas com um fim ilícito, gerando perda patrimonial efetiva e comprovada.

Determinados atos de gestão não poderiam continuar a serem enquadrados como infrações político-administrativas, mormente quando sua conduta era um mero exercício da sua competência pública, perpetrada dentro das possibilidades fáticas existentes, e desprovida de dolo específico com fim ilícito. É o que se extrai da interpretação conjunta com o art. 1º da referida lei:

consubstanciado no propósito malicioso, em relação às condutas descritas nos art. 9 e 11 da Lei n. 8.429/92, e pela culpa grave, no que diz respeito às condutas descritas no art. 10 do mesmo diploma legal, verificada quando o agente público age de forma negligente, assumindo o risco de produzir o resultado danoso. - **A conduta de absoluta negligência com a arrecadação de verbas públicas e a omissão na respectiva prestação de contas ultrapassa a mera ilegalidade, configurando ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 10, X, e 11, VI, da Lei n. 8.429/92.** - Demonstrada a prática da conduta ímproba, assim como a razoabilidade da penalidade imposta na sentença, a negativa de provimento do recurso é medida que se impõe.

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

§1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

De fato, não se pode permitir que os gestores, a pretexto da existência de dificuldades reais do Município, utilizem-se desse cenário e da novel legislação como escudo e salvo conduto para a prática de ilícitos e corruptos.

Entretanto, deve-se ter em mente que a proteção do erário público e aos administrados não deve levar a arbítrios e à punição desmedida. A lei de improbidade, por exemplo, deve buscar punir o administrador desonesto, desleal, que se utiliza da má-fé, e não aquele inábil, despreparado ou incompetente⁷².

72 "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ALEGADA VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS, ESPECIALMENTE O DA LEGALIDADE. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO REALIZADO SEM A COMPLETA OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. FALTA DE PLANILHA DE PREÇOS. PEDIDO INICIAL QUE SEQUER APONTA A OCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO NEM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO AGENTE. CAPITULAÇÃO DO FATO EXCLUSIVAMENTE NA REGRA DO ART. 11 DA LEI N. 8.429/1992. MERA IRREGULARIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE RECONHECE A INEXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ E DE QUALQUER INTENÇÃO NO MALFERIMENTO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. REVALORAÇÃO JURÍDICA DAS PREMISSAS ADOTADAS NO ARESTO. MERO DESATENDIMENTO A UM PRINCÍPIO (NO CASO, O DA LEGALIDADE), SEM QUALQUER DEMONSTRAÇÃO DO DOLO, MESMO NA SUA ACEPÇÃO DE DOLO GENÉRICO. PROVIMENTO DOS RECURSOS.

1. A orientação jurisprudencial sedimentada no Superior Tribunal de Justiça estabelece que a configuração do ato de improbidade por ofensa a princípio da administração depende da demonstração do chamado dolo genérico.

Como dito, apesar de não se poder descuidar da necessidade de observância das normas orçamentárias e licitatórias, tanto o legislador quanto o Judiciário não podem fechar os olhos para as realidades municipais, notadamente aplicando a literalidade das

2. O acórdão recorrido, embora repita que houve o cometimento de ato de improbidade, consigna, sem nenhum constrangimento, que não houve: a) má-fé; b) intenção (elemento subjetivo) de frustrar a competitividade do certame; c) malferimento ao princípio da isonomia; e d) dano ao erário (até porque esse não foi fundamento do pedido inicial). E, para concluir pelo alegado cometimento da improbidade administrativa, assenta, de forma literal, conforme acima já exposto, que tal ocorre pela mera afronta ao princípio da legalidade, porquanto o fato de não terem tido os recorrentes a intenção, "por si só, não tem o condão de afastar a responsabilidade dos recorridos por suas condutas omissivas conscientes de que não podiam dar cabo daquela Tomada de Preços, em face da ilegalidade nela existente".

3. Na esteira da lição deixada pelo eminente e saudoso Ministro Teori Albino Zavascki, "**não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos evitada de culpa grave, nas do artigo 10" (AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28/9/2011).**

4. Ora, a admitir-se a conclusão do aresto impugnado, somente não seria improbidade administrativa um mero fato descumpridor de determinado princípio constitucional, quando a conduta do agente estivesse acobertada por alguma excludente típica do Direito Penal.

Dito de outro modo: apenas a atuação inconsciente e involuntária (hipótese mesmo de um não ato), em uma típica expressão do Direito Penal pátrio (tomada de empréstimo para o Direito Administrativo), é que não configuraria um ato de improbidade. Expandindo-se o argumento, poder-se-ia dizer que qualquer nomeação feita por determinado agente público que viesse a ser invalidada, no futuro, por descumprimento de um requisito legal, seria ipso facto, consoante a decisão recorrida, um ato de improbidade, visto que a nomeação somente poderia ter-se dado por um ato consciente e voluntário.

5. **Ademais, é sabido que meras irregularidades não sujeitam o agente às sanções da Lei n. 8.429/1992.** Precedente: REsp 1.512.831/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016).

6. **"Assim, para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, estar caracterizada a presença do elemento subjetivo.**

A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé. [...] Precedentes: AgRg no REsp 1.500.812/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/5/2015; REsp 1.512.047/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/6/2015; AgRg no REsp 1.397.590/CE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 5/3/2015; AgRg no AREsp 532.421/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28/8/2014" (REsp 1.508.169/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016).

7. Recursos especiais conhecidos e providos, para reformar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de primeiro grau.

(STJ - REsp n. 1.573.026/SE, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 8/6/2021, DJe de 17/12/2021.)

normas e consequentes sanções sem levarem em conta os obstáculos e as reais dificuldades do gestor – obviamente que sem prejudicar os direitos dos administrados.

Nesse pensar, inclusive, dispõe o art. 22 da LINDB:

“Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§1º. Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

(...)”

Sobre esse dispositivo, Eduardo Jordão e Flávio Tartuce, respectivamente:

“No caso do art. 22, objeto específico deste texto, é particularmente relevante esta segunda trilha, referente à contextualização. Daí ser comum que se afirme que ele consagra o ‘primado da realidade’. Nele, a exigência de contextualização produz uma espécie de ‘pedido de empatia’ com o gestor público e com suas dificuldades. Esta é outra lógica bastante presente no projeto: se o controlador quer se colocar na posição de tomar ou substituir decisões administrativas, é preciso que enfrente também os ônus que o administrador enfrenta. Esta circunstância vai na linha das afirmações de parte da doutrina, mencionadas acima, no sentido da necessidade de maior atenção às agruras e aos dilemas do gestor público”⁷³.

“O art. 22 da LINDB traz regra de hermenêutica ou interpretação relativa às normas sobre gestão pública, devendo ser considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. Valoriza-se a primazia da realidade, em especial as

73 JORDÃO, 2018. Pág. 69/70

dificuldades que podem ser enfrentadas pelos agentes públicos em suas decisões interpretativas”.⁷⁴

A respeito do princípio da realidade, assim explica Jose dos Santos Carvalho Filho⁷⁵:

Em nosso regime federativo, composto de unidades autônomas, há expressivas diferenças quanto à gestão dos administradores públicos, sendo indubitoso que a gestão da União ou de um Estado-membro poderoso não pode comparar-se à de um longínquo e isolado Município. E essa diferença realmente tem que ser considerada pelos órgãos de controle, principalmente pelos Tribunais de Contas.

Por esse motivo, a nova lei, no art. 22, recomendou que, para a interpretação de normas sobre gestão pública, deverão levar-se em conta os obstáculos e as dificuldades do gestor e as exigências das políticas públicas de sua atribuição, sem prejuízo dos direitos dos administrados. Em outra vertente, para avaliar regularidade ou validade de conduta, ato, contrato, processo ou norma, será imprescindível analisar as circunstâncias concretas que impuseram, limitaram ou condicionaram a conduta do gestor (art. 22, § 1º). A incidência, no caso, é do princípio da realidade, que sugere, em alguns casos, a inaplicabilidade de parâmetros meramente teóricos. Exemplo crítico sempre citado é o da condenação de pequenos Municípios a fornecer a uma só pessoa medicamentos ou serviços de custo elevadíssimo, cujos recursos seriam alocados para assistência médica a toda a população

Nessa mesma ótica de adversidades dos gestores, pode-se também citar como exemplo o preenchimento do quadro de pessoal do Município.

74 Manual de Direito Civil – Volume único, 10ª Edição, 2020, de Flávio tartuce

75 Retirado do site: <https://jus.com.br/artigos/78562/a-lei-13655-2018-e-as-alteracoes-da-lindb-interpretacao-dos-novos-dispositivos-artigo-por-artigo>

A Constituição Federal de 1988 passou a exigir, em seu art. 37, II76, que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Assim, como regra, o quadro de pessoal das municipalidades deve ser preenchido através da realização de concurso público, não sendo mais possíveis contratações diretas e mediante processo simplificado de seleção.

Ocorre que, além de o próprio certame público gerar grandes custos financeiros, a criação de cargos públicos e respectiva convocação de servidores públicos concursados para a respectiva ocupação torna mais onerosa a folha de pagamento.

Isso porque a remuneração do servidor público, na maioria dos casos, é maior que o salário pago aqueles contratados de forma direta e simplificada, além de existir um plano de cargos e carreira, com progressões e aumentos salariais.

Diante disso e das realidades financeiras dos Municípios⁷⁷, muitas vezes fica inviável a mudança drástica do quadro de pessoal, notadamente com a demissão daqueles contratados e a ocupação de servidores concursados.

Não é à toa que, diante de déficit de pessoal, muitos gestores optam por utilizar da norma contida no art. 37, IX, da CF/88, segundo a qual se permite a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

À vista disso, diversas são as ações civis públicas deflagradas para sejam declaradas ilegais tais contratações temporárias e para obrigar a realização de concursos públicos. E não só, muitos gestores têm contra si ajuizadas ações de improbidade administrativa por

76 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:

(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

77 Para um melhor aprofundamento das dificuldades dos Municípios brasileiros não só na área de pessoal, mas em vários setores, basta consultar o site www.cnm.org.br, referente à Confederação Nacional de Municípios, em especial o Estudo técnico intitulado de "Principais dificuldades encontradas pelo Município", do ano de 2022 – disponível no seguinte link: [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/PRINCIPAIS%20DIFICULDADES%20ENCONTRADAS%20PELOS%20MUNIC%C3%8DPIOS.pdf](https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/PRINCIPAIS%20DIFICULDADES%20ENCONTRADAS%20PELOS%20MUNIC%C3%8DPIOS.pdf).

ofensa aos princípios da administração pública, mais especificamente ao inciso I, do art. 11, da Lei 8.429/9278.

Com o fim de impedir a punição excessiva e enquadramentos genéricos, a Lei 14.320/2021, revogou o inciso I, do art. 11, da LIA, o qual trazia disposição normativa por demais abrangente e subjetiva.

De modo a corroborar o raciocínio esposado, evidencie-se os casos em que se alegam a preterição abusiva de candidatos aprovados em concursos públicos pela mera existência de contratos temporários. Tal situação, por si só, não tem o condão de configurar essa ilegalidade.

A natureza da atividade, se permanente ou eventual, não será o fator determinante para definição da legalidade da contratação do servidor. Por conseguinte, para legitimar a contratação por excepcional interesse público deve ser analisados dois aspectos: i) a necessidade da contratação deve ser transitória (temporária); ii) excepcional interesse público que a justifique.

A simples existência de contratos temporários não é apta a demonstrar que as contratações temporárias são irregulares.

Até porque, não se nega que a predileção que o quadro de pessoal da Administração seja essencialmente ocupado por servidores efetivos se mostra uma medida que maximiza os postulados da moralidade administrativa e da eficiência, no entanto, não reveste de ilegalidade a utilização das contratações temporárias para o atendimento de situações excepcionais.

Nesse sentido, leia-se o seguinte aresto do STJ, transcrito no trecho relevante:

(...) EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DE DEMOSTRAÇÃO DE CARGOS VAGOS. DILAÇÃO PROBATÓRIA VEDADA VIA MANDADO DE SEGURANÇA.

(...) IV - Outrossim, é cediço que o candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital possui mera expectativa de direito à nomeação, convolvendo-se em direito subjetivo somente na hipótese de comprovação do surgimento de cargos efetivos durante

78 Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

o prazo de validade do concurso público, bem como o interesse da Administração Pública em preenchê-los. Na hipótese dos autos, a classificação do impetrante ocorreu fora do número de vagas previsto para o Município de Jaguarão/RS, uma vez que o candidato alcançou a segunda colocação para o cargo de Fiscal Federal Agropecuário com formação em Medicina Veterinária e o edital previa apenas uma vaga para a referida localidade. Com efeito, além de necessitar a comprovação do surgimento de vagas bastantes para garantir a nomeação do Impetrante, deve ser igualmente comprovado o interesse inequívoco da Administração em preenchê-las. Dessa forma, o impetrante não logrou êxito em demonstrar o seu direito de convocação.

V - Ademais, é fato notório que a admissão de temporários, fundada no art. 37, IX, da Constituição Federal, atende às necessidades transitórias da Administração e não concorre com a nomeação de efetivos, estes recrutados mediante concurso público (Art. 37, II e III da CF), para suprir necessidades permanentes do serviço. São institutos diversos, com fundamentos fáticos e jurídicos que não se confundem, pelo que também a presença de temporários nos quadros estatais não pode ser tida, só por si, como caracterizadora da preterição dos candidatos aprovados para provimento de cargos efetivos. Neste sentido: AgInt no RMS 51.806/ES, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 21/03/2017, DJe 30/03/2017 e AgInt no RMS 51.478/ES, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 16/03/2017, DJe 24/03/2017. Na hipótese em tela, mutatis mutandis, apesar da existência de contratos de terceirização, não há, nos autos, comprovação da existência de cargos efetivos vagos, de modo a amparar o pretendido direito do Recorrente à nomeação, não havendo que se falar em direito líquido e certo a ser amparado nesta via. (...)

(AgInt no MS 22.734/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 18/06/2019, DJe 12/08/2019)

Ao se deparar com tais situações, cabe ao Ministério Público e, em sede judicial, ao Judiciário, levar em conta a realidade do Município e do respectivo gestor, notadamente analisando se as contratações temporárias se encontram desprovidas dos requisitos constitucionais que as autorizam e se se fazia possível a realização de concursos públicos e substituição imediata do quadro de servidores.

A responsabilização automática do gestor pela mera contratação de temporários em detrimento de servidores concursados não deve ser o primeiro caminho a ser adotado. Em verdade, sequer poder-se-ia enquadrar, de antemão, a conduta do Chefe do executivo como ato ímprobo, merecendo uma análise mais pormenorizada da ação praticada e de eventual fim ilícito.

Nessa linha, o TJPR e o TJSP:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITA DO MUNICÍPIO DE FAROL/PR. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR PARA EXERCER CARGO EM COMISSÃO DE "CHEFE DE HORTA", MAS QUE LABOROU EM DESVIO DE FUNÇÃO COMO MOTORISTA DE ÔNIBUS DA PREFEITURA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO (ART. 11 DA LEI 8429/92). INSURGÊNCIA RECURSAL DOS RÉUS. ALEGADA NÃO CARACTERIZAÇÃO DE ATO ÍMPROBO. ACOLHIMENTO. DESVIO DE FUNÇÃO OCORRIDO SEM HABITUALIDADE. SERVIDOR REQUERIDO QUE EXERCEU A FUNÇÃO DE MOTORISTA DE FORMA ESPORÁDICA, APENAS PARA COBRIR A FALTA DE OUTROS MOTORISTAS, O QUE SE DEU INCLUSIVE PARA EVITAR PREJUÍZOS AO TRANSPORTE ESCOLAR DO MUNICÍPIO. CONDOTA DA PREFEITA QUE TEM AMPARO NO ARTIGO 22, § 1º, DA LINDB. DOLOU OU MÁ-FÉ NÃO DEMONSTRADOS. AÇÃO IMPROCEDENTE. RECURSO PROVIDO. TJPR - 5ª Câmara Cível - APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006971-44.2016.8.16.0058 – Rel. JUIZ ROGÉRIO RIBAS, SUBST. DE 2.º GRAU – Julgamento: 30/07/2019

ANÁLISE DA PETIÇÃO INICIAL. IMPUTAÇÃO DE ATOS ÍMPROBOS PRATICADOS EM CONTEXTO DE "DESLEALDADE INSTITUCIONAL", COM FULCRO NOS ARTS. 10 E 11 DA LEI 8.429/1992. O JUIZ SÓ PODE REJEITAR UMA AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA SE CABALMENTE CONVENCIDO DA INEXISTÊNCIA DO ATO, DA IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO OU DA INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA (ART. 17, § 8º, DA LEI 8.429/1992). INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS MÍNIMOS DA PRÁTICA DOS ATOS ÍMPROBOS QUE NÃO AUTORIZA O RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL, EM OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, AO NÃO PROSSEGUIMENTO DE LIDES TEMERÁRIAS. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE NÃO PODE SER UTILIZADO PARA VIABILIZAR DEMANDAS INÓCUAS E SEM INDÍCIOS MÍNIMOS DE COMETIMENTO DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IN CASU, AFIGURA-SE QUE OS REQUERIDOS NÃO

PRATICARAM QUALQUER ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ADEMAIS, IMPRESCINDÍVEL QUE SE LEVE EM CONSIDERAÇÃO AS CIRCUNSTÂNCIAS PRÁTICAS QUE CONDICIONARAM A AÇÃO POLICIAL, NOS TERMOS DO ART. 22, § 1º, DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO, NA MEDIDA EM QUE O NÚMERO EXCESSIVO DE MANIFESTANTES. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA. TJPR - 5ª Câmara Cível - APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO Nº 0004126-41.2015.8.16.00004 – Relator Juiz de Direito em 2º Grau Anderson Ricardo Fogaça – Julgamento: 02/07/2019

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. Locação de piscinas de clube local para realização de aulas de hidroginástica. Transferência subsequente dos encargos de água e energia elétrica do clube para a Prefeitura, em virtude da instalação de aquecedor não prevista em contrato, mas solicitada pelo Poder Público, acarretando aumento de despesas. Ato doloso não configurado. Imperícia do Administrador. Inteligência do art. 22 da LINDB. (TJSP - 5ª Câmara de Direito Público - Apelação Cível nº 1003073-55.2017.8.26.0587 – Relatora Desembargadora HELOÍSA MARTINS MIMESSI)

Como instrumento efetivo de concretização das normas constitucionais e de sua adequação à realidade municipal é possível nomear, por exemplo, o Termo de ajustamento de conduta – TAC, que permite a celebração de acordos para sejam ajustados compromissos com o fim de cumprimento das exigências legais. A título de exemplo, veja-se as seguintes previsões legislativas:

LINDB

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

§1º. O compromisso referido no caput deste artigo:(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

II – (VETADO); (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública – LACP):

Art. 5º (...)

§6º. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Desta maneira, a cooperação dos órgãos com o Poder Executivo municipal pode servir como um meio de garantir maior eficiência da Administração pública e, em última instância, maior bem-estar social à população.

Entretanto, a atuação conjunta e o reconhecimento das dificuldades municipais não devem levar à supressão de investigações e punições (disciplinares, civis, político-administrativas e até penais), em especial quando presentes atos ilícitos e condutas desleais e causadores de dano ao erário público, mas apenas a uma ponderação da situação e uma análise mais percuciente e concreta do cenário, sem causar prejuízos e punições desnecessárias e injustas.

Aliás, ainda se tenha constatado irregularidades e condutas ilícitas aptas a serem objeto de punição/sanção, deve ser observado o princípio da realidade, considerando os danos que advindos, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. Inteligência do art. 22, §2º, da LINDB79.

79 Art. 22 (...). §2º. Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

3. RESULTADOS

A partir da análise de casos práticos, pôde-se perceber que os gestores municipais enfrentam diversas dificuldades práticas que impossibilitam a tomada de decisões adequadas à luz da legislação aplicável.

Olhando especificamente a regra do concurso público, diversos são os municípios que não respeitam o correto preenchimento do seu quadro de pessoal, notadamente contratando servidores temporários e informais, e não servidores públicos concursados.

Tal situação desperta a atuação, por exemplo, do Ministério Público, o qual deflagra ações civis públicas com o fim de corrigir as irregularidades constatadas, seja por meio do enquadramento em atos ímprobos seja através de obrigações de fazer.

Com as alterações legislativas promovidas pela LINDB, por exemplo, verificou-se que os Tribunais pátrios vêm cada vez mais levando em conta as dificuldades por que passam os gestores municipais, extirpando condenações com base em mera subsunção legal objetiva, abraçando, assim, o princípio da realidade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A necessidade de alcançar a eficiência na gestão pública é princípio constitucional que deve ser almejado pelo administrador, o qual deve seguir as legislações aplicáveis.

A conduta do agente público deve sempre estar voltada para o interesse público, de sorte que ações ou omissões contrárias à norma jurídica devem ser devidamente repreendidas e corrigidas.

Entretanto, quando da elaboração das normas sancionatórias e da aplicabilidade destas, devem, respectivamente, o legislador e o Judiciário – aqui também incluído o Ministério Público – observar a realidade municipal, mais precisamente as dificuldades concretas existentes e que podem impedir o total cumprimento das regras aplicáveis.

Como exemplo, foi citada a não observância da regra do concurso público por diversos Municípios brasileiros cujos quadros de pessoal (em especial dos cargos meio) são compostos, boa parte, por servidores temporários e/ou contratados sem prévia aprovação em concurso público.

Tal situação, em muitos casos, não traduzem um mero descumprimento da regra constitucional e intenções ilícitas e corruptas, mas sim a impossibilidade fática e financeira de alteração abrupta para um cenário que, até a constituição federal de 1988, não era exigido.

Há de se ter em mente que a compulsoriedade na realização de concursos públicos, sem qualquer prazo mínimo de ajustamento do orçamento municipal, por exemplo, bem como a mera punição dos gestores não trazem soluções positivas e justas, seja para o próprio Município – e seu gestor – seja para a própria população.

Deve-se ponderar a realidade municipal, analisando a real condição do gestor e dos meios financeiros e operacionais que estão ao seu alcance, de modo que, a partir daí, sejam traçados acordos para o devido cumprimento das normas, tudo com o fito de garantir a segurança jurídica e a paz social, sem incorrer em injustiças e punições desmedidas e arbitrárias.

Desta maneira, a cooperação dos órgãos com o Poder Executivo municipal pode servir como um meio de garantir maior eficiência da Administração pública e, em última instância, maior bem-estar social à população.

Entretanto, a atuação conjunta e o reconhecimento das dificuldades municipais não devem levar à supressão de investigações e punições (disciplinares, civis, político-administrativas e até penais), em especial quando presentes atos ilícitos e condutas desleais e causadores de dano ao erário público, mas apenas a uma ponderação da situação e uma análise mais percuciente e concreta do cenário, sem causar prejuízos e punições desnecessárias e injustas.

Aliás, ainda se tenha constatado irregularidades e condutas ilícitas aptas a serem objeto de punição/sanção, deve ser observado o princípio da realidade, considerando os danos que advindos, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. Inteligência do art. 22, §2º, da LINDB80.

REFERÊNCIAS

JORDÃO, 2018. Pág. 69/70.

Citação de José dos Santos Carvalho Filho, disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78562/a-lei-13655-2018-e-as-alteracoes-da-lindb-interpretacao-dos-novos-dispositivos-artigo-por-artigo>

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil – Volume único, 10ª Edição, 2020, pág. 84.

80 Art. 22 (...). §2º. Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Citação de Hely Lopes Meirelles, disponível em:
<https://diogorais.jusbrasil.com.br/artigos/121933642/a-autonomia-dos-municipios-na-constituicao-brasileira-de-1988>

FORMAS DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO COMO GARANTIAS DO FORTALECIMENTO DO PACTO FEDERATIVO

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).⁸¹

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar detidamente as modalidades de constituição do crédito tributário, a possibilidade de escolha desses tipos de lançamento por parte dos Entes Federativos e como isso contribui para a autonomia desses no cenário de federalismo cooperativo como é o modelo entendido pelo Supremo Tribunal Federal. Para isso, é mister analisarmos as considerações doutrinárias, legais e jurisprudenciais afetas.

Palavras-chave: Lançamento tributário. Modalidades. Autonomia federativa.

Abstract: The present work aims to analyze in detail the modalities of constitution of the tax credit, the possibility of choosing these types of assessment by the Federative Entities and how this contributes to their autonomy in the scenario of cooperative federalism, as is the model understood by the Supreme Court. For this, it is necessary to analyze the related doctrinal, legal, and jurisprudential considerations.

Keywords: Tax launch. Modalities. federal autonomy.

Introdução

A fim de fazer uma análise da autonomia federativa sob a ótica do crédito tributário que, diga-se de passagem, é a maior fonte de arrecadação dos entes, razão de sua grande importância, é de se analisar o crédito em uma de suas particularidades: da sua constituição.

O crédito tributário, então, como se verá, nasce pelo lançamento: esse é o procedimento formal de sua constituição. O CTN (Código Tributário Nacional) prevê modalidades para tal, podendo ser de ofício, por declaração e por homologação.

A autonomia federativa se vê nessa etapa, tendo em vista que cada ente federativo tem competência para definir que modalidade adotará para cada tributo de sua competência. Isso, inclusive, porque analisará suas capacidades técnica e financeira, além

81 Contato: pedrobcmf@hotmail.com

da que lhe permita uma maior arrecadação, para definir o tipo de lançamento que é mais vantajoso ao Erário.

É que, para travar essa escolha, o Ente deverá analisar, inclusive, sua maior ou menor capacidade tecnológica, o dispêndio que lhe trará maior custo-benefício e o modo que terá maior adesão da população.

A análise terá por objeto as considerações doutrinárias e legais, bem como o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, mister para fazer uma correta interligação dos pontos.

1 Crédito Tributário

Verificada no mundo dos fatos a situação que foi designada em lei como fato gerador, nasce o dever de pagar: uma obrigação tributária. Há quem diga que a situação prevista em lei não é propriamente o fato gerador, mas a hipótese de incidência, sendo o fato gerador a ocorrência, propriamente dita, que enseja a cobrança tributária.

Urge salientar que é necessário que exista uma lei, em sentido formal, que preveja essa hipótese de incidência que fará nascer a obrigação tributária. É que, conforme cediço, no nosso ordenamento jurídico, prevalece a máxima “ninguém será obrigado a nada senão em virtude de lei”.

Nesse sentido, é a disposição prevista no art. 150 da Constituição Federal, verdadeira limitação constitucional ao poder de tributar dos Entes Federativos, cujo teor veda que seja exigido ou aumentado tributo sem lei que o estabeleça.

Assim, é de se concluir que o fato gerador seria a hipótese de incidência observada na prática, em que se identifica o nascimento de uma relação jurídica tributária, de cunho obrigacional, em que se tem elementos subjetivos e objetivos. Em relação aos subjetivos, temos duas partes: o credor, sujeito ativo, que é o Estado, e o devedor, sujeito passivo, o contribuinte ou responsável. O elemento objetivo, por sua vez, é a prestação, que deverá ser cumprida.

Para que, de fato, seja exigível a conduta do pagamento, se faz necessário um procedimento que declare a ocorrência do fato gerador, bem como identifique o direito a ser aplicado, calcule seu montante e defina possíveis penalidades a que se submeterá o contribuinte se optar pelo não pagamento: é o procedimento de lançamento do crédito tributário.

O lançamento, por sua vez, é um procedimento administrativo posterior à obrigação tributária, de forma que, quanto a essa, tem cunho meramente declaratório: declara sua

existência prévia. Todavia, trata-se de procedimento verdadeiramente importante quanto à obrigação tributária, na medida em que, apesar de não criá-la, formaliza o débito e o torna exigível.

Mas, quanto ao crédito tributário, é verdadeira constituição: o lançamento constitui o crédito tributário, de forma que define formalmente os seus contornos. É pensamento corroborado pelo Superior Tribunal de Justiça, para quem “o crédito tributário não surge com o fato gerador, mas é constituído pelo lançamento”⁸².

Por isso se diz que o lançamento tem natureza mista, na medida em que tem natureza constitutiva quanto ao crédito e declaratória quanto à obrigação. Todavia, é de se apontar a discussão doutrinária em relação ao lançamento como ato administrativo ou procedimento administrativo. Parece prevalecer a conclusão que sobressai pela leitura do art. 142, a de que é um procedimento.

Um procedimento é, segundo Ricardo Alexandre, um “conjunto de atos sistematicamente organizados para a produção de um resultado”⁸³. Não há como entender o lançamento por um único e isolado ato, até pela necessidade de conferir ao contribuinte o contraditório e ampla defesa na fase administrativa de constituição.

Diante da correlação apontada entre crédito tributário e obrigação tributária, pode-se pensar pela subordinação de uma à outra. Mas, o art. 140 do CTN indica a autonomia da obrigação perante o crédito, de forma que vício no lançamento não lhe contamina – o lançamento, portanto, poderá ser refeito. É de se trazer o artigo:

Art. 140. As circunstâncias que modificam o crédito tributário, sua extensão ou seus efeitos, ou as garantias ou os privilégios a ele atribuídos, ou que excluem sua exigibilidade não afetam a obrigação tributária que lhe deu origem.

Ato contínuo, o lançamento se perfectibiliza pela sua notificação ao sujeito passivo. Mas, deve-se entender que o lançamento não é autoexecutório, apesar de exigível – caso não haja o pagamento, caberá à Administração se socorrer da execução fiscal (o instrumento de cobrança judicial à sua disposição, por excelência).

Nos termos do CTN, compete privativamente à autoridade administrativa o lançamento, sendo a autoridade referida definida pela lei de cada Ente Federativo. E, tendo

82 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª. Turma, REsp 250.306/DF, rel. Min. Garcia Vieira, j. 06.06.2000, DJU OI.08.2000, p. 208

83 ALEXANDRE, Ricardo. Direito tributário. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2017. P. 434.

em vista o caráter exclusivo, trata-se de competência indelegável e até mesmo impossível de avocação.

Nessa toada, nem mesmo o juiz pode lançar ou mesmo corrigir o lançamento, cabendo-lhe, tão somente, declarar eventual nulidade. Fica, nesse caso, à cargo da autoridade administrativa competente constituir novamente o crédito.

O lançamento é atividade vinculada e obrigatória, não deixando margem de discricionariedade à autoridade, tendo em vista, inclusive, a máxima da indisponibilidade do interesse público, que há de nortear o Administrador no trato da coisa pública.

Quanto ao procedimento do lançamento, a doutrina determina a existência de aspectos materiais e formais. Os primeiros são aqueles que dizem respeito à obrigação tributária em si, como o fato gerador, contribuinte, base de cálculo e alíquota. Já os aspectos formais, como é de se esperar, mais dizem respeito ao procedimento em si.

Essa distinção se faz muito importante na medida em que os aspectos materiais obedecem a legislação em vigor quando da materialização da hipótese de incidência no mundo dos fatos – a da ocorrência do fato gerador – ainda que essa seja modificada ou revogada no ínterim até a constituição. Por tal feita, se diz que o lançamento tem efeitos retroativos, ou *ex tunc*.

Quanto aos aspectos formais, por sua vez, a legislação a ser aplicada será a vigente à época do lançamento, sendo isso que se conclui pela correta leitura do art. 144, §1º, do CTN:

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

§ 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica aos impostos lançados por períodos certos de tempo, desde que a respectiva lei fixe expressamente a data em que o fato gerador se considera ocorrido.

Como se percebe, o §2º cria uma exceção à regra em questão: é que, as regras não se aplicam aos impostos lançados por períodos certos de tempo, como notadamente o são o Imposto sobre Veículos Automotores e o Imposto Predial Territorial Urbano, caso a lei fixe expressamente a data em que o fato gerador se considera ocorrido.

Conforme aqui explicado, a o lançamento se perfectibiliza com a notificação prévia do sujeito passivo. O que, inclusive, dá azo a uma divisão no procedimento do lançamento em fase oficiosa, que se encerra exatamente com essa notificação, e fase contenciosa, sendo, em verdade uma possibilidade: é instaurada com a impugnação, que não necessariamente ocorrerá.

É de se apontar a súmula 622 do STJ, segundo a qual:

Súmula 622 do STJ: A notificação do auto de infração faz cessar a contagem da decadência para a constituição do crédito tributário; exaurida a instância administrativa com o decurso do prazo para a impugnação ou com a notificação de seu julgamento definitivo e esgotado o prazo concedido pela Administração para o pagamento voluntário, inicia-se o prazo prescricional para a cobrança judicial.

Até essa notificação ocorrer, há a reversibilidade absoluta do lançamento: esse pode ser alterado pela autoridade para corrigir informações ou valores.

Ocorrida a notificação, a situação altera. Passa-se à regra da vedação da alteração do lançamento, presumindo-se ser esse definitivo. A doutrina, inclusive, aponta pela existência de um princípio da imutabilidade do lançamento, sendo, todavia, relativo, na medida em que o CTN expressa situações em que o lançamento poderá sofrer alteração, nos termos do art. 149. É mister a leitura:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

I - quando a lei assim o determine;

II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;

III - quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade;

IV - quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;

V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;

VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

VIII - quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;

IX - quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.

Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública.

Vale salientar que tanto na impugnação do sujeito passivo ou no recurso voluntário (que equivaleria ao instituto da remessa necessária do Código de Processo Civil), poderá ocorrer a *reformatio in pejus*, ou reforma do julgamento para pior. A impugnação, portanto, requer fria análise da parte interessada de seu custo-benefício, eis que pode implicar aumento do valor devido aos cofres públicos.

Todavia, a impugnação se trata da consubstanciação da garantia constitucional ao contraditório e ampla defesa aos litigantes em processo administrativo.

Vale salientar que o STJ entende pela nulidade do lançamento cuja notificação é irregular por não abrir prazo para impugnação do sujeito passivo, sendo imperioso trazer o referido julgado, dado impacto de sua decisão.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TAXA DE SERVIÇO METROLÓGICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. NOTIFICAÇÃO IRREGULAR. AUSÊNCIA DE PRAZO PARA IMPUGNAÇÃO. NULIDADE DO LANÇAMENTO. DESRESPEITO

AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. A regularidade do lançamento tributário é uma garantia do contribuinte e constitui condição de eficácia do ato praticado pela administração, figurando, em verdade, como pressuposto para a exigibilidade do crédito. Notificação que não traz prazo para impugnação mostra-se irregular e viola o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, acarretando a nulidade do lançamento do crédito tributário.

Agravo regimental improvido⁸⁴.

No trâmite do lançamento, o recurso voluntário se dá quando, havendo impugnação do sujeito passivo, a autoridade competente para julgar concorda com os argumentos aduzidos pelo sujeito passivo, de forma a desconstituir o crédito, o que pode ocorrer parcialmente.

Isso é possível tendo em vista o princípio da autotutela, que determina a capacidade da Administração de rever seus atos por si só, dispensando a iniciativa da parte interessada e, para além, a atuação do Poder Judiciário. Mas, vai além de uma mera possibilidade, sendo um verdadeiro poder-dever, na medida em que, se há vício no ato, a Administração mais que pode, deve revê-lo.

Assim, há plena possibilidade da autoridade administrativa, ao observar ilegalidade no procedimento de lançamento, dar início, de ofício, à correspondente alteração, sem sujeição à provocação do sujeito passivo. Os vícios a ensejarem nova análise da autoridade são os elencados no art. 149, supratranscrito.

Importante mencionar que há sujeição a prazo para essa reanálise: a do prazo decadencial do Fisco para constituir o crédito tributário, de forma a garantir a estabilidade das relações jurídicas, sobremaneira importante para a segurança jurídica – pilar do no nosso ordenamento jurídico.

Disposição relevante é a do art. 146, também do CTN:

Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento, somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.227.676/PR, SEGUNDA TURMA, Rel. Min. Cesar Asfora Rocha, julgado em 17.05.2012.

Trata-se da vedação à aplicação retroativa de modificação do lançamento com base em “erro de direito” – nas palavras do código, o termo direito designaria os critérios jurídicos. Segundo Ricardo Alexandre, “a nomenclatura tradicional não é adequada, pois o dito ‘erro de direito’ não é, necessariamente erro”⁸⁵.

Para entendermos o porquê, há de se visualizar que há uma norma plúrima, que permite diversas interpretações, e a autoridade, quando do lançamento, escolheu uma delas na formalização e isso deverá ser imutável em relação àquele procedimento. É que, nas hipóteses previstas pelo CTN, não há situação parecida que legitimasse essa revisão aqui debatida.

É cediço o peso do princípio da não surpresa em matéria tributária que não se poderia admitir que mudança de critério jurídico adotado pelo Fisco tivesse eficácia retroativa, daí porque só se pode falar da aplicação a casos futuros.

Esse é o entendimento do STJ, para quem:

TRIBUTÁRIO. IPI. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. CLASSIFICAÇÃO TARIFÁRIA. AUTUAÇÃO POSTERIOR. REVISÃO DE LANÇAMENTO POR ERRO DE DIREITO. SÚMULA 227/TRF. PRECEDENTES. - Aceitando o Fisco a classificação feita pelo importador no momento do desembarço alfandegário ao produto importado, a alteração posterior constitui-se em mudança de critério jurídico vedado pelo CTN. - Ratio essendi da Súmula 227/TRF no sentido de que “a mudança de critério jurídico adotado pelo fisco não autoriza a revisão do lançamento”. - Incabível o lançamento suplementar motivado por erro de direito. - Recurso improvido⁸⁶.

O STJ, inclusive, quando da manutenção dos critérios jurídicos adotados pela autoridade, invocou o princípio da proteção à confiança. É que o sujeito passivo há de supor a regularidade e correção do procedimento administrativo de lançamento, não sendo aceitável que esse seja surpreendido com alteração posterior por parte da autoridade. É uma espécie de leitura a contrario sensu da presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos – a Administração há de suportar a confiança que o particular nela deposita corretamente.

⁸⁵ ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário. 13. ed. rev. atual. e aum. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 482

⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 412.904/SC, PRIMEIRA TURMA, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 07.05.2002.

Por sua vez, o “erro de fato” é capaz de alterar o lançamento tributário. Isso porque se trata de situação em que houve incorreto enquadramento de circunstâncias objetivas da hipótese de incidência que não demandam alguma atividade hermenêutica – isso porque da norma só se pode extrair um sentido, não há margem para interpretação, não haverá grandes discussões sobre possíveis erros interpretativos.

Esse é o entendimento da Corte Cidadã, sendo mister trazer a tese fixada:

A retificação de dados cadastrais do imóvel, após a constituição do crédito tributário, autoriza a revisão do lançamento pela autoridade administrativa (desde que não extinto o direito potestativo da Fazenda Pública pelo decurso do prazo decadencial), quando decorrer da apreciação de fato não conhecido por ocasião do lançamento anterior, ex vi do disposto no artigo 149, inciso VIII, do CTN (Recurso Repetitivo - Tema 387)87

Para melhor entendimento, é de se exemplificar: o erro de fato seria o caso de uma venda em que houve a venda de 200 unidades de um produto, incidindo o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS).

Todavia, quando do lançamento, foi feito como se tivesse ocorrido a comercialização de apenas 150. Logo, houve um equívoco quanto aos pressupostos objetivos, em que a modificação do lançamento é medida que se impõe, sob pena de enriquecimento ilícito do particular em detrimento do Erário. Deverá ocorrer dentro do prazo previsto para o Fisco, eis que, apesar de justificar a mudança, não justifica a sua ocorrência a qualquer momento. Até porque a Fazenda detém prazo para promover essa constituição suplementar de ofício.

1.1 Formas de Constituição

Conforme construído, o crédito tributário é constituído pelo lançamento. Esse procedimento pode ocorrer de três formas distintas, cabendo à lei do Ente respectivo determinar qual ocorrerá no caso concreto. São três as modalidades: de ofício, por declaração e por homologação. Há, ainda, o lançamento por arbitramento.

Urge salientar que a classificação leva em consideração o sujeito passivo, na medida em que a variação entre os tipos será feita tendo em vista a maior ou menor participação desse no trâmite do lançamento.

87 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.130.545/RJ, PRIMEIRA SEÇÃO, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09/08/2010

1.1.1 De ofício

O lançamento de ofício, também chamado de lançamento direto, é aquele em que quase não há participação do sujeito passivo. Em outras palavras, a autoridade administrativa procede ao lançamento, sem qualquer intervenção relevante do devedor, isso em decorrência do dever legal de constituir o crédito a permitir a sua cobrança.

Para isso, o Fisco se vale de informações e dados que já estão disponíveis para ele, e esses são suficientes para identificar todos os atos que integram o procedimento do lançamento segundo o CTN em seu art. 142, cujo teor é de se colacionar:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Urge salientar que os casos em que o lançamento é feito de ofício são os do art. 149, mencionado anteriormente. E o diploma legal vai além dos casos em que a lei, originariamente, determina a competência para lançamento de ofício pela autoridade.

É que o lançamento de ofício inclui a revisão, a correção de erros, dos demais tipos, que possam contaminar o lançamento tributário, ainda que feito originariamente de outro tipo. Isso nos permite concluir que qualquer o tributo, independente de qual seja a modalidade de seu lançamento originário, admite o lançamento de ofício.

Conforme já dito, nos casos de revisão, haverá de ser observado o prazo decadencial de que dispõe a Administração para lançar o tributo, sob pena de não mais poder reaver eventual diferença pecuniária pela estabilidade da relação jurídica.

1.1.2 Por declaração

Por sua vez, o lançamento por declaração, ou misto, é aquele em que há alguma participação relevante do sujeito passivo da obrigação tributária. Trata-se do caso em que deverá ser prestada uma declaração com a matéria de fato indispensável ao lançamento do tributo.

A declaração a ser prestada decorre de um dever previsto na legislação tributária, e pode ser atribuída ao sujeito passivo da obrigação ou até a um terceiro, que deverá colaborar com a Administração. Daí porque se tem como misto: ao mesmo tempo em que há participação efetiva do sujeito passivo, ou terceiro, há uma correspondente atuação da autoridade administrativa para lançar.

Essa declaração, tanto em relação à elaboração quanto à entrega ao Fisco, corresponde ao que se entende por obrigação acessória, na medida em que, nas palavras do CTN, tem por objeto as prestações, nesse caso positivas, previstas em legislação no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

É de se salientar que essa abrange, tão somente a matéria fática indispensável à cobrança, sendo isso que melhor a caracteriza, até para não haver confusão com a modalidade a ser explicada logo mais. Ou seja, segue com a autoridade administrativa o dever de efetuar a subsunção dos fatos à norma para proceder à constituição.

Após a entrega da declaração, o CTN admite que o contribuinte proceda à sua retificação por sua própria iniciativa, ainda que com objetivo de reduzir ou mesmo excluir tributo, quando seja comprovado o erro que embasa a retificação, bem como que ocorra antes de notificado o lançamento (eis que haveria a constituição do crédito). Ou seja, é ônus do contribuinte, responsável ou terceiro comprovar o erro contido na declaração originária.

Nesse ponto, é de se apontar que há casos em que a legislação abre um leque de possibilidades de tributação ao sujeito passivo. Quando da declaração, por vezes, há uma escolha a ser feita. Daí porque se faz necessária a prova do erro. Não teria como ser admitida uma retificação tão somente porque o contribuinte viu que fez uma escolha que não lhe trouxe benefícios, sendo, em realidade, mais onerosa.

Todavia, havendo erros não corrigidos pelo contribuinte, a autoridade administrativa competente para o lançamento pode constatá-los e retificá-los de ofício. Inclusive é de se apontar que, notificado o lançamento não mais se admite que haja retificação para diminuir ou excluir tributo, mas para aumentar pode.

Inclusive, nesse ponto, é mister apontar a melhor jurisprudência do STJ que afirma pela possibilidade de impugnação do sujeito passivo mesmo em se tratando de lançamento por declaração prestada por ele mesmo.

TRIBUTÁRIO - LANÇAMENTO COM BASE NA DECLARAÇÃO DO CONTRIBUINTE - ERRO - IMPUGNAÇÃO - POSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DA REGRA DE QUE ONDE A LEI NÃO DISTINGUE NÃO CABE AO INTÉRPRETE DISTINGUIR. - O CTN prevê a possibilidade de

impugnação, mesmo do lançamento com base na declaração efetuada pelo contribuinte, posto que, além de tratar-se de ato administrativo, o dispositivo de regência não faz referência a que tipo de lançamento pode ser alvo de impugnação, ou não, não podendo o intérprete distinguir onde a lei não distingue, como pontifica avelhantado brocardo jurídico. - Destarte, se o lançamento notificado pode ser alterado pelo sujeito passivo, é evidente que conspira em favor da interpretação teleológica das regras do sistema a possibilidade de o sujeito passivo antecipar-se. - Num sistema tributário em que se admite a "denúncia espontânea", revela-se incompatível vedar-se a retificação *ex officio* do autolancamento, acaso engendrado "tempestivamente". - Recurso desprovido⁸⁸.

A consideração é importante porque, segundo Ricardo Alexandre⁸⁹, a Fazenda Pública firmava a impossibilidade de impugnação do contribuinte na espécie de lançamento aqui delineado ante o fato da base de dados a ser utilizada ser prestada pelo próprio devedor. Em face do princípio da legalidade, não há como prosperar essa afirmação fazendária, de forma que pode haver a impugnação.

Relevante questão é a do lançamento por arbitramento, que se insere no âmbito dos tributos com lançamento por declaração. Apesar de vozes na doutrina enquadrarem o lançamento por arbitramento como modalidade de lançamento, prevalece na maior parte dos estudiosos que se trata de uma técnica de definição da base de cálculo a fim de possibilitar um lançamento de ofício. Posicionamento adotado pelo Código Tributário Nacional, sem necessidade de muito esforço hermenêutico.

É o que se dá nos casos em que a autoridade administrativa deverá fazer uma suposição, que terá que atender à máxima da razoabilidade e proporcionalidade, do valor a ser utilizado como base de cálculo. Aplica-se à situação em que há omissão ou incorreção na declaração prestada, instando à autoridade que deflagre um procedimento administrativo para que se possa aferir o melhor valor a ser utilizado, que corresponda à realidade, afinal, trata-se um valor a ser arbitrado, mas não de maneira arbitrária, e sim correlacionada ao mundo dos fatos.

É o que preconiza o art. 148 do CTN:

88 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 396.875/PR, PRIMEIRA TURMA, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 23.04.2002, DJ 25.05.2002, p. 136.

89 ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário. 13. ed. rev. atual. e aum. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 491.

Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

Assim, o lançamento por arbitramento se dá quando o valor da base de cálculo a ser utilizada não tenha correspondência exata ao valor do objeto da cobrança tributária, sendo fixado pelo administrador, que, deverá, por sua vez, se pautar em pesquisas de mercado para tal – não se poderia tolerar que seja uma fixação numérica qualquer.

Nesse sentido, o STJ já foi instado a se manifestar sobre pautas fiscais. O termo diz respeito a documentos em que a Administração definia previa e aleatoriamente preços regulares de alguns objetos de tributação, a fim de serem utilizados quando tivesse que definir a base de cálculo por arbitramento.

Nesse sentido, o STJ sumulou o entendimento majoritário, em sua súmula de nº. 431, cujo teor afirma pela ilegalidade cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal.

Mas, alguns temperamentos se fazem necessários. É que o que foi considerado ilegítimo pela Corte foi a utilização dessas pautas como uma presunção absoluta de valor, sem aceitar qualquer outro montante indicado pelos sujeitos passivos.

Essa forma de presunção acaba por esvaziar o instituto do arbitramento, eis que ao não aceitar outros valores, aplicar-se-á para além dos casos previstos no CTN, que são exaustivos – ou seja, será aplicado o regime fora das permissões da lei.

Da leitura à *contrario sensu* do artigo de regência, extrai-se a óbvia conclusão: para utilização do arbitramento, deverá o administrador analisar o valor adotado pelo contribuinte: se merecem fé, ou não, ou se omissos.

O procedimento instaurado para fins de arbitramento deverá assegurar ao sujeito passivo às máximas constitucionais da ampla defesa e contraditório, sendo isso que mais o diferencia de uma modalidade de lançamento. Ora, se modalidade de lançamento tão somente, seria como o lançamento de ofício, cuja impugnação é póstuma.

No caso em comento, se instaura um procedimento administrativo, para fins de definição da base de cálculo, para, concluindo a autoridade se tratar de caso com

necessária complementação, fazer-se um lançamento de ofício complementar num tributo sujeito ao lançamento por declaração.

Insta salientar que, ao final do procedimento instaurado para fins de arbitramento, pode a autoridade simplesmente concordar com o contribuinte e não arbitrar suplementação pecuniária a ser paga.

Por fim, não se pode haver utilização dessa técnica como modo de punir o contribuinte – não há natureza punitiva. Seria o caso do contribuinte que não menciona de modo expresso o valor de um objeto, cujo valor exato é plenamente identificável, e o Fisco se aproveita disso para fins de arbitramento. Nesse caso, deverá ser aferido o valor preciso do tributo, sem detrimento das penalidades que possam se aplicar pela ausência de escrita fiscal regular.

1.1.3 Por homologação

Também chamado de autolançamento, é a modalidade, segundo o art. 150 do CTN, em que compete ao sujeito passivo, que pode ser contribuinte ou responsável, o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa.

Por sua vez, a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa caso esteja de acordo com o que se prevê na legislação de regência. Tem-se que o referido ato ainda está nas mãos da autoridade fazendária, eis que apenas e considera completa quando da homologação do pagamento realizado – é o que faz o lançamento em tela não ser uma exceção à regra supramencionada de competência privativa da autoridade para lançar.

Com a homologação, por sua vez, temos a concordância do Fisco, que, é de se supor, atesta correção. É por isso que o art. 150, §1º, do CTN fala que o pagamento antecipado no trâmite do lançamento por homologação apenas extingue o pagamento, mas com condição resolutória da homologação ulterior.

Segundo a maior doutrina, há uma imprecisão do código. É que condição resolutória é aquela cujo advento desfaz algo, não sendo o caso da homologação. Todavia, o que pode vir a resolver, no caso, é a não homologação – eis que tornará o crédito novamente exigível, na medida em que poderá a autoridade, ao discordar do *quantum* pago pelo sujeito passivo, lançar de ofício a diferença incidente ao caso, através do lançamento de ofício suplementar.

Assim, diz-se resolutória porque opera efeitos desde o pagamento, mas, apenas caso esse não seja homologado, extinguem-se seus efeitos. Se homologado, considera-se extinto o crédito tributário (e não o pagamento) e tornando o lançamento definitivo.

É de se trazer à baila o teor do artigo 150 do CTN, eis que muito elucida o assunto:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

O §2º afirma a definitividade da extinção apenas com a efetiva homologação: tanto é que atos anteriores à homologação em nada influenciam a obrigação tributária. É que, para que a homologação surta o efeito desejado, a obrigação tributária deve se manter inalterada até sua ocorrência, até para que seja possível ao Fisco efetuar eventuais lançamentos de ofício suplementares.

A atenuação do §3º é mister para que, os atos do sujeito passivo, apesar de não influenciarem na obrigação tributária, sejam levados em conta para fins de apuração do saldo devido e imposição de penalidades – é que não se pode impedir que o contribuinte realize os atos que entende devidos, como, por exemplo, faça pagamento suplementar.

Não apenas a homologação expressa produz efeitos no ordenamento jurídico pátrio. É que o princípio da segurança legítima não poderia se coadunar com prazo infinito para que a Fazenda efetuasse a homologação. Nesse sentido, temos a previsão do §4º do art. 150 do CTN:

Art. 150. (...) § 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse

prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Da leitura do artigo, percebemos que existem dois tipos de homologação: a expressa, explicada acima, e a tácita, que ocorre quando a Fazenda deixa o prazo para homologação transcorrer *in albis*.

Em que pese a previsão da lei poder fixar um prazo específico, que poderia ser maior ou menor, é de se lembrar que as normas gerais de prescrição tributária ficam a cargo de uma lei complementar de caráter nacional, incluindo, por entendimento da Suprema Corte, a fixação da respectiva duração. O prazo aqui previsto é decadencial, uma vez que, transcorrido seu lapso, a Fazenda perde um direito: o de não homologar o pagamento e realizar eventual lançamento suplementar.

Essa lei complementar de caráter nacional, válida a lembrança, é o Código Tributário Nacional, que, apesar de pré-Constituição de 1988, foi recepcionado por ela com status de lei complementar.

Mas, em atenção ao princípio da boa-fé, entra a parte final do parágrafo: havendo comprovação de dolo, fraude ou simulação do sujeito passivo, não se aplicam as regras do lançamento por homologação. Todavia, a situação se trata de verdadeiro lançamento de ofício a ser realizado, de forma que as normas pertinentes serão aplicadas – não deixa de haver prazo para tal.

Uma situação específica merece atenção: e se não houver antecipação do pagamento por quem de direito? Nesse caso, não há o que se falar em prazo para homologação. Igualmente, haverá um lançamento de ofício, de forma que a contagem do transcurso temporal seguirá as normas pertinentes à modalidade.

Ainda, apontamento apenas elucidativo: o lançamento por homologação, por vezes, inclui uma declaração. A diferença entre essa modalidade e a passada é exatamente que no caso em análise há uma declaração acompanhada do pagamento antecipado, o que não existe na modalidade de lançamento por declaração. Essa, inclusive, se faz necessária para que o Fisco possa acompanhar o entendimento do contribuinte e analise a sua correção. No lançamento por homologação, o contribuinte vai além da modalidade anterior na medida em que também deverá fornecer os fatos necessários à incidência tributária, mas enquadra tais fatos na legislação aplicável e antecipa seu pagamento.

Uma última observação que se faz necessária é o caso do contribuinte que deposita em juízo um valor relativo a um débito tributário para questioná-lo. Segundo o STJ, nesse

caso, dispensa-se o Fisco do dever de lançar o tributo, considerando-o lançado pelo depósito integral feito – não há indispensabilidade do ato formal de lançamento por parte da autoridade administrativa. Há uma equiparação à homologação tácita, inclusive, a inércia do Fisco⁹⁰.

1.2 Escolha da modalidade como vetor da autonomia federativa

Os Entes Federativos (leia-se União, Estados, Distrito Federal e Municípios) são pessoas jurídicas de direito público interno, e apenas autônomos. Todavia, entre eles, não há qualquer relação de hierarquia ou subordinação, de forma que as suas atuações são simplesmente de coordenação ou cooperação, tudo isso, inclusive, para consolidar, harmonizar e equilibrar o pacto federativo.

Essa dita autonomia é um poder decisório que a pessoa tem, dentro da margem de atuação conferida pela CF, de se auto-organizar – não se trata de autonomia incondicionada ou ilimitada juridicamente, eis que deve obedecer a critérios, regras e princípios estabelecidos no parâmetro constitucional.

A autonomia pressupõe *algumas capacidades*. Em primeiro lugar, temos a auto-organização, que diz respeito à possibilidade de edição, pelos Entes, de suas próprias normas, denotando a autolegislação. Dentre outras leis a serem produzidas, os Estados, editam suas Constituições Estaduais; o Distrito Federal elabora sua Lei Orgânica (que, segundo o STF “possui o mesmo status jurídico ostentado pelas Constituições Estaduais”⁹¹); e os Municípios elaboram suas Leis Orgânicas de acordo com a CF e a CE do Estado em que inserido.

O autogoverno diz respeito à capacidade dos Entes para elegerem seus próprios governantes, enquanto a autoadministração refere-se à distribuição de competências administrativas feita pela CF, cujo critério adotado foi o da predominância do interesse.

Nessa senda, a competência dos Entes Federativos para instituição de cada um dos tributos existentes em nosso ordenamento se dá pela Constituição Federal de maneira expressa.

Não há, em nosso ordenamento jurídico, qualquer norma que determine, necessariamente, o modo de constituição dos tributos. Assim, ficou a cargo de cada Ente,

90 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp 1037202/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2009, DJe 21/08/2009)

91 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1167/DF, TRIBUNAL PLENO, Relator(a): DIAS TOFFOLI, julgado em 19/11/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 02-10-2019 – Informativo nº 768.

tendo em vista a sua autonomia tributária, definir o modo de lançamento dos tributos cuja arrecadação que lhe cabem.

Haverá aplicação, quando da escolha de cada Ente, do princípio da praticabilidade tributária – que corresponde às técnicas de criação e a correspondente aplicação das normas tributárias pelo Estado com vistas a obter a máxima eficiência procedimental – tornar o mais fácil e viável a execução da legislação tributária.

Trocando em miúdos, é possível que determinado Ente faça prever em sua legislação local o lançamento a ser realizado em um tributo de sua competência, na modalidade que lhe for mais cômoda, até obedecendo às suas características específicas.

Isso porque, inclusive, a arrecadação tributária é imperiosa à manutenção do Ente, uma vez que essa é, por vezes, a sua maior fonte de renda. A designação da modalidade de homologação por uma lei nacional, por exemplo, acabaria por tolher a autonomia, na medida em que poderia corresponder ao menor lucro do Estado.

É que, ainda que se vise a arrecadação, a sistemática tributária também envolve o dispêndio: isso porque deverá haver contratação de aparato técnico, bem como de funcionários públicos que possam tornar possível essa cobrança. Assim, deverá haver uma detida análise do Fisco de suas peculiaridades.

À título de exemplificação, temos que a sistemática do lançamento de ofício, em que tudo fica à cargo da Administração envolve um maior corpo de funcionários, ao passo que o lançamento por homologação poderá necessitar de menos autoridades: eis que essas deverão, tão somente, averiguar a correção.

O imposto mais famoso do Brasil é o Imposto de Renda, cuja arrecadação cabe à União, cujo lançamento é feito na sistemática da homologação. Imaginemos o que aconteceria se fosse de ofício: haveria uma demora que acabaria por culminar numa diminuição da arrecadação, tendo em vista a vasta população brasileira.

Assim, a escolha da modalidade de lançamento de seus tributos acaba por corroborar a autonomia dos Entes, sendo essa o melhor e mais potente forma de harmonizar o pacto federativo – sem haver predominância de um em detrimento do outro, mas um pacto de cooperação entre eles. É nesse sentido que o STF utiliza a expressão federalismo cooperativo⁹² em muitos de seus julgados.

Considerações Finais

92 STF. Plenário. ADI 6362/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 2/9/2020 (Info 989).

Feita toda essa análise de questões jurisprudenciais, doutrinárias e legais é possível se chegar a algumas conclusões.

Primeiramente, a de que os limites da autonomia dos entes na seara tributária está longe de ter um quadro pré-definido, de forma que há de se analisar situações específicas em que os limites à atuação serão traçados.

Todavia, há de se partir do pressuposto que o modelo de federalismo que funciona em nosso ordenamento, o cooperativo, parte da máxima da gerência mínima de um Ente na esfera do outro, de forma a manter a harmonia, pregando, inclusive, uma atuação conjunta em prol de uma obtenção daquilo que seja do interesse coletivo.

Assim, a constituição do crédito tributário, o procedimento do lançamento, é uma ferramenta de análise da autonomia, na medida em que os Entes estão livres para analisarem suas características intrínsecas e escolherem os métodos, dentre os dispostos no CTN, que mais se adequem às realidades respectivas, bem como as que lhe proporcionem maior arrecadação.

Há de se ver que há uma autonomia dentro de um “quadro”. Concede-se a liberdade de escolha, mas dentre métodos pré-determinados em uma lei complementar nacional, que é o CTN. Isso ajuda a que exista um mínimo de harmonia entre os mais diversos Entes – afinal, o contribuinte está, a um só tempo, sujeito ao pagamento de tributos federais, estaduais e municipais, devendo haver uma mínima similaridade entre o procedimento, até para uma melhor adesão e compreensão.

Dessa forma, os Entes podem escolher o modelo de lançamento, dentre o de ofício, cujo procedimento fica totalmente à cargo da Administração, demandando maior quadro funcional; o por declaração, em que há maior participação do contribuinte, que contribuirá com os fatos indispensáveis ao lançamento; e o por homologação, em que há participação máxima do devedor: que além da matéria fática, haverá de calcular o montante aplicando o direito e antecipando o pagamento. Acaba por demandar um menor número de funcionários.

Todas essas características intrínsecas serão, é fato, levadas em consideração pelo Ente quando da feitura da escolha. Essa autonomia é vital para a arrecadação tributária, eis que possibilitará maior adesão e pagamento para a Fazenda.

Referências

ALEXANDRE, Ricardo. Direito tributário. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2017. P. 434.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª. Turma, REsp 250.306/DF, rel. Min. Garcia Vieira, j. 06.06.2000, DJU OI.08.2000, p. 208

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.227.676/PR, SEGUNDA TURMA, Rel. Min. Cesar Asfora Rocha, julgado em 17.05.2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 412.904/SC, PRIMEIRA TURMA, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 07.05.2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.130.545/RJ, PRIMEIRA SEÇÃO, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09/08/2010

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 396.875/PR, PRIMEIRA TURMA, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 23.04.2002, DJ 25.05.2002, p. 136.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp 1037202/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2009, DJe 21/08/2009)

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1167/DF, TRIBUNAL PLENO, Relator(a): DIAS TOFFOLI, julgado em 19/11/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 02-10-2019 – Informativo nº 768.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL NOS CRIMES VIRTUAIS

CLAUDIO RODRIGUES ARAUJO: Mestre em Teologia e Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do RJ, Bacharel em Direito pela Universidade de Vila Velha, Pós graduando em Ciências Penais e Segurança Pública pela Universidade de Vila Velha; Pós graduando Direito Constitucional e Direito do Consumidor pela Faculdade Legale. Delegado de Polícia Civil do Espírito Santo.⁹³

RESUMO: A Internet vem tendo cada vez mais expansão, bem como o número dos seus usuários. A procura por informações, entretenimento, diversão, relacionamento, dentre outras, tais como pesquisas e atualidades são algumas das principais atividades que são advindas por ela. No entanto, certos usufruidores fazem seu emprego de maneira prejudicial, realizando a prática dos crimes virtuais. O Brasil não é possuinte de uma legislação específica acerca da temática, têm-se alguns artigos e leis que terão abordagem no decorrer do trabalho, mas, de antemão, não possuem suficiência para punir os agentes que cometem os crimes virtuais. Dessa forma, o presente trabalho tem como objetivo identificar como é feita a aplicação do Direito Penal aos crimes virtuais, evidenciando as insuficiências de uma legislação em especificidade acerca da temática, por meio de uma pesquisa bibliográfica comparativa em diversas legislações em vigor. Conclui-se que, o Código Penal do país faz a tipificação de várias atuações que possuem enquadramento no ambiente web, entretanto, possui penas brandas e sem suficiência para a coibição da prática desses atos. Com isso, a ausência de uma legislação em especificidade ao cybercrime faz a intensificação da ideia de que a internet é uma terra sem leis. Por fim, é fundamental produzir uma legislação que venha a versar acerca dos crimes cometidos na internet, sendo que, são comuns e trazem para suas vítimas prejuízos reais. Com isso, tendo conhecimento dos resultados advindos dos crimes virtuais, é preciso fazer a criação de uma lei que não mais permita que a internet tenha utilização de maneira que prejudique seus usuários.

Palavras-chave: Crimes Virtuais. Direito Penal. Internet.

ANALYSIS OF THE APPLICATION OF CRIMINAL LAW IN VIRTUAL CRIMES

⁹³ Email: claudio.araujo2010@hotmail.com.

ABSTRACT: The Internet is increasingly expanding, as well as the number of its users. The search for information, entertainment, fun, relationship, among others, are some of the main activities that are welcomed by it. However, certain connoisseurs do their job in a harmful way, making the practice of virtual crimes. The country does not have legislation in specificity on the subject, there are some articles and laws that will have an approach in the course of the work, but beforehand, do not have the sufficiency to punish the agents who commit the virtual crimes. Thus, the present work aims to identify how criminal law is used to virtual crimes, evidencing the shortcomings of legislation in specificity on the subject. It is concluded that the Penal Code of the country makes the typification of several actions that have framing in the web environment, however, has mild penalties and without sufficiency for the inhibition of agents who commit cybercrimes. Thus, the present work aims to identify how criminal law is used to virtual crimes, evidencing the shortcomings of legislation in specificity on the subject. It is concluded that the Penal Code of the country makes the typification of several actions that have a framework in the web environment, however, has mild penalties and without sufficiency for the inhibition of the practice of these acts. With this, the absence of legislation specific to cybercrime intensifies the idea that the internet is a land without laws. Finally, it is essential to produce legislation that will deal with the crimes committed on the Internet, and are common and bring to their victims real damages. With this, knowing the results arising from virtual crimes, it is necessary to make the creation of a law that no longer allows the Internet to have use in a way that harms its users.

Keywords: Virtual Crimes. Criminal Law. Internet.

1 INTRODUÇÃO

A Internet vem tendo cada vez mais expansão, bem como o número dos seus usuários. Os prováveis fatores que acabam impulsionando esse aumento são a evolução da tecnologia e a acessibilidade dos computadores e dispositivos móveis para acessar a internet.

Essa rede tem conceituação como sendo o maior sistema de comunicação do mundo, por causa dos diversos recursos que acabam apresentando para a facilitação da vida dos seus adeptos. A procura por informações, entretenimento, diversão, relacionamento são algumas das principais atividades que são advindas por ela. No entanto, certos usufruidores fazem seu emprego de maneira prejudicial, fazendo a prática dos crimes virtuais.

Diversas alterações foram tendo ocorrência na sociedade no aspecto tecnológico e, na mesma medida, o número de vítimas dos crimes virtuais só tem aumento no mundo todo. Percebe-se, com isso, que existe uma enorme dificuldade para o ordenamento

jurídico fazer a resolução desses conflitos por causa da vasta proporção que a internet tornou pelo mundo, o que ocasionou diversas alterações, que não foram acompanhadas de forma devida pela legislação do país, fazendo com que o jurista, dentro do possível, fizesse o enquadramento das novas condutas lesivas nos tipos penais que já existiam, sendo que, as legislações existentes e o controle das autoridades não têm tanta eficiência quanto parece ter.

O país não é possuínte de uma legislação em especificidade acerca da temática, tem-se alguns artigos e leis que terão abordagem no decorrer do trabalho; mas, de antemão, não possuem suficiência para punir os agentes que cometem os crimes virtuais.

Assim, o presente trabalho tem a seguinte questão-problema: como é feita a aplicação do Direito Penal aos crimes virtuais, evidenciando as insuficiências de uma legislação em especificidade acerca da temática?

Dessa forma, o presente trabalho tem como objetivo identificar a resposta a esta questão-problema.

Para tanto, foi utilizada a pesquisa bibliográfica, na qual se buscou investigar o maior número de conhecimento técnico à disposição nessa área e em posicionamento sobre o tema. A pesquisa bibliográfica consiste no exame da bibliografia, para o levantamento e análise do que já foi produzido sobre o assunto que foi assumido como tema de pesquisa científica (RUIZ, 1992).

2 O AMBIENTE VIRTUAL E O DIREITO PENAL

2.1 Os Perigos da Internet

O modo em que as pessoas começaram a se comunicar e buscar informações mudou muito, principalmente ao que diz respeito à velocidade dessa comunicação. Existe certa facilidade em invadir a segurança da internet e volta em meio nos deparamos com problemas causados por este tipo de fraudes em sistemas como de empresas, bancos e órgãos públicos (MITNICK E KEVIN, 2006).

[...] grosso modo, a segurança na web pode ser dividida em três partes. Primeiro como os objetos e os recursos são nomeados com segurança? Em segundo lugar, como é possível estabelecer conexões seguras e autênticas? Terceiro o que acontece quando a *Web* site envia a um cliente um fragmento de código executável? (MITNIK E KEVIN, 2006, p.82).

Todos os dias, tem-se acesso a notícias praticamente em tempo real, e o mesmo acontece com conversas on-line, seja através somente de textos como também com o

auxílio da *webcam*. Na internet, temos acesso a praticamente tudo: informação imediata, você tem a liberdade de percorrer caminhos diferenciados na internet; a princípio, com segurança realizam-se pesquisas, exploram-se conteúdos, acessam-se sites de relacionamentos a trabalho, entre outras tantas atividades que a internet oferece (MITNICK e KEVIN, 2006).

O aumento de uso da internet e de suas facilidades pelas empresas é uma prática constante que traz benefícios para o desempenho de suas atividades diárias, em que se destacam o acesso imediato a informação e a rapidez na comunicação e umas dessas facilidades que se destaca é a utilização do e-mail e navegação da internet, mais com a utilização inadequada dessas facilidades pode-se deixar as organizações vulneráveis (SHEMA, 2003).

Organizações com acesso corporativo a internet sempre se vem com situações de riscos pela falta de limites nos percursos web. O uso da Internet e de suas facilidades para esses fins pode gerar significativo impacto sobre os negócios e a reputação das empresas, com reflexo direto sobre os clientes e os resultados financeiros (SHEMA, 2003).

Adicionalmente, a utilização indevida ou inadequada da Internet e de suas facilidades poder trazer problemas jurídicos para as empresas. Aos usuários que possuem computadores em sua residência podemos dizer que correm riscos ainda maiores. Encontram-se vários tipos de vírus, nenhum computador está a salvo do novo método de ameaça de vírus que são *softwares* maliciosos com objetivo de destruir ou obter informação (STARLINGS, 2003).

As grandes organizações estão trabalhando muito para tornar o acesso à internet mais segura, mais esse termo não existe 100% de segurança, o que existe é a possibilidade de aumentar a segurança contratando profissionais capacitados e investindo na segurança (STARLINGS, 2003).

2.2 Os Crimes Virtuais

Em primeiro momento, é fundamental ter conhecimento da diferença entre hackers e cracker. Hacker possui um conhecimento avançado em computação e internet, utilizado este conhecimento em favor da justiça, trabalhando juntamente com a polícia no combate desta rede de criminosos virtuais. Já os crackers, estes sim são as pessoas com responsabilidade pelos crimes com prática na rede partindo da internet. Os repórteres de emissoras de televisão noticiam estes fatos errados, pontuam que o hacker é o causador do dano, assim fica como se o hacker fosse a pessoa malvada da história (VIANA E MACHADO, 2013).

Com a grande disseminação dos computadores e do acesso à internet, acabaram surgindo crimes e criminosos com especialização na linguagem da informática, com proliferação por todo o mundo. Esses crimes são denominados crimes virtuais, digitais, informáticos, telemáticos, dentre outros (CRUZ E RODRIGUES, 2018).

Para definição do crime virtual, apresenta-se alguns conceitos de grandes estudiosos.

Damásio e Milagre (2016, p. 48) explicam que “crime informático é um fenômeno inerente às transformações tecnológicas que a sociedade experimenta e que influenciaram diretamente no direito penal”. Logo, considera-se, neste estudo, crime virtual ou informático, aquele perpetrado por via eletrônica seja por invasão através de rede ou extração de dados de equipamentos telemáticos ou fonográficos sem autorização ou consentimento da vítima.

Para Vicente Greco Filho (2000), os crimes virtuais se subdividem em condutas criminosas que utilizam a rede mundial de computadores como um meio, para a prática desses crimes e os atos ilícitos que atentam contra a Internet, como um bem jurídico:

Focalizando-se a Internet, há dois pontos de vista a considerar: crimes ou ações que merecem incriminação praticados por meio da internet e crimes ou ações que merecem incriminação praticados contra a Internet, enquanto bem jurídico autônomo. Quanto ao primeiro, cabe observar que os tipos penais, no que concerne à sua estrutura, podem ser crimes de resultado de conduta livre, crimes de resultado de conduta vinculada, crimes de mera conduta ou formais (sem querer discutir se existe distinção entre estes) e crimes de conduta com fim específico, sem prejuízo da inclusão eventual de elementos normativos. Nos crimes de resultado de conduta livre, à lei importa apenas o evento modificador da natureza, com, por exemplo, o homicídio. O crime, no caso, é provocador o resultado morte, qualquer que tenha sido o meio ou a ação que o causou. (GRECO FILHO, 2000, p. 95).

Para Colli (2010), os crimes cometidos nesse ambiente possuem caracterização pela falta física de agente ativo, por esse motivo, acabaram ficando de forma usual com definição como crimes virtuais, isto é, os delitos com prática partindo da internet possuem denominação de crimes virtuais, por causa da falta física dos seus autores e asseclas.

Para Viana e Machado (2014), a conceituação de delito informático pode ter tralhado como uma conduta típica e ilícita, que constitui crime ou contravenção, doloso ou

de culpa, comissiva ou de omissão, por prática por pessoa física ou jurídica, com a utilização da informática no ambiente de rede ou fora dele, ofendendo de forma direta ou não a segurança informática, que possui por elementos a integridade, disponibilidade e confidencialidade.

Os chamados delitos informáticos, de acordo com Viana e Machado (2014), aborda crimes e contravenções penais, o que alcança não apenas as condutas com prática no contexto da internet, mas total conduta na qual existe relacionamento com sistemas informáticos. Isto é, uma fraude na qual o computador tem utilização como ferramenta de crime, fora da internet, também seria alcançada pelo que teve denominação delitos informáticos. Mas, delito informático é gênero, de onde delito telemático é espécie, dada a peculiaridade de ocorrência no e partindo inter-relacionamento perante os computadores em rede telemática utilizados na prática delitiva.

Cruz e Rodrigues (2018) faz apresentação de um conceito bem amplo da criminalidade informática, pontuando que tem conhecimento por criminalidade informática o recente fenômeno histórico-sócio-cultural com caracterização devido à alta incidência dos ilícitos penais, que possuem como objeto material ou meio de execução o objeto tecnológico informático.

Já Cassanti (2014) faz descrição do crime informático como um ato de lesão cometido partindo de um computador ou de um periférico na intenção de obtenção de uma vantagem indevida.

Segundo o autor, crimes ou ação praticados por meio da internet ou contra a internet merecem ser observados e distinguidos para não haver aplicação de sanções majoradas ou diminuídas quando imputadas ao agente causador do ilícito penal.

De acordo com Santaella (2013) e Moreira (2009), a nanotecnologia empregada em certos dispositivos informáticos reduz cada vez mais o seu tamanho, tornando-os cada vez mais portáteis e fáceis de utilizar em qualquer ambiente; com isso, facilitando o acesso a redes de internet, muitas vezes não seguras, aumentando os riscos de ataques cibernéticos. Com isso, o objeto que veio para nos auxiliar, tornar o nosso dia a dia mais simplificado, acaba significativamente, trazendo problemas imensuráveis para a vida das pessoas.

2.3 Características e Classificação dos Crimes Virtuais

Os crimes de informática são aqueles perpetrados através dos computadores, contra eles, ou através deles. A maioria dos crimes praticados através da internet é por meio de computador ou similares conectados a grande rede (JESUS; MILAGRE, 2016).

Leonardi (2012) e Soares (2012) evidenciam que os crimes digitais podem ser conceituados como às condutas de acesso não autorizado a sistemas informáticos ou não, ações destrutivas nesses sistemas, a interceptação de comunicações, modificações de dados, infrações a direitos autorais, incitação ao ódio e discriminação, escárnio religioso, divulgação de pornografia infantil, terrorismo, entre outros.

As denominações quanto aos crimes praticados em ambiente virtual são diversas, não há um consenso sobre a melhor denominação para os delitos que se relacionam com a tecnologia, crimes de computação, delitos de informática, abuso de computador, fraude informática, enfim, os conceitos ainda não abarcam todos os crimes ligados à tecnologia, e, portanto, deve-se ficar atento quando se conceitua determinado crime, tendo em vista que existem muitas situações complexas no ambiente virtual, até porque o Código Penal Brasileiro só tipifica dois crimes virtuais que são invasão de dispositivos informáticos e interrupção de serviço telemático, os demais são considerados crimes comuns cometidos com auxílio da web (LEONARDI, 202).

Entende-se que as denominações dos delitos devem ser feitas de acordo com o bem jurídico protegido, conforme diz Leonardi (2012), o autor deixa claro que somente através da ação humana é que é possível o cometimento de crime.

Ao analisar um crime como sendo de informática, faz-se necessário uma análise inicial, primeiramente, para verificar se é um cybercrime ou não, depois aplicar o tipo penal correspondente, tendo em vista o bem jurídico tutelado, que é a prática de delitos cometida através da internet que pode ser enquadrada no Código Penal Brasileiro (SANCHES E ANGELO, 2017).

Tratando-se de crime de invasão de dispositivo informático como delito permanente, o art. 158 do Código de Processo Penal evidencia e explicita sua formatação, não obstante, esclarece que realmente é: "...indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo suprimi-lo a confissão do acusado".

Mediante representação da vítima, instaura-se inquérito policial para averiguação dos fatos narrados. Havendo provas concretas e, após identificação do autor do delito, procede-se representação em juízo para punições cabíveis (SANCHES E ANGELO, 2017).

2.4 Aplicação do Direito Penal aos Crimes Virtuais

As expansões das novas tecnologias fizeram ganhar importância a criação de legislação relacionada em coibir os atos ilícitos com prática partindo do meio virtual. Essa legislação não é bem vista por diversos, por ter representação como acúmulo sem utilidade à tipificação penal. Entretanto, foi percebido que havia a necessidade de atualização da norma penal para que os crimes virtuais não fugissem do controle (OLIVEIRA, 2013).

Na falta de legislações específicas para esses crimes, os tribunais do país enfrentam e punem internautas que fazem o uso da internet como instrumento da prática de crimes. A maior parte dos magistrados considera que aproximadamente 95% dos delitos cometidos de forma eletrônica já possuem tipificação no Código Penal, por caracterizar crimes comuns com prática partindo da internet (OLIVEIRA et al. 2017).

Para esses 5%, a internet não é uma área nova de atuação, mas somente um novo caminho para realizar delitos já com prática no mundo real, e basta somente que as leis tenham adaptação para os crimes virtuais. E é isso que a justiça vem fazendo, adaptando e empregando diversos dispositivos no Código Penal para combater o crime digital (OLIVEIRA et al. 2017).

A listagem é enorme: insultar a honra de uma pessoa; espalhar boatos na internet sobre pessoas; insultar pessoas levando em consideração suas características ou fazer a utilização de apelidos grosseiros; fazer a ameaça a alguém; fazer o uso de dados da conta bancária de outra pessoa para desviar ou sacar dinheiro; fazer comentários em chats, e-mails e outros de maneira negativa acerca de raças, religiões e etnias; realizar o envio, troca de fotos de crianças nuas (LIMA, 2014).

Em relação a legislações em especificidade, as que possuem mais aplicação são: utilizar logomarca da empresa sem autorização do titular, no todo ou em parte, ou imitá-la de maneira que seja possível a indução à confusão (crime contra a propriedade industrial art. 195 da Lei nº 9279/1996), monitoração sem aviso de forma prévia (interceptação de comunicações de informática art. 10 da Lei nº 9.296/1996) e fazer o uso de cópia de software sem licença (crimes contra software pirataria art. 12 da Lei nº 9.609/1998) (OLIVEIRA et al. 2017).

O Supremo Tribunal de Justiça (STJ), como guardião e agente de uniformização da legislação infraconstitucional, vem fazendo a consolidação da aplicação desses dispositivos em vários julgados. Nos casos voltados a pedofilia, por exemplo, o STJ já acabou firmando o entendimento que, esses crimes e a divulgação de pornografia infantil partindo da internet possuem descrição no art. 241 da Lei nº 8.069/1990, e com previsão em convenção internacional da qual o país é signatário. Além do mais, a corte chegou à conclusão, por si só, que enviar fotos de pornografia partindo da internet já é constituinte de crime. Baseado no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), os ministros da 5ª Turma do STJ acabaram cassando um habeas-corpus com concessão partindo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ), que fazia a determinação do trancamento de uma ação penal perante argumentação de que o ECA fazia a definição como crime somente a "publicação" e não apenas "divulgação" de imagens de sexo explícito ou pornografias de crianças ou adolescentes (FERREIRA, 2005).

No ano de 2011, uma onda de ataques de crackers a sites oficiais do governo e empresas públicas fizeram diversos sites ficar fora do ar de forma temporário. Esse acontecimento realizou influências para a criação da Lei 12.737/2012.

De acordo com Wendt e Jorge (2012), esse tipo de ação poderá possuir conotações de emulação, apresentando destaque ao grupo a que pertence, ou de ciberativista, no objetivo de defesa de convicções religiosas, filosóficas ou políticas.

Independentemente das conotações, fato é de que, essas ações delitivas reinflamaram as discussões sobre a necessidade de imposição de limites penais às condutas com prática pelo ambiente virtual. Nesse contexto, o PL 84/1999 (Lei 12.737/2012) teve denominação de AI-5 digital pela acusação de promoção da censura e obrigação de reter logs ou IPs (endereço do computador na internet) por 3 anos pelos provedores. Por oportuno, um projeto de lei opcional acabou sendo trazido pela bancada governista, a saber, o PL 2.793/2011, no intuito da não criminalização do acesso à internet (OLIVEIRA, 2013).

Entretanto, o que acabou determinando a aprovação desses institutos foi a publicação das fotos íntimas da atriz Carolina Dieckmann. De acordo com Oliveira (2013) e Sanches e Angelo (2017), a conta de e-mail da vítima foi hackeada, de maneira que os invasores tiveram acesso aos seus dados. As imagens tiveram publicação nos sites de pornografia. A atriz, bem como na Lei Maria da Penha, acabou cedendo seu nome à lei nº 12.737/2012, trazendo modificações ao Código Penal do país, ordenando sobre a tipificação criminal dos crimes informáticos (SANCHES E ANGELO, 2017).

A Lei Carolina Dieckman acabou trazendo modificações no Código Penal, fazendo o acréscimo dos arts. 154-A e 154-B, originando o tipo penal "Invasão de dispositivo informático". O bem jurídico, com amparo por esses artigos, é a inviolabilidade dos dados informáticos. É buscada a preservação da privacidade e da intimidade, constadas no art. 5º da Constituição. O sujeito ativo é qualquer pessoa que não tem licença para acessar as informações. Já o passivo é qualquer indivíduo, podendo esse ser físico ou jurídico, proprietário dos dados computacionais (SANCHES E ANGELO, 2017).

A Lei 12.735/2012, de forma inicial, com projeção para ser extravagante, teve alteração somente para modificar os diplomas legais que já existiam. É possuínte da seguinte emenda: "Altera o Decreto-Lei nº 2.848/1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 1.001/1969 - Código Penal Militar, e a Lei nº 7.715/1989, para tipificação das condutas com realização partindo utilização de sistema eletrônico, digital ou similares, que tenham prática contra sistemas informatizados e similares; e dá outras providências" (BRASIL, 2012).

Segundo Oliveira (2013), a criação dessa normativa possui como grande influência a impossibilidade de proteger bens da vida, maculados pelos crimes virtuais, partindo de uma legislação dos anos 40, ano da criação do Código Penal.

Por conseguinte, a Lei 12.737/2012 acabou trazendo a mesma ideia da Lei 12.735, isso é, a legislação penal que já existia teria suficiência para o combate dos crimes virtuais. Traz a seguinte ementa: "Dispõe acerca da tipificação criminal de delitos informáticos; modifica o decreto-lei nº 2.838/1940 - Código Penal; e dá outras providências (BRASIL, 2012).

Entretanto, uma das grades críticas sobre a Lei 12.735/2012 apresenta-se no sujeito ativo, sendo que, é atípica a conduta do indivíduo que faz a invasão do aparelho computacional próprio para a obtenção de dados de outrem que lá estejam, por exemplo, numa Lan House, o proprietário não cometerá crime caso acesse as informações do locador do computador. Com isso, existe uma falha na lei, sendo que, quem cometeu o crime precisa ter punição, não devendo importar quem que o praticou. Uma outra lacuna é encontrada nos mecanismos de segurança, sendo que, um usuário sem experiência que não faz a utilização de aparatos de segurança, como é caso do antivírus ou senhas de acesso, não terá amparos pelos artigos, sendo o crime atípico (SANCHES E ANGELO, 2017).

Num outro caso, a Turma acabou mantendo a condenação de um publicitário que teve participação e filmou cenas eróticas que envolviam crianças e adolescentes. Ele teve denúncia pelo Ministério Público de Rondônia baseado no art. 241 do ECA, nos arts. 71 e 29 do Código Penal e por corrupção de menores (Lei nº 2.252/1954: é constituinte crime, com punição com pena de reclusão de 1 a 4 anos e multa, corromper ou facilitar a corrupção de indivíduo menor de 18 anos, com ela praticando, infração penal ou induzindo-a a fazer sua prática) (SANCHES E ANGELO, 2018).

Casos relacionados a furto e estelionato virtual também já tiveram enquadramento pela Corte. A 3ª Seção do STJ acabou consolidando o entendimento de que, a apropriação dos valores de conta corrente partindo de transferência bancária com fraude utilizando a internet sem consentimento do correntista tem configuração de furto qualificado por fraude, sendo que, nesses casos, a fraude tem utilização para burlar o sistema de proteção e vigilância do banco perante os valores com mantimento em sua guarda. Também chegou a decisão de que, a competência para julgamento deste tipo de crime é do juízo do local da consumação do delito de furto, que é dado no local onde o bem tem subtração da vítima (MAUES et al. 2018).

Numa outra decisão, relatada pelo ministro Felix Fischer, a 5ª Turma do STJ fez definição de forma clara que, mesmo em ambiente virtuais, o furto subtrai para si ou para outro, coisa alheia móvel (art. 155 do Código Penal) partindo de fraude não tem confusão

com o estelionato, obter para si ou para outro vantagem ilícita, em prejuízo alheio, com indução ou manter alguém em erro, partindo de artifício, ardil, ou outra forma fraudulenta (art. 171 do Código Penal), sendo que, no furto, a fraude tem utilização para burlar a vigilância da vítima, e no estelionato, o intuito é a obtenção de consentimento da vítima e iludi-la para que entregue de forma voluntária o bem (SANCHES E ANGELO, 2018).

Numa ação com envolvimento, os determinados crimes contra a honra com prática partindo da internet, o desembargador Carlos Fernando Mathias de Souza acabou mantendo a decisão da Justiça do estado do Rio Grande do Sul que fez a condenação de um indivíduo ao pagamento à ex-namorada de indenização por danos morais com o valor de R\$ 30 mil, por ter feito a divulgação pela internet de mensagens chamando-a de garota de programa. No caso, a moça fez alegações de que, depois das falsas publicações de e-mails que continham seus dados pessoais juntamente a uma fotografia de mulher em posições eróticas, ficou constrangida ao receber diversos convites para programas sexuais (MAUES et al., 2018).

Ainda relacionado com esses crimes, a 4ª Turma do STJ acabou determinado que o site Yahoo! Brasil fizesse a retirada do ar as páginas com conteúdos inverídicos acerca de uma mulher que ofertava programas sexuais. A empresa fez alegações de que, o presente site teve criação partindo de um usuário com o uso de um serviço com oferta pela controladora americana Yahoo Inc, assim, caberia a essa empresa cumprir a determinação judicial. O ministro Fernando Gonçalves fez sustentação de que, a Yahoo! Brasil é pertencente ao mesmo grupo econômico e tem apresentação aos consumidores fazendo o uso do mesmo logotipo da empresa americana, e no acesso ao endereço trazido nos motivos do recurso como Yahoo! Inc, é aberto, na verdade, a página do Yahoo! Brasil. Com isso, chegou à conclusão de que, o consumidor não faz a distinção, de forma nítida, das divisas perante as duas empresas (MAUES et al. 2018).

A 3ª Turma chegou a decisão de que, ações indenizatórias por danos morais poderão ter ajuizamento em nome do proprietário da organização vitimada de mensagens de difamação em comunidades do site de relacionamentos Orkut. O tribunal levou em consideração legítima a ação com proposição partindo de um empresário do estado de Minas Gerais contra dois indivíduos que difamaram seu negócio de criar avestruzes, causando-lhe diversos prejuízos. De acordo com a ministra Nancy Andrichi, as mensagens com divulgação não foram apenas consideradas ofensivas ao empresário e seu filho, mas também ao seu comércio de aves (SANCHES E ANGELO, 2018).

Fazendo a aplicação das disposições do Código Penal, o STJ vem fazendo a negação de habeas-corpus para aqueles que possuem acusação e condenação por várias modalidades de crimes eletrônicos. Dentre diversos casos com julgamento, a Corte acabou mantendo a prisão do cracker Otávio Oliveira Bandetini, com condenação a dez anos e onze meses de reclusão pela retirada de forma irregular aproximadamente R\$ 2 milhões

de contas bancários de terceiros partindo da internet; fez negação do relaxamento da prisão preventiva de um tatuador com denúncia pela divulgação de fotos de pornografia de crianças e de adolescentes na internet; de uma pessoa acusada presa em operação que envolvia a Polícia Federal pela participação de um esquema para furto de contas bancárias; de um cracker que foi preso por furto mediante fraude, formar quadrilha, violar sigilo bancários e interceptação telemática ilegal; e de um técnico em informática de Santa Catarina com acusação a manipulação de e-mail para a incriminação dos colegas de trabalho (MAUES et al. 2018).

O Tribunal também acabou enfrentando questões relacionadas com a falta de fronteiras físicas no determinado ciberespaço, no entendimento de que, caso o crime possuísse efeitos em âmbito nacional, seria preciso fazer a aplicação da lei do Brasil. Em um caso, uma pessoa acusada de pedofilia fez alegações de que as fotos pornográficas que envolviam crianças e adolescentes tinham sido obtidas no sítio da internet do Kazaa, um software internacional para armazenar e compartilhar arquivos eletrônicos com sede fora do país, e que por isso a justiça brasileira não seria a competente. A Corte teve entendimento de que, como o resultado e execução tiveram ocorrência em âmbito nacional, o fato dos arquivos terem tido obtenção no Kazaa, teria irrelevância para a ação (MAUES et al. 2018).

É inegável que o advento da Internet impactou diretamente a maneira em que ocorrem as relações sociais no mundo moderno. Como consequência disso, vimos surgir implicações na esfera do Direito. Foi então constatada a necessidade de se criar um instrumento legislativo, no ordenamento jurídico brasileiro, específico para regular os conflitos ocorridos no ambiente digital pertinentes aos assuntos que interessam às ciências jurídicas. Necessidade essa que tange várias disciplinas encontradas nas subdivisões do estudo do Direito como direito penal, civil, consumerista e constitucional (LEAL, 2015).

São exemplos dessa diversidade de assuntos relevantes as interações na internet temas como a responsabilidade, tanto civil como penal, dos usuários e provedores, proteção e segurança nas relações de consumo, exercícios da liberdade de expressão e direito de informação.

De Lucca et al. (2015) se utiliza, na sua obra, de dados e números levantados por pesquisas do governo brasileiro para ressaltar a importância do tema. Segundo dados levantados na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – (PNAD), que foi promovida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil possuía sessenta e oito milhões de usuários conectados na internet no ano de 2009, ano que a lei do Marco Civil teve seu projeto apresentado na Câmara dos Deputados.

Outra pesquisa recente revelou que o Brasil é quarto país do mundo em número de usuários de internet em 2017, ficando atrás apenas de Estados Unidos, Índia e China. Segundo dados da União Internacional de Telecomunicações (UIT), o país tem 59% de usuários conectados, totalizando o número de aproximadamente cento e vinte milhões de brasileiros que se utilizam desse meio de comunicação e interação (REVISTA EXAME, 2017).

O autor Paulo De Lucca et al. (2015), usa o conceito de “Era da Imagem”, referindo-se aos meios de comunicação da sociedade moderna, dizendo que esses são meios de alta potência, invasivos e com destinatários que integram uma sociedade massificada, a qual perdeu a capacidade de abstração e reflexão, estando assim fragilizada por consequência. Situação que torna imperiosa a necessidade da normatização desses meios por parte do Estado, principalmente da internet e de seus efeitos no âmbito individual.

A Origem do texto de lei se deu em um debate público ocorrido no ano de 2009, promovido pelo Ministério da Justiça, juntamente com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas. Foram recebidas contribuições da comunidade civil organizada, do setor empresarial, acadêmicos, técnicos especialistas e também de cidadãos comuns engajados a participar da discussão.

De Lucca et al. (2015) citam que, justamente por essa participação tão ampla de vários setores da sociedade é que o anteprojeto de Lei foi tão inovador em comparação ao processo legislativo tradicional no Brasil. A colaboração entre governo e sociedade visou buscar a elaboração de um sistema de dispositivos legais que atendesse as demandas que o ambiente digital parecia necessitar.

Leal (2015) cita também que um dos motivos que colocaram o tema em evidência no legislativo brasileiro foi um evento ocorrido em 2013, que foi a revelação de que o governo brasileiro teria sido vítima de espionagem do serviço de inteligência americano, fazendo assim com que as autoridades brasileiras passassem a tratar o assunto com mais relevância, colocando como urgente a necessidade a criação de dispositivos legais que versassem a respeito do ambiente digital.

Havia também, na época, conforme o site da Câmara Legislativa, um projeto de lei, de autoria do deputado Eduardo Azeredo, que tinha por finalidade criar um rol de condutas específicas na internet sujeitas a sanções penais.

Segundo Leal (2015), esse momento foi crucial para o surgimento do Marco Civil. Cita o autor que a ideia formulada a época, em 2007, era de que o Brasil precisava, na verdade, de um Marco Regulatório, e não de uma lei criminal; assim, primeiramente deveriam ser assegurados os direitos fundamentais dentro da rede, através de uma lei civil.

Assim, após uma consulta pública de duas fases, teve ingresso no Congresso Nacional no ano de 2011, o Projeto de Lei nº 2.126/2011. Sua aprovação na Câmara dos Deputados ocorreu em 25 de março de 2014 e no Senado em 22 de abril de 2014. Após 3 anos do início do projeto de lei, em 23 de abril de 2014, foi sancionada pela presidente Dilma Rousseff em 23 de abril de 2014 e publicada no Diário Oficial no dia seguinte a Lei nº 12.965/14, conhecida como o Marco Civil da Internet Brasileira.

Não sendo unanimidade dentro do meio jurídico, foram e são feitas várias críticas até hoje a respeito do Marco Civil da Internet. Alguns autores defendem que era desnecessário e não trouxe inovação para o ordenamento jurídico nacional no sentido prático, além de não ter sido efetivo em encerrar o debate sobre a regulamentação das interações na internet.

É justo também dizer que, possivelmente, a legislação sempre estará defasada em relação ao surgimento de novas tecnologias, tendo em vista a velocidade que essas duas áreas evoluem. Sendo assim, sempre haverá um campo em que o direito deverá avançar quando se tratar de novos métodos de interação social ou avanço tecnológico.

Dito isso, deve-se também atentar que é fato que a Lei nº 12.965/14 trouxe um rol de dispositivos legais que tem profundo impacto nas relações virtuais e no âmbito do Direito Digital brasileiro. A partir de sua vigência, foi delimitada uma série de direitos e deveres referentes a usuários e prestadores de serviços que atuam no ambiente virtual, sendo que, agora, passam a estar sob jurisdição de legislação específica.

Com a promulgação do Marco Civil da Internet, pode ser estabelecida como um grande avanço na postura governamental em busca da regulamentação dos atos da sociedade civil praticados no meio digital. O estabelecimento de direitos e deveres cibernéticos, ainda que tardio, porque levou-se anos para que o Estado reagisse e desse os primeiros passos para normatizar e tipificar tais delitos, é importante conhecer para poder combater dos crimes virtuais, uma vez que, através dessas normas, poderá ser vislumbrado com mais facilidade, o que está sendo violado, estabelecendo assim as condutas ilícitas (SOUZA, 2019).

Dessa forma, há relação deste texto normativo com o direito penal, haja vista que, ao se buscar a proteção dos dados pessoais e cadastrais no meio digital, está automaticamente dificultando a prática de crimes, como, por exemplo, a obtenção e a transferência ilegal de dados. Uma inovação considerável também trazida pelo Marco Civil é a responsabilização civil, administrativa e criminal dos provedores de Internet, as quais são independentes e cumulativas (SOUZA, 2019).

Há também a previsão da obrigatoriedade de os provedores estabelecerem políticas de adequação, objetivando a proteção dos dados pessoais dos usuários, a liberdade de expressão, a neutralidade da rede e ao cumprimento de determinações dos órgãos estatais (MACHADO, 2014).

A Leis 12.735 e 12.737 tiveram o intuito do preenchimento das lacunas legislativas que impediam tipificar os atos ilícitos com prática pelos meios digitais. Com isso, foi desejado cumprir os princípios norteadores do Direito Penal, o da legalidade e proibição da analogia. Possuíram como foco a proteção da informação. Entretanto, é preciso a criação de mecanismos em especificidade para combater os crimes virtuais. O mundo virtual ainda percebe um vazio de normas, contribuindo para a falta de punição estatal.

3. CONCLUSÃO

Como foi possível ver, a facilidade para acessar a internet, o número de usufruidores do ambiente web tem crescimento de maneira intensiva, conseqüentemente, as mesmas proporções possuem surgimento aos cybercrimes.

Dentre os crimes que possuem ocorrência com maior frequência no Brasil, apresentam-se os crimes contra a honra, divulgação de fotos sem autorização e a pedofilia e pornografia infantil. As pessoas responsáveis por cometerem esses atos ilícitos não acabam sendo responsabilizados a proporção das suas condutas. Os sujeitos passivos que acabam sofrendo consequência além da área virtual, diversas vezes, atingem sua vida íntima, trazendo complicações que podem perdurar por longo tempo.

O Código Penal do país faz a tipificação de várias atuações que possuem enquadramento no ambiente web; entretanto, possui penas brandas e sem suficiência para a coibição da prática desses atos. Existe também a lei Carolina Dickman, que alterou o Código Penal, inserindo artigos em seu corpo. Mas, mesmo da especificação das condutas com prática na web, acaba trazendo dúvidas interpretações e punições plácidas para os criminosos. Com isso, a ausência de uma legislação em especificidade ao cybercrime faz a intensificação da ideia de que a internet é uma terra sem lei.

Por fim, é fundamental produzir uma legislação que venha a versar acerca dos crimes cometidos na internet, sendo que esses crimes são comuns e trazem para suas vítimas prejuízos reais. A punição proporcional é uma maneira de fazer o controle da prática desses delitos, sendo que, ao ter conhecimento que poderá responder de maneira penosa, o cracker, ou ainda um indivíduo comum, acabará se policiando em seus atos. Com isso, tendo conhecimento dos resultados advindos dos crimes virtuais, é preciso fazer a criação de uma lei que não mais permita que a internet tenha utilização de maneira que prejudique seus usuários.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 12.735 de 30 de novembro de 2012. Altera o **Decreto-Lei nº 2,848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal**, o **Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar**, e a **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**, para tipificar condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, que sejam praticadas contra sistemas informatizados e similares; e dá outras providências.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12735.htm> Acesso em: 08 Jan. 2021.

BRASIL. Lei 12.737 de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 -**

Código Penal; e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm> Acesso em: 09 Jan. 2021.

CASSANTI, Moisés de Oliveira. **Crimes Virtuais, Vítimas reais.** Rio de Janeiro: Brasport, 2014.

COLLI, Maciel. **Cibercrimes: Limites e Perspectivas à Investigação Policial de Crimes Cibernéticos.** Curitiba: Juruá Editora, 2010.

CRUZ, Diego; RODRIGUES, Juliana. **Crimes cibernéticos e a falsa sensação de impunidade.** Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito, 13 ed. Janeiro, 2018.

DAMÁSIO, José Antonio. **Manual de Crimes Informáticos.** – São Paulo: Saraiva, 2016.

DE LUCCA, Newton. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords). **Direito & Internet III –Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014).**

Tomo I. .São Paulo: Quartier Latin, 2015.

FERREIRA, Ivette Senise. **Direito e internet:** Aspectos Jurídicos Relevantes. 2d. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GRECO, Vicente Filho. **Algumas observações sobre o direito penal e a internet.** Boletim IBCCRIM, v. 8, p. 3, 2000.

JESUS, Damásio de. MILAGRE, José Antonio. **Manual de Crimes Informáticos.** – São Paulo: Saraiva, 2016.

LEAL, Luziane de Figueiredo Simão. **Crimes Contra os Direitos de Personalidade Na Internet – Violações e Reparações de Direitos Fundamentais nas Redes Sociais**. Curitiba. Editora Juruá, 2015.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e Privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Simão Prado. **Crimes virtuais: uma análise da eficácia da legislação brasileira e o desafio do direito penal na atualidade**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 128, set 2014.

MACHADO, Felipe. **Marco Civil traz efeitos na apuração criminal, mas pode invadir privacidade**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-14/felipe-machado-marco-civil-traz-efeitos-apuracao-criminal>> Acesso em: 06 Jan. 2021.

MAUES, G. B. K.; DUARTE, K. C.; CARDOSO, W. R. S. **Crimes virtuais: uma análise sobre a adequação da legislação penal brasileira**. *Revista Científica da FASETE*, 2018.

MITNICK, A. D., KEVIN, J. Q. **A Arte de Enganar: Ataques de Hackers: Controlando o Fator Humano na Segurança da Informação**. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2006.

MOREIRA, Danilo dos Reis; Dias, Márcio de Souza. **Web 2.0 – a web social**. Artigo publicado na *Revista CEPPG – Nº 20 – 1 – ISSN 1517-8471 – Páginas 196 à 208*. 2009.

OLIVEIRA, B. M.; MATTOS, K. R.; SIQUEIRA, M. S. **Crimes virtuais e a legislação brasileira**. *(Re)ensando Direito*. Ano 7, n. 13, jan./jun., 2017, p. 119-130.

OLIVEIRA, J. C. **O cibercrime e as lei 12.735 e 12.737/2012**. São Cristóvão, 2013.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 4º. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2º tiragem 2011.

REVISTA EXAME. **Brasil é o 4º país em número de usuários de internet**. 2017. Disponível em: <[HTTPS://EXAME.ABRIL.COM.BR/TECNOLOGIA/BRASIL-E-O-4O-PAIS-EM-NUMERO-DE-USUARIOS-DE-INTERNET/](https://exame.abril.com.br/tecnologia/brasil-e-o-4o-pais-em-numero-de-usuarios-de-internet/)>. Acesso em: 03 Jan. 2021.

ROSA, Fabrício. **Crimes de Informática**. Campinas: Bookseller, 2012.

RUIZ, J. A. **Metodologia científica: guia para eficiência nos estudos**. São Paulo (SP): Atlas; 1992.

SANCHES, A. G.; ANGELO, A. E. **Insuficiência das leis em relação aos crimes cibernéticos no Brasil**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66527/insuficiencia-das-leis-em-relacao-aos-crimes-ciberneticos-no-brasil/1>> Acesso em: 03 Jan. 2021.

SANTAELLA, L. **Comunicação ubíqua: repercussões na cultura e na educação**. São Paulo: Paulus, 2013.

SHEMA, M. Hack notes: **Segurança na Web: referência rápida**. Rio de Janeiro: Campus, 2003. 182 p

SOARES, Murilo Cesar. **Os Direitos Na Esfera Pública Mediática: A Imprensa como instrumento da Cidadania**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2012.

SOUZA, Ludimila de Freitas. **Marco civil da internet e os crimes virtuais**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/51965/marco-civil-da-internet-e-os-crimes-virtuais>. Acesso em: 05 Jan. 2021.

STALLINGS, w. **Network Security Essentials: applications and standards**. EUA: Makron Books, 2003. 436 p.

VIANA, Tulio; MACHADO, Felipe. **Crimes informáticos**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

WENDT, E.; JORGE, H. V. N. **Crimes cibernéticos**. São Paulo: Brasport, 2012.

A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DADOS PESSOAIS: UMA BREVE EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E O ATUAL REGIME DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL NO ÂMBITO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS.

BRUNA ATHAYDE BARROS:
Servidora Pública Federal.
Especialização - Pós Graduação.
Universidade de Brasília

RESUMO: Frente ao desenvolvimento tecnológico e ao surgimento de novos riscos e inseguranças, a proteção de dados pessoais é tema que ganha enorme relevância. Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho é delimitar a natureza jurídica da responsabilidade civil prevista na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), a fim de se verificar se a proteção jurídica nela estabelecida é suficiente para a reparação justa e efetiva dos titulares de dados que eventualmente sejam vítimas de irregularidades ocasionadas pelo tratamento indevido de dados pessoais. Quanto à metodologia utilizada para o seu desenvolvimento, utilizou-se preponderantemente da pesquisa bibliográfica, partindo-se de materiais já elaborados, tais como artigos científicos, livros e mesmo pesquisas jurisprudenciais. Conclui-se, ao final, que a LGPD se encontra na contramão dos avanços legislativos em matéria de responsabilidade civil, porquanto estabelece como regra geral a exigência de demonstração de elemento subjetivo por parte do agente causador do dano.

Palavras-chave: LGPD. Dados Pessoais. Responsabilidade Civil. Culpa. Risco.

ABSTRACT: Faced with technological development and the emergence of new risks and insecurities, the protection of personal data is a topic that has gained enormous relevance. In this sense, the objective of the present work is to delimit the legal nature of civil liability provided for in the General Data Protection Law (Law No. of data subjects who may be victims of irregularities caused by the improper treatment of personal data. As for the methodology used for its development, bibliographic research was predominantly used, starting from materials already prepared, such as scientific articles, books and even jurisprudential research. It is concluded, in the end, that the LGPD is in the opposite direction of legislative advances in terms of civil liability, as it establishes as a general rule the requirement to demonstrate a subjective element by the agent causing the damage.

Key-Words: LGPD. Personal Data. Civil responsibility. Fault. Risk.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade atual, apelidada de *sociedade das informações*, é fruto das constantes e quase que instantâneas mudanças tecnológicas ocorridas nos últimos tempos, que tem

transformado significativamente o relacionamento entre as pessoas, entre o comércio e a prestação de serviços.

Ao lado dos diversos pontos positivos trazidos com o advento do desenvolvimento tecnológico, tem-se, também, alguns pontos negativos. O principal deles é, sem dúvida, a vulnerabilidade das informações e de dados individuais, que, além de serem rapidamente coletados, são, não raras vezes, objeto de vazamento e de utilização indevida.

Buscando conter os pontos negativos é que, recentemente, foi sancionada a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), a qual tem como objetivo principal o de regulamentar o vínculo de relações que são estabelecidas entre titulares, controladores e operadores dos dados, buscando notadamente a instituição de um órgão administrativo que regulamente e fiscalize essas questões, bem como a positivação das atribuições de cada agente. Como mecanismos de proteção, estabeleceu, expressamente, determinados dispositivos que visam estabelecer a forma como deve se dar a responsabilidade civil de cada um dos agentes envolvidos no processo de tratamento dos dados.

A LGPD é um marco importante na proteção de dados. O referido diploma estabelece os princípios, os conceitos, os procedimentos, as normas e as punições em matéria de tratamento de dados.

No que tange ao instituto da responsabilidade civil, a LGPD delimita a atribuição e a forma de atuação dos agentes de tratamento de dados, buscando enfrentar problemas que são causados pela exploração dessas novas tecnologias. A lei, contudo, não estabelece expressamente se a responsabilidade civil nela prevista é subjetiva ou objetiva, circunstância que ainda hoje causa intensos debates doutrinários.

Nesse contexto, o objetivo desse trabalho é, a partir da evolução histórica do instituto da responsabilidade civil, delimitar a natureza jurídica da responsabilidade dos agentes de proteção de dados.

Para alcançar o objetivo geral, traçou como objetivos específicos, os seguintes: identificar os conceitos fundamentais da Lei Geral de Proteção de Dados; verificar a legislação nacional no tocante a responsabilidade civil e a proteção de dados; analisar quais limites e especificidades para reparação dos danos pelos agentes de proteção de dados.

Quanto aos procedimentos técnicos utilizados para a produção do trabalho, utilizou-se de recursos da pesquisa bibliográfica. Partiu-se, pois, de materiais já elaborados – em especial livros e artigos científicos –, e, evidentemente, do estudo da legislação e da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

2 O CONCEITO DE DADOS PESSOAIS

De início, a melhor compreensão do tema abordado no presente trabalho cobra que seja realizada, em breve síntese, a análise acerca do conceito de *dados pessoais*.

Em relação ao termo *dado*, tem-se que, de acordo com Doneda⁹⁴, esclarece que essa expressão é utilizada para designar uma informação antes mesmo de ela ser interpretada ou de passar por um processo de elaboração.

Na mesma linha discursiva, Bioni⁹⁵ coloca que os, dados são simplesmente fatos brutos, sendo necessário que passem por mecanismos de processamento e organização a fim de que, aí sim, possam transmitir informações.

A opinião de Laura Mendes⁹⁶ segue, também, a mesma linha: o *dado* diz respeito à uma informação em potencial. O enquadramento de um dado como *informação* somente pode se dar após o seu tratamento adequado.

No que tange ao termo *pessoal*, segundo bem esclarece Danilo Doneda⁹⁷, tem-se que este é utilizado para designar aqueles dados que se relacionam a uma determinada pessoa, isto é, que permitam identificá-la por meio de suas características, ou que apresentem dados sobre manifestações e/ou atos praticados por ela.

Importa, pois, segundo Doneda⁹⁸, que haja um vínculo entre o dado e o titular do dado. Não por outra razão, o autor explica que “os dados pessoais se confundem com a própria pessoa, em diversas circunstâncias presença física deste indivíduo seria até indispensável”.

De todo modo, sob o viés doutrinário, existem duas correntes distintas acerca do conceito de *dado pessoal*. Uma, de tendência expansionista; outra, de tendência reducionista. Para os adeptos da primeira corrente, há um alargamento da qualificação dos dados como sendo pessoais, de modo que é possível que sejam enquadrados dados

94 DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais como direito fundamental. Revista Espaço Jurídico 12/103. Joaçaba: Unoese, 2011.

95 BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

96 MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

97 DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais como direito fundamental. Revista Espaço Jurídico 12/103. Joaçaba: Unoese, 2011.

98 DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais como direito fundamental. Revista Espaço Jurídico 12/103. Joaçaba: Unoese, 2011.

cujos titulares são pessoas identificáveis, mas indeterminadas, ainda que o vínculo existente entre o dado e seu titular seja meramente indireto. Para os adeptos da segunda corrente, por outro lado, para se qualificar o dado como pessoal, é necessário que seu titular seja pessoa específica e que o vínculo entre o dado e o seu titular seja imediato e direto⁹⁹.

O conceito de dados pessoais, para os fins do presente trabalho, se dá com base na tendência expansionista. Abrange, portanto, aqueles dados que apresentem características de determinadas pessoas e que, em consequência, permitam identificá-la; e, além disso, também aqueles que, para além de indicarem atos, indicam e identificam também o modo de agir e o pensamento de determinado indivíduo.

É essa a tendência que se harmoniza com a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/18), consoante se extrai de seu art. 5º, inciso I, que dispõe que dado pessoal é a informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável.

Nesse sentido, salienta que a referida lei conceitua o dado pessoal de maneira ampla, acompanhando a vertente expansionista, sem se prender a um rol taxativo, possibilitando, assim, se qualificar um dado como pessoal sem dependência do seu formato e suporte, quer ele isolado quer ele em união de outro, levando-se em consideração, sempre, a possibilidade de identificação de uma pessoa natural.

Na mesma linha, Caio César Lima¹⁰⁰ explica que os “dados pessoais destoam uma miríade de informações, partindo desde dados cadastrais, até os mais intrínsecos”.

Dada a imensidão da abrangência dos dados pessoais, é de se notar que o próprio legislador, apesar de prever uma conceituação ampla acerca do conteúdo dos dados pessoais, dispõe que é possível que se estabeleça tratamento protetivo diferenciado, a depender da espécie de dado pessoal que se esteja tutelando.

Não por outra razão, de forma exemplificativa, prevê tratamento mais rigoroso em matéria de “dados pessoais sensíveis”.

Os dados pessoais sensíveis são aqueles que aludem a uma pessoa identificada ou identificável e que, quando são conhecidos e processados, podem gerar alguma utilização lesiva ou discriminatória, indicando riscos de grande monta para o titular ou

⁹⁹ BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

¹⁰⁰ LIMA, Caio César Carvalho. Marco Civil da Internet: Garantia da privacidade e dados pessoais à luz do marco civil da internet. Organizadores: George Salomão e Ronaldo Lemos. São Paulo: Atlas, 2014.

mesmo para a coletividade. Por isso, a sua qualificação como *sensível* implica em que recebam tratamento ainda mais restrito e cuidadoso no que tange ao controle sobre seus usos.

A própria Lei Geral de Proteção de Dados os conceitua nos seguintes termos:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

De acordo com Mendes¹⁰¹, essa categoria de dados foi consagrada pelo Convênio 108 e editado pelo Conselho da Europa em 1961, delimitando apenas que poderia ser objeto de uso desses dados, aqueles que tivessem no direito interno espaço resguardando as garantias adequadas para tal.

Como se encontra na consideração n. 51 do *General Data Protection Regulation*, esses dados são assim postos em razão de sua natureza, pois estão relacionados diretamente aos direitos e liberdades fundamentais e, por conseguinte, exigem uma proteção maior.

A proteção e correta categorização dos dados pessoais sensíveis ganha ainda maior relevância na atual realidade tecnológica e informacional. Isso porque, com a rápida disseminação da sociedade em massa, é inviável prever quais eventuais efeitos podem ocasionar de uma utilização indevida de um dado pessoal sensível específico.

Nessa linha, Bioni¹⁰² alerta que há uma relação intrínseca entre a proteção de dados pessoais – especialmente os sensíveis – e o próprio direcionamento da/na vida dos indivíduos. É que a adequada proteção e utilização é tema que deve ser visto como transversal, porquanto atinge os mais variados segmentos sociais da vida de um indivíduo. Confira-se:

101 MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

102 BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

A inserção de dados pessoais do cidadão em bancos de informações tem se constituído em uma das preocupações do Estado moderno, onde o uso da informática e a possibilidade de controle unificado das diversas atividades da pessoa, nas múltiplas situações de vida, permitem o conhecimento de sua conduta pública e privada, até nos mínimos detalhes, podendo chegar à devassa de atos pessoais, invadindo área que deveria ficar restrita à sua intimidade; ao mesmo tempo, o cidadão objeto dessa indiscriminada colheita de informações, muitas vezes, sequer sabe da existência de tal atividade, ou não dispõe de eficazes meios para conhecer o seu resultado, retificá-lo ou cancelá-lo. E assim como o conjunto dessas informações, pode ser usado para fins lícitos, públicos e privados, na prevenção ou repressão de delitos, ou habilitando o particular a celebrar contratos com pleno conhecimento de causa, também pode servir, ao Estado ou ao particular, para alcançar fins contrários à moral ou ao Direito, como instrumento de perseguição política ou opressão econômica. (BIONI, 2011, p.195)

Na sociedade da informação, marca da pós-modernidade, o assunto merece ainda maior atenção.

É que, hoje, as informações são trocadas de forma ininterrupta. A internet se tornou parte do dia-a-dia das pessoas, e ela é, pois, uma ferramenta onipresente, que garante que todo o seu conteúdo seja difundido com maior alcance e menores custos. Essa ampla difusão acarreta, por exemplo, inúmeros problemas em torno da veracidade das informações que são divulgadas.

E mais, ainda, a sociedade da informação, marcada essencialmente por um elevado grau de evolução tecnológica, conta com dispositivos que permitem a identificação de dados pessoais – muitas vezes – em tempo real. É o caso, por exemplo, dos inúmeros aplicativos de *smartphones* que captam e compartilham dados da geolocalização de seus usuários.

Assim, tem-se que a evolução tecnológica faz com que não apenas se aumente o potencial alcance de uma dada informação divulgada, mas, também, que surjam, diariamente, um infinito número de novos dados pessoais de cada indivíduo. Nessa linha, Mendes¹⁰³:

103 MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 33.

Hoje, independentemente de sua profissão e/ou papéis sociais que exerce, os indivíduos têm seus dados processados diuturnamente. Onde a vigilância passa de esporádica a cotidiana. Observa que a utilização massiva de dados pessoais por órgãos estatais e/ou privados, apresenta desafios novos no tocante ao direito à privacidade. A junção de técnicas diversas automatizadas permite que se obtenha informações sensíveis sobre os cidadãos e a criação de perfis virtuais verdadeiros, passam então a fundamentar a tomada decisões econômicas, políticas e sociais.

Essa circunstância confirma, portanto, a relevância da proteção dos dados pessoais – em especial os sensíveis.

3 A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA TUTELA DOS DADOS PESSOAIS

Apesar de não se confundirem, a proteção jurídica dos dados pessoais é, inicialmente, dita como um desdobramento do direito à privacidade. Seu amparo jurídico é, inicialmente, o art. 5º, inciso X, da Constituição Federal e, mais tarde, também o art. 21 do Código Civil, os quais preveem, expressamente, a necessidade de que a vida particular e a intimidade dos indivíduos sejam resguardadas.

Após, dada a tendência à ramificação e à maior especialização da sociedade à luz do surgimento de diversos microssistemas protetivos, sobreveio a necessidade de se assegurar o direito à privacidade, especificamente, em relação a determinados ramos jurídicos, observadas as suas peculiaridades que lhe fossem inerentes. É dizer, a própria realidade passou a exigir que houvesse uma previsão específica e mais detalhada acerca da proteção da vida privada dos indivíduos em relação à determinados segmentos jurídicos.

Foi assim que o Código de Defesa do Consumidor, surgido no ano de 1990, passou a disciplinar expressamente o acesso a dados pessoais e a dados de consumo no âmbito das relações consumeristas. O art. 43 do referido código previu que as pessoas possuem direito a acessar as informações existentes sobre si em cadastros, fichas, registros, além de dados pessoais e de consumo que as marcas têm sobre elas. Ainda, a figura dos bancos de dados – que armazenam dados pessoais – recebeu tratamento detalhado e minucioso no âmbito desta codificação.

Com a rápida evolução tecnológica, viu-se que a tutela genérica acerca da proteção da vida privada e da intimidade não mais se mostravam suficientes para resguardar a segurança do âmbito particular dos indivíduos. A realidade da sociedade informacional trouxe, de um lado, diversos benefícios e, de outro, riscos até então

inimagináveis. Nesse sentido, a propósito, são esclarecedoras as palavras de Rosane Leal Silva e Letícia Brum Silva:

Mas ao lado desse panorama de otimismo e de novas oportunidades também se revelam inéditos problemas e desafios decorrentes do grande fluxo informacional, especialmente quando as informações assumem a forma de dados pessoais e saem do controle do seu titular. Essa situação de vulnerabilidade tanto pode ocorrer quando os dados são espontaneamente disponibilizados nas interações sociais, como ocorre com publicações feitas em sites de redes sociais; nos casos em que são recolhidos pelo fornecedor para permitir a abertura de contas que garantiram o acesso a serviços e produtos ou nas situações de captura indevida por meio de algum programa espião. A pluralidade de formas de recolhimento de informações demonstra a complexidade do tema, pois mesmo o internauta mais cauteloso e com seletivas atuações no ambiente virtual não fica a salvo de sofrer ataques aos seus dados pessoais¹⁰⁴.

Não por outra razão, no ano de 2014 foi editada a Lei n. 12.965/2014, apelidada de Marco Civil da Internet. A referida lei foi pensada como forma de completar as lacunas legais ocasionadas pela evolução tecnológica mundial. Viu-se que, com o advento da internet, as distâncias – até então obstáculos para a disseminação de informações – passaram a ser mais curtas ou até inexistentes; o tempo despendido para a divulgação de informações também se encurtou substancialmente; e, progressivamente, o próprio acesso às notícias e informações foi, também, aumentando.

Especificamente em relação aos dados pessoais, a lei denominada de Marco Civil da Internet já tratava, expressamente, sobre a sua proteção no contexto do uso da internet. Este foi o teor do dispositivo legal:

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

(...)

104 SILVA, Rosane Leal; SILVA, Letícia Brum. A proteção jurídica de dados pessoais na internet: análise comparada do tratamento jurídico do tema na União Europeia e no Brasil. Direito e novas tecnologias. Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e4d8163c7a068b65> Acesso em: 13/08/2022.

II - proteção da privacidade;

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

A referida proteção, contudo, ainda não se mostrava suficiente para resguardar a vida privada dos indivíduos. Além do seu restrito âmbito de aplicação – proteção em relação ao uso da internet –, o referido diploma previu, expressamente, que a proteção dos dados pessoais dependia, ainda, da edição de um outro diploma legal.

Nesse contexto, a exigência da edição de uma lei específica para a proteção dos dados pessoais foi o que motivou a edição da Lei nº 13.709/2018, apelidada de Lei Geral de Proteção de Dados, a qual dispôs, especialmente, sobre a proteção dos dados pessoais e de dados que sejam capazes de viabilizar o reconhecimento de pessoas naturais.

Pouco tempo depois, já no ano de 2020, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a relevância da proteção dos dados pessoais, assentando que a proteção dos dados pessoais já encontrava amparo na Carta da República, com apoio em interpretação judicial. Afirmou a Corte Suprema, ao julgar ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs n. 6387, 6388, 6389 e 6390), que a proteção de dados pessoais possuía inegável status de direito fundamental na Constituição autônomo, estando implicitamente inserido nos incisos X e XII do art. 5º da CRFB/88, que sintetizam a chamada cláusula geral de privacidade. Este foi o resumo do acórdão (Relatora Ministra Rosa Weber, DJe de 12/11/2020):

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REFERENDO. MEDIDA PROVISÓRIA No 954/2020. EMERGENCIA DE SAÚDE PÚBLICA DE IMPORTANCIA INTERNACIONAL DECORRENTE DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19). COMPARTILHAMENTO DE DADOS DOS USUÁRIOS DO SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO E DO SERVIÇO MÓVEL PESSOAL, PELAS EMPRESAS PRESTADORAS, COM O INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. FUMUS BONI JURIS. PERICULUM IN MORA. DEFERIMENTO.

1. Decorrencias dos direitos da personalidade, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa foram positivados, no art. 2º, I e II, da Lei no 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais.

2. Na medida em que relacionados à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, o tratamento e a manipulação de

dados pessoais não de observar os limites delineados pelo âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII), sob pena de lesão a esses direitos. O compartilhamento, com ente público, de dados pessoais custodiados por concessionária de serviço público há de assegurar mecanismos de proteção e segurança desses dados.

3. O Regulamento Sanitário Internacional (RSI 2005) adotado no âmbito da Organização Mundial de Saúde exige, quando essencial o tratamento de dados pessoais para a avaliação e o manejo de um risco para a saúde pública, a garantia de que os dados pessoais manipulados sejam “adequados, relevantes e não excessivos em relação a esse propósito” e “conservados apenas pelo tempo necessário.” (artigo 45, § 2º, alíneas “b” e “d”).

4. Consideradas a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida, não emerge da Medida Provisória no 954/2020, nos moldes em que editada, interesse público legítimo no compartilhamento dos dados pessoais dos usuários dos serviços de telefonia.

5. Ao não definir apropriadamente como e para que serão utilizados os dados coletados, a MP no 954/2020 desatende a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), na dimensão substantiva, por não oferecer condições de avaliação quanto à sua adequação e necessidade, assim entendidas como a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas e sua limitação ao mínimo necessário para alcançar suas finalidades.

6. Ao não apresentar mecanismo técnico ou administrativo apto a proteger, de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida, seja na transmissão, seja no tratamento, o sigilo, a higidez e, quando o caso, o anonimato dos dados pessoais compartilhados, a MP no 954/2020 descumpra as exigências que exsurgem do texto constitucional no tocante à efetiva proteção dos direitos fundamentais dos brasileiros.

7. Mostra-se excessiva a conservação de dados pessoais coletados, pelo ente público, por trinta dias após a decretação do fim da situação de emergência de saúde pública, tempo manifestamente

excedente ao estritamente necessário para o atendimento da sua finalidade declarada.

8. Agrava a ausência de garantias de tratamento adequado e seguro dos dados compartilhados a circunstância de que, embora aprovada, ainda não vigora a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei no 13.709/2018), definidora dos critérios para a responsabilização dos agentes por eventuais danos ocorridos em virtude do tratamento de dados pessoais. O fragilizado ambiente protetivo impõe cuidadoso escrutínio sobre medidas como a implementada na MP no 954/2020.

9. O cenário de urgência decorrente da crise sanitária deflagrada pela pandemia global da COVID-19 e a necessidade de formulação de políticas públicas que demandam dados específicos para o desenho dos diversos quadros de enfrentamento não podem ser invocadas como pretextos para justificar investidas visando ao enfraquecimento de direitos e atropelo de garantias fundamentais consagradas na Constituição.

10. *Fumus boni juris* e *periculum in mora* demonstrados. Deferimento da medida cautelar para suspender a eficácia da Medida Provisória no 954/2020, a fim de prevenir danos irreparáveis à intimidade e ao sigilo da vida privada de mais de uma centena de milhão de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel.

11. Medida cautelar referendada¹⁰⁵.

Não obstante já encarado como verdadeiro direito fundamental em razão de entendimento jurisprudencial, no dia 10 de fevereiro de 2022, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional n. 115/2022, acrescentando ao artigo 5º da Constituição Federal o inciso LXXIX, que prevê, nos termos da lei, "o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais".

Note-se que a referida posituação expressa no texto constitucional trouxe duas consequências relevantes. A primeira, garantiu que a proteção de dados pessoais assumisse o *status* de direito fundamental explícito, assegurando que receba tratamento de cláusula pétrea e seja reconhecido como direito irrenunciável, inalienável, inviolável e essencial à vida digna. A segunda, é que a promulgação da EC 115/2022 evidencia a distinção entre proteção de dados e privacidade, porquanto, se fossem expressões

105 STF. Acórdão em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>. Acesso em 18/8/2022.

sinônimas, não haveria necessidade de positivizar expressamente o direito à proteção de dados pessoais, porquanto o direito à privacidade já contava com previsão expressa no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal.

Assim, o advento da EC 115/2022 fez com que a proteção de dados pessoais passasse a – definitivamente – ser concebida como direito autônomo, e não como simples desdobramento do direito à privacidade, sendo esse último comumente associado ao princípio da inviolabilidade, sobretudo das comunicações.

3.1. A proteção dos Dados Pessoais: um apêndice do direito à privacidade ou um direito autônomo?

Conforme se verificou no tópico acima, o início da história brasileira foi marcado pelo tratamento do direito à proteção de dados pessoais como um apêndice do direito à privacidade.

A discussão mundial em torno da essencialidade de determinados interesses essenciais para a vida humana tem como marco essencial o Pós-Guerra Mundial (1939) e a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948).

No Brasil, já sob a égide do Código Civil de 1916, parcela da doutrina identificava em seus estudos determinados direitos da personalidade. No texto codificado, contudo, não havia qualquer referência em relação à proteção dos direitos da personalidade, porquanto, como se sabe, essa foi justamente uma das principais inovações do Código Civil de 2002¹⁰⁶.

Assim é que, dada a amplitude dos direitos da personalidade, tem-se que, à época, a despeito de não haver uma preocupação excessiva em relação à proteção dos dados pessoais, havia um objetivo comum de todo o ordenamento jurídico, qual seja, o de conformar a proteção da dignidade da pessoa humana¹⁰⁷.

Quando do advento da Constituição Federal de 1988, fora consagrado, agora expressamente e em sede constitucional, o direito à privacidade. Pouco tempo depois, a promulgação do Código Civil de 2002 trouxe, também, a previsão infraconstitucional do direito à privacidade.

¹⁰⁶ BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

¹⁰⁷ MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

Diante desse quadro, o direito à privacidade passou a ser analisado sob dois prismas. O primeiro, relaciona-o ao direito constitucional, de modo que o direito à privacidade é tratado como algo relacionado diretamente aos direitos fundamentais. O segundo, tratando a privacidade como um atributo individual e essencial para a concretização dos direitos da personalidade. Nesse sentido:

Como esses ângulos revelam conteúdos semelhantes e convergentes, que se destinam à promoção e tutela da dignidade da pessoa humana, entendemos que, no tocante à natureza jurídica, o direito à privacidade pode ser enquadrado como um direito fundamental da personalidade humana¹⁰⁸.

No âmbito doutrinário, foi o artigo "*The right to privacy*", de 1890, que marcou o início das discussões sobre o direito à privacidade. No artigo, Warren e Brandeis denunciaram a invasão que diversos aparatos tecnológicos detinham sobre a vida privada dos indivíduos, esclarecendo, ainda, um outro aspecto do direito à privacidade¹⁰⁹. Pela clareza solar das palavras, cita-se:

Em breve retrospecto, a discussão sobre privacidade foi inicialmente trazida ao direito pelos estadunidenses Warren e Brandeis que, no ano de 1890, publicaram artigo sobre o chamado *right to be left alone* (direito de estar só). A construção dos autores era uma resposta à inovação tecnológica, qual seja, a invenção da fotografia, que possibilitava novas formas de invasão da autonomia privada. Acontece que, com o passar dos anos, tal visão passou a ser insuficiente diante das novas formas de coleta e processamento de dados pelo Estado. E era essa a discussão em tela no caso *Olmstead vs United States*, no qual, ainda em 1928, Brandeis denunciou o risco da intromissão estatal sobre as informações pessoais. Como se vê, privacidade, proteção de dados e progresso tecnológico andam lado a lado.

Foi neste contexto que veio a citada decisão alemã, que adicionou a dimensão da *autodeterminação informativa* ao direito à privacidade, retirando a discussão de um âmbito estritamente privado e trazendo uma dimensão objetiva à intimidade. Diante da capacidade inédita de processamento de dados sobre os cidadãos proporcionada pela

108 MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 101.

109 MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

informática, a Corte reconheceu a existência do direito à autodeterminação informacional como forma de garantir, ao cidadão, o direito de, nas lições de Doneda [4], ter controle sobre a amplitude da divulgação ou utilização de aspectos da personalidade por meio de seus dados. Como se vê, há 37 anos, a Alemanha cumpria a missão de atualizar os direitos fundamentais em relação à tecnologia vigente¹¹⁰.

No decorrer do século XX, com o amplo desenvolvimento tecnológico e o surgimento rápido e acelerado da chamada *sociedade da informação*, o direito à privacidade passa a sofrer uma mudança substancial.

Seu conteúdo é ampliado significativamente, de modo que, de um direito que possuía uma dimensão estritamente negativa e conotação quase que narcisista, o direito à privacidade passou a ser considerado como uma garantia de controle do indivíduo sobre as próprias informações e serviu como pressuposto para os regimes democráticos¹¹¹.

Por muito tempo, a proteção jurídica dos direitos da personalidade se deu com base no conteúdo do direito à privacidade. Isso porque, se a privacidade era compreendida como uma projeção da personalidade do indivíduo, então, por consequência, deveria ela ser tutelada pela legislação e pela jurisprudência como um verdadeiro direito fundamental¹¹².

Entendia-se que o bem jurídico tutelado pelo direito à privacidade era duplo: ao mesmo tempo em que protegia a integridade moral das pessoas, levando em consideração o componente como dignidade da pessoa humana, também cuidava de proteger as liberdades em amplo sentido¹¹³.

110 TORRES, Frederico Boghossian; AZEVEDO, Raphaela. STF e o reconhecimento da existência do direito fundamental à proteção de dados. Disponível em: <http://uerjdireitos.com.br/stf-e-o-reconhecimento-da-existencia-do-direito-fundamental-a-protecao-de-dados/>. Acesso em: 13/08/2022.

111 MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

112 MENDES, Laura Schertel. Transparência e privacidade: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2008.

113 MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

O próprio julgado histórico do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a proteção de dados como um direito fundamental – antes do advento da EC 115/2022 -, o fez tratando-o como um apêndice do direito à privacidade. Veja-se:

(...) 6. Quero enfatizar, por fim, que não questiono, em momento algum, a relevância, a seriedade e a legitimidade do trabalho desempenhado pelo IBGE, desde a sua fundação na década de 1930, ao produzir dados e informações estatísticas com reconhecida qualidade técnica. Não estou a afirmar que de modo algum os dados objeto da Medida Provisória no 954/2020 possam ser compartilhados com o IBGE. O que explico, neste juízo perfunctório, é que não se pode fazer de uma forma que não garanta mecanismos de proteção compatíveis com as cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII).

Assim como o exigir que automóveis sejam providos de freios, airbags e espelhos retrovisores não significa criar obstáculos para a indústria automobilística, o exigir que normas que envolvam direitos fundamentais e da personalidade observem requisitos mínimos de adequação constitucional tampouco pode ser lido como embaraço à atividade estatal¹¹⁴.

Entretanto, a amplitude do conteúdo do direito à privacidade não era suficiente para a proteção adequada dos dados pessoais. É o que há muito já alertava Danilo Doneda¹¹⁵:

É justamente neste desenvolvimento como um direito fundamental que percebemos que a necessidade de funcionalização levou ao seu desdobramento - em consonância com boa parte da experiência doutrinária, legislativa e jurisprudencial. Este desdobramento verifica-se, por exemplo, pela forma com que o tema foi tratado na elaboração da recente Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (hoje também integrante do projeto de Tratado Constitucional da União Europeia), cujo art. 7º trata do já tradicional direito ao "respeito pela vida familiar e privada"; ao passo que seu art. 8º é dedicado especificamente à "proteção dos dados pessoais". A

¹¹⁴ STF. Acórdão em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>. Acesso em 18/8/2022.

¹¹⁵ DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 26-27.

Carta, desta forma, reconhece a complexidade dos interesses ligados à privacidade e a disciplina em dois momentos (e artigos) distintos, o primeiro destinado a tutelar o momento individualista de intromissões exteriores; e o segundo para tutela da dinâmica dos dados pessoais em suas várias modalidades - sem que seja fragmentada a sua fundamentação, que é a dignidade do ser humano, matéria do capítulo I da carta que contém os dispositivos mencionados.

Viu-se a necessidade de se tratar o direito à proteção de dados de forma autônoma, porquanto constatou-se que os dados pessoais aparecem como instrumento que permitem ao seu titular desenvolver sua personalidade livremente, indicando um prolongamento individual e uma demonstração de suas relações pessoais e sociais¹¹⁶.

Não por outra razão, o advento da EC n. 115/2022 representou um marco fundamental para a evolução da tutela dos dados pessoais, porquanto foi esse o momento em que – de forma definitiva – o direito à proteção de dados foi desvinculado do direito à privacidade.

Como consequência da alteração constitucional, tem-se, nos dizeres de Ingo Sarlet¹¹⁷:

Mesmo que se pudesse, como já o fizera o STF, reconhecer a proteção de dados como um direito fundamental implícito, daí extraíndo todas as consequências atinentes à tal condição, o fato é que sua positivação formal, em sendo o caso, carrega consigo uma carga positiva adicional, ou seja, agrega (ou, ao menos, assim o deveria) valor positivo substancial em relação ao atual estado da arte no Brasil.

Dentre as razões que aqui poderiam ser colacionadas, que aqui reiteramos (visto que, como boa parte do presente texto, em parte já veiculadas em uma das nossas colunas da ConJur há algum tempo) destacam-se:

116 BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

117 SARLET, Ingo Wolfgang. A EC 115/22 e a proteção de dados pessoais como Direito Fundamental I. Coluna Conjur. Publicado em 11/3/2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-11/direitos-fundamentais-ec-11522-protexao-dados-pessoais-direito-fundamental> . Acesso em: 13/8/2022.

- a despeito das interseções e articulações com outros direitos, fica assegurada à proteção de dados a condição de direito fundamental autônomo, com âmbito de proteção próprio;

- ao direito à proteção de dados passa a ser atribuído de modo inquestionável o pleno regime jurídico-constitucional relativo ao seu perfil de direito fundamental em sentido material e formal já consagradas no texto da CF, bem como na doutrina e na jurisprudência constitucional brasileira, ou seja:

1) como parte integrante da constituição formal, os direitos fundamentais possuem *status* normativo superior em relação a todo o restante do ordenamento jurídico nacional;

2) na condição de direito fundamental, assume a condição de limite material à reforma constitucional, devendo, ademais disso, serem observados os assim chamados limites formais, circunstanciais e temporais, nos termos do artigo 60, parágrafos 1 a 4º, da CF[1];

3) também as normas relativas ao direito à proteção de dados são — nos termos do artigo 5º, o 1º, CF — dotadas de aplicabilidade imediata (direta) e vinculam diretamente todos os atores públicos, bem como — sopesadas as devidas ressalvas — os atores privados.

4) Mediante a redação dada pela EC 115/22, o direito fundamental à proteção de dados pessoais passa a estar submetido a uma expressa reserva legal simples, que empodera o legislador infraconstitucional para efeito de estabelecer intervenções restritivas no âmbito de proteção do direito, implicando, por outro lado, a observância das exigências da reserva de lei, pena de inconstitucionalidade da restrição.

5) O direito fundamental à proteção de dados assume particular relevância, pelo fato da existência de uma série de lacunas regulatórias, posto que a LGPD não contempla os setores da segurança nacional, segurança pública, investigação criminal, execução penal, apenas para citar os mais relevantes. Por tal razão, com o reconhecimento do referido direito fundamental, passa a inexistir uma "zona livre" de proteção dos dados pessoais na ordem jurídica brasileira.

Acrescente-se, outrossim, que, a teor do artigo 5º, §§ 2º e 3º, CF, o marco normativo que concretiza e formata o âmbito de proteção e as funções e dimensões do direito (fundamental) à proteção de dados, é também integrado — embora tal circunstância seja usualmente negligenciada — pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, — destacando-se, para o efeito da compreensão adequada e manejo correto em nível doméstico — a Convenção Americana de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, incluindo a sua interpretação pelas instâncias judiciais e não judiciais respectivas.

Hoje, portanto, não resta mais dúvida de que o direito à proteção de dados não mais pode ser compreendido como um mero apêndice do direito à privacidade.

Trata-se, pois, de inegável direito fundamental autônomo e que, portanto, merece proteção independentemente de sua relevância aferida com base em outros direitos fundamentais.

4 A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL COMO MECANISMO JURÍDICO DE PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

Dada a relevância do direito à proteção dos dados pessoais – agora direito substancial e formalmente fundamental –, tem-se que o ordenamento jurídico brasileiro dispõe acerca das consequências jurídicas para casos em que houver violação à esse direito: a responsabilização administrativa, civil e penal do agente violador.

Para os fins do presente trabalho, importa, no momento, analisar as regras que dispõem acerca da responsabilização civil prevista na Lei Geral de Proteção de Dados.

A responsabilidade civil é comumente compreendida como um dever jurídico de reparação, em razão do qual se impõe a alguém um dever de reparação de eventual prejuízo advindo da violação de outro dever jurídico alheio.

Nota-se, pois, que a relação entre o conceito etimológico e o conceito jurídico da palavra *responsabilidade* é bem próxima, pois ambas apontam para uma ideia de uma obrigação e de uma contraprestação, sendo que, ainda, o objetivo maior desta é a reparação do dano causado por uma conduta contrária ao direito¹¹⁸.

118 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

Para Cavalieri Filho, a responsabilização civil de um agente exige a presença de dois deveres jurídicos: um originário e um sucessivo. Isso porque, conforme esclarece o autor, a responsabilidade civil consiste no dever jurídico gerado em razão da violação de um dever jurídico primário, tendo como finalidade a recomposição do dever jurídico violado. Nesse sentido:

A responsabilidade civil ocorre quando há violação de direito de uma pessoa por outrem, portanto, caberia a necessidade de indenização por extensão do dano. Nesse sentido a pessoa que pratica este ato na vida cível pode praticar por si só ou quando alguém sob sua responsabilidade o pratica. À pessoa que pratica dano a outrem por ato próprio atribuímos à responsabilidade direta, que é a regra geral. Muito embora, quando um agente é responsabilizado por um fato praticado por outro, o qual está sob sua custódia, acontecerá a responsabilidade indireta¹¹⁹.

Para Rui Stoco, a ideia de não prejudicar o outro também é ponto presente no conceito de responsabilidade civil:

“A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana”¹²⁰.

Como se vê, um dos fundamentos da responsabilidade civil consiste, pois, no próprio ideal de se fazer *justiça*, porquanto o instituto impõe a todos o dever de responder por seus atos quando estes gerarem algum tipo de prejuízo. A responsabilidade civil é, portanto, instrumento de concretização da justiça no caso concreto.

Em breves linhas históricas, tem-se que a responsabilidade civil era, na Antiguidade, vinculada à própria punição estatal. Prevalcia, à época, a função punitiva do instituto, ocasião em que o que importava era mesmo a punição do ofensor. Com o passar do tempo, a responsabilidade civil acabou por deixar, gradativamente, de se vincular à

119 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 10. ed.rev e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. P. 2.

120 STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. P. 114.

punição do agente ofensor, e passou a se relacionar ao princípio elementar de que o dano injusto, assim entendida a lesão a interesse jurídico merecedor de tutela, deve ser reparado. Essa mudança de pensamento ocasionou uma substancial mudança na função função precípua da responsabilidade civil: a reparação patrimonial do dano sofrido. A função reparatória da responsabilidade civil foi, assim, ganhando força.

Essa função precípua de reparação patrimonial era, inicialmente, vinculada à exigência de um elemento subjetivo por parte do ofensor. É dizer, seguindo-se a ideologia liberal e individualista da modernidade, a responsabilidade subjetiva (com base na culpa) centrava-se na ideia de que ninguém poderia ser obrigado a reparar um dano se não houvesse sido o seu causador, agindo intencionalmente (dolo) ou, ao menos, descuidadamente (culpa). Assim, para a responsabilização de uma pessoa pelos danos causados a outra, exigia-se a presença de um elemento subjetivo na sua conduta, que é o dolo (intenção de causar o dano) ou a culpa "stricto sensu" (o descuido da conduta: negligência, imprudência ou imperícia).

Com o passar do tempo, o princípio da culpa, vinculado à ideia de liberdade individual, passou a não mais ser suficiente para a solução dos atos ilícitos surgidos a partir da Revolução Industrial, a qual, em razão da inserção da máquina no processo industrial e da produção em série, acabou por ocasionar novos problemas que não encontram solução adequada no princípio da culpa.

Foi daí que surgiu o princípio do risco, que fundamentou – e fundamenta ainda hoje – a responsabilidade civil objetiva, visando concretizar o valor fundamental da igualdade. O novo raciocínio é, portanto, que haja o dever de indenizar independente da comprovação de dolo ou culpa, bastando que, além do dano, seja comprovado o nexo causal entre ele e uma dada atividade.

No Código Civil de 2002, a cláusula geral de responsabilidade civil objetiva encontra-se positivada no parágrafo único do art. 927, o qual assim dispôs: "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".

Dado o breve apanhado, verifica-se que a tendência jurídica brasileira é a de, cada vez mais, desvincular-se da função punitiva da reparação civil. E, se assim é, então a identificação do verdadeiro ofensor da violação nem sempre se faz necessária, porquanto, a partir do momento em que se tem um dano concreto de um ou mais indivíduos específicos, inegável que, no trato do conjunto social, se teve uma violação ao princípio da igualdade entre os membros da sociedade.

Por isso, tendo em vista que, cada vez mais, busca-se a concretização do princípio da igualdade, tem-se que a intervenção para combater abusos foi se tornando uma medida cada vez mais necessária, e, no âmbito da responsabilidade civil, tornou o afastamento da culpa uma tendência.

No âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados, verifica-se que a ideia fundamental da responsabilidade civil é de que o tratamento de dados feito pelo controlador ou pelo operador não deve ocasionar quaisquer consequências negativas ou causar qualquer dano ao titular. Caso isso ocorra, é necessário que o agente responsável repare a situação imediatamente.

A sensibilidade dos dados pessoais de cada indivíduo é, atualmente, um dos bens jurídicos que mais se encontra em risco. Não por outra razão, a LGPD prevê, detalhadamente, o procedimento a ser seguido para fins de se alcançar um tratamento regular de dados. Ainda, a própria lei prevê que o tratamento de dados é considerado irregular quando não seguir a LGPD ou quando não proporcionar o devido nível de segurança de dados. Tal segurança deve ser assegurada levando em consideração a forma com que o tratamento é realizado, os riscos que podem ser esperados e as tecnologias disponíveis no momento. Se acontecerem danos decorrentes da desobediência das diretrizes de segurança de dados, o agente responsável por essas falhas — seja o controlador, seja o operador — será responsabilizado.

Em matéria de reparação de danos decorrentes do tratamento de dados, a LGPD prevê, em seus arts. 42 a 45, a responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados, controlador e operador, em relação ao titular dos dados.

A despeito de ainda haver grande controvérsia sobre o tema, parece prevalecer que o legislador ordinário não acompanhou os avanços legislativos em tema de responsabilidade civil no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados. A propósito, são precisas as palavras de Gustavo Tepedino, Aline de Miranda Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes sobre o tema:

"A lógica da responsabilidade objetiva é outra: não cabe discutir cumprimento de deveres, porque a responsabilidade objetiva não decorre do descumprimento de qualquer dever jurídico". Quando se discute cumprimento de deveres, o que no fundo está sendo analisado é se o agente atuou ou não com culpa. Assim, apesar de a LGPD não ser explícita em relação à natureza da responsabilidade dos agentes de tratamento de dados, como é o Código de Defesa do Consumidor ao adotar a responsabilidade objetiva, a interpretação sistemática da LGPD leva à conclusão de que o regime adotado por este diploma foi mesmo o da responsabilidade subjetiva.

Não obstante as semelhanças com o Código de Defesa do Consumidor, é essencial destacar que, enquanto o Código de Defesa do Consumidor tem pelo menos dois artigos expressamente indicando a natureza objetiva da responsabilidade (arts. 12 e 14 – ambos se valem da expressão “independentemente de culpa”, que deixa clara a opção do legislador pela responsabilidade objetiva), não há qualquer norma análoga na LGPD. O art. 42 da LGPD não faz referência expressa à culpa como elemento da responsabilidade civil, mas também não faz qualquer alusão ao risco como fundamento da responsabilidade objetiva”¹²¹.

Ainda, mais a frente, os mesmos doutrinadores destacam que:

"O único dispositivo da LGPD que remetia para a responsabilidade objetiva foi retirado no trâmite legislativo, o que é um dado significativo para a interpretação da lei. O próprio histórico de tramitação do projeto de lei que deu origem à LGPD evidencia, portanto, a opção do legislador pela responsabilidade subjetiva. A versão inicial do Projeto de Lei n.º 5276 trazia, no Capítulo sobre "Transferências internacionais de dados", uma regra geral expressa de responsabilidade solidária e objetiva desses agentes pelos danos causados em virtude do tratamento de dados (art. 35).

(...)

Diferentemente desse primeiro texto, todas as versões subsequentes do projeto, até a versão finalmente sancionada da LGPD, passaram a não mais mencionar, como regra geral, um regime de solidariedade ou objetividade na responsabilidade pelos danos decorrentes do tratamento de dados pessoais. A referência expressa à responsabilidade objetiva foi completamente eliminada do texto legal. Paralelamente a isso, ainda no período de tramitação do projeto, o caput do art. 42 da LGPD sofreu uma alteração importante: a expressão "em violação à legislação de proteção de dados pessoais" foi acrescentada, o que também evidencia a opção do legislador pela responsabilidade subjetiva. Os agentes de tratamento não responderão em toda e qualquer situação em que causarem danos a terceiros, mas apenas quando isso ocorrer em violação à legislação

¹²¹ Tepedino, Gustavo; Terra, Aline de Miranda; Cruz Guedes, Gisela Sampaio da. Fundamentos do Direito Civil (pp. 236-252). Forense. Edição do Kindle.

de proteção de dados pessoais, ou seja, quando a sua conduta não se adequar ao standard estabelecido pelo próprio legislador"¹²².

Assim é que a regra geral da responsabilidade civil no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados é o art. 42, *caput*, o qual acaba por reproduzir aquilo que é definido no Código Civil de 2002 como forma de reparação de danos, que é a responsabilidade subjetiva.

A responsabilidade objetiva é prevista como exceção na LGPD, sendo aplicada, por determinação legal, às hipóteses em que se constatar a existência de uma vulnerabilidade estrutural de uma das partes.

No caso do tratamento de dados, a responsabilidade civil objetiva tem vez quando se tratar de situação fática regida por legislação específica – porquanto a própria LGPD dispõe que deve ser dada prevalência aos diplomas específicos.

Pode-se ressaltar, portanto, que a responsabilidade objetiva há de ser aplicada em, ao menos, duas hipóteses: tratamento de dados no âmbito das relações de consumo, por força do art. 45 da Lei, e tratamento de dados pelo poder público, conforme art. 37, §6º da Constituição.

5 CONCLUSÃO

Conforme se verificou, o direito à proteção dos dados pessoais era, inicialmente, tratado como verdadeiro apêndice do direito fundamental à privacidade. Isso porque, ainda que tenha sido reconhecido como direito autônomo em acórdão publicado pelo Supremo Tribunal Federal, o fato de inexistir disposição constitucional – à época –, fez com que a própria fundamentação do acórdão o retirasse, implicitamente, do direito fundamental à privacidade e à liberdade individual.

Nessa linha, foi de grande relevância a promulgação da Emenda Constitucional n. 115/2022, que erigiu, definitiva e explicitamente, o direito à proteção dos dados pessoais como um direito fundamental.

A despeito de atualmente o direito à proteção dos dados pessoais contar com previsão constitucional expressa, o Constituinte o estabeleceu como norma de eficácia limitada, exigindo, para a plenitude de seus efeitos, que haja a sua regulamentação por meio de lei ordinária.

¹²² Tepedino, Gustavo; Terra, Aline de Miranda; Cruz Guedes, Gisela Sampaio da. Fundamentos do Direito Civil (pp. 236-252). Forense. Edição do Kindle.

Daí a relevância da Lei nº 13.709/2018, chamada de Lei Geral de Proteção de Dados, que estabelece conceitos relevantes, fundamentos, princípios, procedimentos de tratamento de dados, bem como a forma de responsabilização civil e administrativa de eventuais ofensores do direito tutelado. Tudo isso, evidentemente, com a finalidade de instituir um sistema que visa maior transparência e segurança, buscando, por consequência, evitar sobremaneira possíveis falhas e, quando assim não for possível, que seja garantida a justa reparação em favor do titular que teve seus dados violados.

Dada a finalidade do presente trabalho, buscou-se aprofundar no tema afeto à responsabilidade civil prevista na LGPD, situando-a no contexto evolutivo do próprio instituto e na função precípua que prevalece atualmente.

Viu-se que, no âmbito da reparação civil, a despeito das inúmeras discussões doutrinárias, a LGPD estabeleceu como regra geral a responsabilidade civil subjetiva, exigindo, em seu art. 42, *caput*, a necessidade de se demonstrar o elemento subjetivo do agente para que, aí sim, seja viável condená-lo à reparação de danos. De forma excepcional, a LGPD estabeleceu a possibilidade de prevalência da responsabilidade objetiva, quando for o caso de existir legislação específica para a situação fática que assim preveja.

Assim é que, conforme demonstrado, destacou-se que, para a correta aplicação do sistema de responsabilidade civil previsto na LGPD, o jurista deve, inicialmente, considerar a abertura – deixada pelo próprio legislador – para que prevaleça, em relação à legislação específica, o tratamento de responsabilização civil nela previsto. Após, inexistindo lei específica sobre o assunto, caberá a aplicação da regra geral estabelecida no art. 42, *caput*, da LGPD.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **44 cartas do mundo líquido moderno**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 01 de Agosto de 2022

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em 01 de Agosto de 2022

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em 02 de Agosto de 2022

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm. Acesso em 02 de Agosto de 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em 2 de agosto de 2022.

CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. **Infinito particular: Privacidade no século XXI e a manutenção do direito de estar só**. Florianópolis, 2016.

CASTELLS, M. **A sociedade em rede**. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

COELHO, A. C. B. **A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Brasileira como meio de efetivação dos direitos da personalidade**. João Pessoa: [s.n.], 2019.

DONEDA, Danilo. **A proteção de dados pessoais como direito fundamental**. Revista Espaço Jurídico 12/103. Joaçaba: Unoese, 2011.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FILHO, M. M. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FILHO, S. C. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FORTES, Vinícius Borges. **Os direitos de privacidade e a proteção de dados pessoais na internet**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016. JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=DA>>. Acesso em 01 de Agosto de 2022

GODINHO, A. M. **O fenômeno da constitucionalização: um novo olhar sobre o Direito Civil**. Revista Libertas, Janeiro 2013.

GONÇALVES, C. R. **Responsabilidade Civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRINOVER, A. P. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

JÚNIOR, S. R. C. D. S. **A Regulação jurídica da proteção de dados pessoais no Brasil**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) PUC Rio. Rio de Janeiro: [s.n.], 2018.

LIMA, Caio César Carvalho. **Marco Civil da Internet: Garantia da privacidade e dados pessoais à luz do marco civil da internet**. Organizadores: George Salomão e Ronaldo Lemos. São Paulo: Atlas, 2014.

LÔBO, P. **Direito Civil: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MALDONADO, V. N.; BLUM, R. O. **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARINELI, Marcelo Romão. **Privacidade e redes sociais virtuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Laura Schertel. **Transparência e privacidade: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo**. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2008.

PINHEIRO, P. P. **Proteção de Dados Pessoais: Comentários à Lei nº 13.709/2018**. 1ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje.** Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROSEVALD, N. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. **Responsabilidade Civil na Internet e demais Meios de Comunicação.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.** 7 ed.. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **O cidadão, a sociedade, a mídia e a justiça.** In: MARTINS FILHO, Ives Gandra; MONTEIRO JUNIOR, Antônio Jorge (coordenadores). Direito à privacidade. Ideias e Letras: São Paulo, 2005.

PROVA DO CRIME DE VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA

JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR: É delegado de polícia no estado de Mato Grosso. Atualmente lotado no Grupo de Atuação Especial contra o Crime Organizado e atuando também na Delegacia Especializada de Roubos e Furtos de Barra do Garças-MT. Graduado em Direito pelo Centro de Ensino de Superior de Jataí (CESUT). Pós-graduado em Ciências Penais pela Rede Luiz Flávio Gomes. Pós-graduado em Gestão Municipal pela Unemat¹²³.

FERNANDA MORETZSOHN: É delegada de Polícia Civil no estado do Paraná, pós-graduada em Direito Público e pós-graduada em Direito LGBTQIA+, autora pela editora Umanos, professora da Escola Superior de Polícia Civil do Paraná e diretora jurídica da Associação dos Delegados de Polícia do Paraná (Adepol-PR).

PATRICIA BURIN: É delegada de polícia no estado de Santa Catarina, mestra em Direito Constitucional e pós-graduada em Segurança Pública e Criminologia.

Necessidade de fixação de standards probatórios e informativos para demonstrar a violência doméstica de violência psicológica, em sede de prisão flagrancial ou no curso das investigações policiais

Introdução

Em nossa última coluna, discorremos a respeito da (im)possibilidade da utilização de mera fotografia da lesão como elemento de convicção suficiente na persecução penal de agressões físicas perpetradas em sede de violência doméstica e familiar contra as mulheres (<https://www.conjur.com.br/2022-nov-11/questao-genero-lesoes-violencia-domestica-podem-comprovadas-fotos>). Nesta coluna, pela sugestão do Dr. Joaquim Leitão

¹²³ Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obras jurídicas e autor de artigos jurídicos. Ex-Assessor Institucional da Polícia Judiciária Civil do Estado de Mato Grosso. Ex-Diretor Adjunto da Academia da Polícia Judiciária Civil do Estado de Mato Grosso.

Júnior, colega delegado da Polícia Civil do Mato Grosso, e contando com sua valorosa participação, vamos novamente pensar em standards probatórios, agora com os olhos voltados especificamente para o crime do art. 147-B do CP: violência psicológica.

Como já observamos anteriormente (<https://www.conjur.com.br/2021-ago-12/moretzsohn-burin-violencia-psicologica-crimes-correlatos>), a categoria “violência psicológica” prevista na Lei Maria da Penha não encontrava, no ordenamento jurídico, tipos penais a ela correlatos. No curso de 2021, foram então positivados os crimes de perseguição (art. 147-A do CP) e de violência psicológica (art. 147-B, do CP), este especificamente relacionado às mulheres.

O crime de violência psicológica ficou assim positivado:

Art. 147-B. Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

Estamos diante de um crime comum quanto ao sujeito ativo (pode ser praticado por qualquer pessoa, homem ou mulher), mas próprio quanto ao sujeito passivo: a vítima necessariamente será uma pessoa do gênero feminino, independentemente da sua idade. Vale reiterar nossa posição no sentido de que a mulher trans é pessoa do gênero feminino para fins legais, posição já adotada pelo Superior Tribunal de Justiça (<https://www.conjur.com.br/2020-ago-03/lima-burin-mulheres-transgenero-maria-penha-policia>).

A conduta criminosa, necessariamente dolosa, consiste em (a) causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento; ou, (b) causar dano emocional à mulher com o objetivo de degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões. O tipo exemplifica como essas condutas podem ser praticadas: mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação. Se várias condutas forem praticadas no mesmo contexto, haverá crime único (tipo misto alternativo).

O dolo, entenda-se, está ligado a esses meios de ação. O agente deve, livre e conscientemente, querer ameaçar, constranger, etc. Não se exige que aja com o fim específico de causar dano emocional.

O crime é material, isto é, exige-se um resultado naturalístico: a provocação de dano emocional à mulher. Tem prevalecido, entretanto, que não é necessário realizar perícia (voltaremos neste ponto mais a frente). A tentativa é, em tese, admissível, pois não se trata de crime habitual (embora o usual seja a prática reiterada de atos, externando o ciclo da violência sobre o qual discorreremos em <https://www.conjur.com.br/2021-abr-13/opiniaio-medidas-protetivas-consentimento-vitima>).

A ação do sistema de persecução penal é incondicionada, não demanda que a vítima externe sua vontade via representação criminal. A atuação estatal se dá de ofício.

Perceba-se que, ao indicar a pena, o legislador expressamente registrou "*se a conduta não constituir crime mais grave*". O crime é, pois, expressamente subsidiário. Se for possível a configuração de crime mais grave, não será caso de incidência do art. 147-B do CP.

A tipificação da perseguição e da violência psicológica (arts. 147-A e 147-B do CP) são relevantes. Antes dessas alterações legislativas, tínhamos um cenário manco, em que a Lei Maria da Penha previa como violência aquela de viés psicológico (art. 7º, II), mas não se encontrava, no sistema, crime a ela correlato, implicando proteção insuficiente. Além disso, era possível o indeferimento de medidas protetivas de urgência a vítimas desse tipo de violência, na medida em que alguns operadores do Direito ainda não conseguem dissociá-las da prática de crimes. Esse cenário, felizmente, mudou em 2021.

Não obstante, a despeito do imenso valor simbólico da tipificação da violência psicológica nas relações intrafamiliares, a redação do tipo gera celeuma em relação à sua prova. Como mencionado acima, o crime é material, ou seja, demanda o resultado naturalístico (o dano emocional à mulher), mas ao mesmo tempo, tem-se estabelecido o entendimento de que não exige prova pericial, sendo o dolo relacionado às condutas e não à causação do dano. Como então estabelecer a prova desse crime? Como demonstrar que determinadas condutas perpetradas contra uma mulher foram hábeis a configurar-lhe dano emocional passível de punição na esfera criminal?

Afinal, no âmbito das Delegacias de Polícia, como se comprova a violência psicológica doméstica?

Compete ao Estado-investigação, pela atuação da Autoridade Policial (*dominus investigatio*) e de seus agentes policiais, carrear elementos probatórios e informativos para

demonstrar e comprovar a autoria, a materialidade delitiva e suas circunstâncias, de onde germina a necessidade de fixação de *standards* probatórios para demonstrar a violência psicológica, seja em sede de detenção flagrancial, seja no curso das investigações policiais, mormente diante da dificuldade natural de se comprovar tais violências. Cabe lembrar que, em nosso ordenamento jurídico vigora o princípio da livre iniciativa probatória, ou seja, a produção probatória é livre, desde que observado a ordem pública, moral e os bons costumes. O art. 156 do Código de Processo Penal traz o ônus probatório no processo penal:

Art.156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Os *standards* probatórios são parâmetros que permitirão a condenação ou absolvição e também servem para balizar eventual prisão flagrancial, instauração de procedimento policial e indiciamento. Os *standards* probatórios apontam para o grau de confiabilidade que a sociedade deposita e acredita ao juiz em suas deliberações, o mesmo se dando em relação a autoridade policial. Nessa circunstância, repetimos o questionamento: como se comprovar a violência psicológica doméstica no âmbito das Delegacias de Polícia?

Considerando que o crime é recente e que os precedentes são poucos, este artigo não pretende exaurir as possibilidades probatórias, mas indicar alguns possíveis caminhos e abrir o diálogo com outros operadores do sistema.

O professor Rogério Sanches da Cunha argumenta, ao tratar da dispensabilidade de laudo técnico que comprove os danos psicológicos que:

A prova do resultado pode ser feita pelo depoimento da ofendida, por depoimentos de testemunhas, relatórios de atendimento médico, relatórios psicológicos ou outros elementos que demonstrem o impacto do crime para o pleno desenvolvimento da mulher, o controle de suas ações, o abalo de sua saúde psicológica ou algum impedimento à sua autodeterminação. Considerando que o resultado do crime não é a lesão à saúde psíquica, mas o dano emocional (dor, sofrimento ou angústia significativos), laudos técnicos não são necessários. (FERNANDES, Valéria Diez Scarance; ÁVILA, Thiago Pierobom de; CUNHA, Rogério Sanches. Violência psicológica contra a mulher: comentários à Lei n. 14.188/2021. **Meu site jurídico**, 29 de julho de 2021. Disponível em:

<<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/07/29/comentarios-lei-n-14-1882021/>>. Acesso em: 14 out. 2021)

Ressalte-se, outrossim, que algumas das condutas previstas no tipo penal, por si só, comprovadas por quaisquer das formas abaixo relacionadas, tais como humilhações em público, constrangimentos, ridicularização da vítima, desde que produzidas de forma reiterada, por si só já podem comprovar o fato típico.

Partindo das premissas de que o dolo relaciona-se às condutas (não à causação de dano) e de que a prova pericial do dano emocional é desnecessária, sugerimos as seguintes diligências como possíveis:

- 1) Oitiva da vítima: as falas da vítima seriam fortes elementos para comprovar a violência psicológica doméstica ao menos em sede de investigação, mormente pelas infrações penais ocorrerem clandestinamente. Não obstante o especial valor da narrativa da mulher, outros elementos devem ser angariados, para corroborá-la;
- 2) Oitiva de pessoas próximas ao casal, ainda que não tenham presenciado diretamente nenhuma das condutas descritas no tipo;
- 3) Avaliação psicológica ou psiquiátrica (todavia, devemos ter cuidado para aquelas situações em que o vestígio desaparece, podendo outros meios comprovarem, conforme jurisprudência e doutrina construíram para outras situações);
- 4) Elementos documentais: (a) apesar de controvertido o assunto, pensamos que tanto a transcrição de mensagens ou “prints” seriam indicativos relevantes da violência psicológica doméstica, na hipótese de a violência ser praticada via e-mail, WhatsApp, Facebook, Instagram, Twitter, Tinder ou outro canal de comunicação virtual instantâneo (a prova para comprovar a violência psicológica doméstica poderia ser prova no formato físico ou virtual); (b) juntada de prontuário de atendimento médico ou de aquisição de uma medicação para fins de equilíbrio psicológico; (c) juntada de imagens em fotográfica, áudio e vídeo (d) ata notarial.

Não podemos olvidar que, a depender da circunstância fática, a intensidade da violência psicológica doméstica pode configurar lesão corporal, por violar a integridade psicológica da vítima (conforme já tratamos em <https://www.conjur.com.br/2021-jul-15/opiniaio-violencia-psicologica-maria-penha-lesao-corporal>).

Das considerações finais

Enfim, os questionamentos acerca da prova do crime de violência psicológica nos parecem muitos, motivo pelo qual realmente faz-se necessária a fixação de *standards*

probatórios e informativos para demonstrá-la em sede de detenção flagrancial ou no curso das investigações policiais.

Para finalizar, não se pode esquecer de que a produção de provas para caracterização da materialidade do crime não pode, de maneira alguma, abrir espaço para revitimização daquela que já vem sofrendo danos psicológicos e que merece proteção e não mais uma forma de violência, dessa vez provocada pelo ente estatal.

Referências:

<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/07/29/comentarios-lei-n-14-1882021/>, consultado aos 19/12/2022

<https://www.dizerodireito.com.br/2021/07/comentarios-lei-141882021-crime-de.html>, consultado aos 19/12/2022

<https://www.meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/07/29/comentarios-lei-n-14-1882021> Acesso em: 19/12/2022

O ATIVISMO CONTROLADOR E SUA INFLUÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

TANIZE SANTOS FERREIRA:

Servidora Pública. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Tocantins. Pós-Graduada em Direito e Processo Administrativo pela UFT e em Gestão e Governança no Ministério Público pela Escola Superior do Ministério Público do Estado do Tocantins (CESAF- ESMP).
124

GRACIELA MARIA DA COSTA BARRO

(orientadora e coautora)¹²⁵

RESUMO: Frequentemente se menciona que a ineficiência na Administração Pública estaria atrelada ao que se popularizou como direito administrativo do medo ou apagão das canetas, causado pelo ativismo controlador. Este artigo tem por objetivo propor uma reflexão acerca dessa discussão que vem sendo fomentada e ganhando cada vez mais espaço no âmbito dos estudos da Administração Pública e do Direito Administrativo. A proposição se faz a partir do método dedutivo de análise, com base em revisão bibliográfica de viés qualitativo, na qual a problemática reside na reflexão acerca das causas de ineficiência na Administração. Se essa ineficiência teria como causa, apenas o medo de responsabilização por parte dos gestores frente ao controle, o que vem sendo chamado de ativismo controlador, ou se também estaria relacionada ao deficit de governança e gestão pública.

124 e-mail: tanizeferreira.adv@gmail.com.

125Advogada. Pesquisadora da área de Educação em Direitos Humanos e da área de Direito Administrativo. Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela UFT e ESMAT com trabalho de pesquisa voltado para a Educação em Direitos Humanos (2015/2016). Especialista em Direito e Processo Constitucional pela UFT. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Tocantins, com trabalho de conclusão direcionado a Constitucionalização do Direito Privado. Professora da Especialização em Direito e Processo Administrativo da Universidade Federal do Tocantins. Professora Orientadora da Especialização EAD em Gestão Pública. Professora de Direitos Humanos e Responsabilidade Civil da UNEST-Paraíso. Professora Convidada da Escola Superior de Magistratura do Tocantins, Curso de Formação de Formadores. Servidora Técnica da Universidade Federal do Tocantins, desde 2008, atuando na assessoria da Procuradoria Federal junto à UFT. Graduada em Letras - Língua e Literatura Inglesa pelo CEULP/ULBRA. Pós-Graduada em Língua Portuguesa. e-mail: gracielarbarros@mail.uft.edu.br.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo controlador; direito administrativo do medo; apagão das canetas; deficit de governança; eficiência.

Introdução

O presente artigo se propõe a levantar questões relacionadas ao "direito administrativo do medo" e o consequente "apagão das canetas", que em tese, estaria sendo ocasionado pela hipertrofia do controle da Administração Pública, desencadeada pelo "ativismo de contas", ou "ativismo controlador". A escolha do tema se justifica em razão de um crescente movimento de indagação sobre possível excesso de controle que estaria sendo realizado pelos órgãos controladores, em especial os Tribunais de Contas, mas não somente.

A problematização do fenômeno chamado de "ativismo de contas", como se verá adiante, merece uma reconceituação, uma vez que, na atuação do controle se sobrepõe vários órgãos controladores, não apenas os Tribunais de Contas, como também os Ministérios Públicos e as Controladorias-Gerais, por exemplo. Até mesmo porque, aos Tribunais de Contas não compete apenas julgar processos de contas, mas também, atos de pessoal, denúncias e representações das mais variadas, incluídas as da lei de licitações, além de fazer auditorias operacionais de diversos assuntos ligados à Administração Pública.

Com efeito, essa atuação dita ativista dos órgãos controladores, invadiria indevidamente a esfera discricionária do administrador, e por vezes, ao aplicar pesadas sanções, geraria um receio na tomada de decisões e o temor de ser responsabilizado nas esferas administrativa, civil e criminal, com isso, criando uma crise decisória e consequente ineficiência na Administração Pública. E nesse contexto, o presente trabalho tem por objetivo geral analisar a discussão que vem sendo fomentada em sede de controle externo, qual seja o ativismo controlador como causa da paralisação e ineficiência administrativa, pelo que ficou conhecido como "apagão das canetas". Identificar o que seria o ativismo controlador, sua caracterização e consequências, partindo do conceito de ativismo judicial, constituem objetivos específicos da pesquisa.

Para se alcançar os objetivos propostos, a metodologia a ser desenvolvida corresponde ao método dedutivo de análise, com base em revisão bibliográfica de viés qualitativo com a tradicional pesquisa bibliográfica, em livros, doutrinas, legislações, artigos e periódicos. Nesse escopo, o artigo está dividido em três partes. Na primeira parte, são tecidos breves comentários acerca do controle da Administração Pública, sua importância e finalidade. No segundo momento, partindo das dimensões do ativismo judicial, busca-se chegar ao que seria o "ativismo de contas", sua caracterização, reconceituação e consequências. Na terceira e última parte, intitulada o deficit de governança e gestão como produtores da ineficiência e paralisação na Administração Pública, pretende-se demonstrar a partir de relatórios oficiais, que a paralisação da

Administração não se dá exclusivamente em razão do medo do gestor, mas também em razão da falta de planejamento, gestão e qualificação desses gestores.

Por fim, em arremate, são trazidas as conclusões da presente pesquisa, que partindo das discussões sobre o ativismo controlador e direito administrativo do medo, busca demonstrar que não é o controle que vem causando disfuncionalidade na Administração, pelo contrário, sem o controle, as disfuncionalidades certamente estariam mais acentuadas. Dentro desse contexto, o presente trabalho busca trazer reflexões acerca das críticas que se vem fazendo ao controle da administração pública, bem como enfatizar o necessário equilíbrio que deve haver na relação entre controladores e controlados.

1. Breves considerações sobre o controle da Administração Pública

A ideia de controle remonta à gênese embrionária da noção de Estado, e vai sendo desenvolvida e aprimorada ao longo da história. A partir do que discorre Morris (2002), acerca dos grandes filósofos do Direito, considerando a ideia de Estado dos filósofos contratualistas, que desenvolveram suas teorias sobre a formação do Estado, podemos compreender que a noção de Estado em Thomas Hobbes, se dá a partir do seu entendimento de que o homem em seu estado natural é mau, e por conta dessa sua natureza vive em constante conflito com os demais.

Então, como forma de solucionar o problema, foi necessário firmar um contrato social, onde era necessário abrir mão de parte dos seus direitos primitivos em prol da efetividade de direitos civis a serem garantidos pelo Estado, onde todo o poder ficaria concentrado na mão de um único indivíduo que teria a obrigação de gerar segurança e proteção, configurando-se em um governo absolutista.

Para evitar a concentração de poder, desvios e arbitrariedades, os contratualistas desenvolveram como uma forma orgânica de controle, a teoria da separação dos poderes, que tem como expoente Montesquieu, mais modernamente como é chamada, teoria da separação das funções do poder, uma vez que, o poder é uno. Sendo também conhecida como sistema de freios e contrapesos. Assim, mediante esse sistema, um Poder está apto a conter os abusos do outro de forma que se equilibrem.

Essa tripartição clássica de poder, tal qual é expressa no art. 2º da Constituição Federal, se dá na maioria dos Estados e está consolidada pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que prevê ainda, em seu artigo 15, que a sociedade tem direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração. Conforme leciona Rafael Antonio Baldo (2022):

O controle do Poder Público é resultado de uma equação que combinou, ao longo da modernidade ocidental, dois fatores que sempre estiveram presentes na história da humanidade, o exercício do poder e a legitimação da ordem, encontrando seu denominador comum no Direito.

Essa legitimação pode se dar de várias formas como pode ser observada ao longo da história. Como o poder divino, traduzindo-se na teocracia; monarquia, onde o poder passa de geração em geração; aristocracia, o governo dos melhores; os direitos naturais, a representatividade do povo; e mais recentemente com a administração gerencial o desempenho do poder político, associada a governança e governabilidade. (BALDO, 2022).

Modernamente, no direito brasileiro, em apertada síntese, pode-se dizer que controle da administração é um conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos, tais como, reclamações, recursos, petições, auditorias, inspeções, destinados a verificar se as ações da Administração Pública em qualquer esfera de Poder, estão pautadas pela legalidade, juridicidade e pelo interesse público. Sendo que, o exercício do controle pode resultar na imposição de medidas punitivas, corretivas ou orientadoras.

A palavra controle pode ser entendida como verificação, vigilância, limitação, direção. E no âmbito da Administração Pública o controle é entendido como a vigilância sobre seus atos, podendo ser exercida por todos os Poderes. Partindo do princípio da autotutela, a Administração tem o poder-dever de controlar seus próprios atos. Conforme já sumulado pelo Supremo Tribunal Federal:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Muitos são os critérios de classificação e as modalidades de controle, no entanto, existem alguns que são unânimes e constam sempre como referência entre os doutrinadores. Nesse ponto, o controle pode ser externo, interno; quanto ao sincronismo temporal, pode ser prévio, concomitante, posterior. Quanto ao órgão que executa, pode ser administrativo, legislativo, ou judiciário, envolvendo aspectos de legalidade ou mérito; quanto à iniciativa pode ser de ofício ou provocado.

Do ponto de vista técnico-jurídico, a atividade de controle envolve uma complexidade de atos, voltados à fiscalização, inspeção, verificação, registro e acompanhamento, exercido sobre as manifestações administrativas, de acordo com certos aspectos preestabelecidos, visando averiguar o cumprimento do que foi determinado ou

evidenciar eventuais desvios a serem corrigidos, decidindo acerca da regularidade ou não do ato praticado. (GUERRA, 2012).

Além disso, controlar é uma das funções administrativas clássicas, juntamente com as funções de planejar, coordenar, supervisionar e executar. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles (2018), leciona que “controle, em tema de Administração Pública, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional do outro”.

O controle, portanto, consiste em uma atividade na qual um ato administrativo, é avaliado à luz de um critério, ou parâmetro preestabelecido, que pode ser a Constituição, um ato hierarquicamente superior, uma norma infralegal, ou um princípio, por exemplo. Segundo Odete Medauar (2014), “controle da Administração Pública é a verificação da conformidade da atuação desta a um cânone, possibilitando ao agente controlador a adoção de medida ou proposta em decorrência do juízo formulado”.

De acordo com o Decreto-lei 200/67, em seu art. 6º, o controle, ao lado do planejamento, coordenação, descentralização e delegação de competência, é um dos cinco princípios fundamentais da Administração. Logo, é possível afirmar que o controle possui natureza jurídica de princípio fundamental da Administração Pública, sendo corolário direto do princípio da indisponibilidade do interesse público, tendo em vista que o Estado atua como gestor de coisa alheia, sem dela poder dispor.

Nesse sentido, a finalidade do controle é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhes são impostos pelo ordenamento jurídico, tais como a legalidade, moralidade, impessoalidade, finalidade pública, publicidade e motivação, a fim de atender aos interesses e necessidades da coletividade.

2. Caracterização e Consequências do Ativismo Controlador

É a partir da ideia de “ativismo judicial” que se buscará identificar o “ativismo controlador”. Prefacialmente, necessário pontuar que, não se desconhece que as discussões acerca do ativismo judicial, ainda encontram bastante controvérsias no âmbito político-jurídico, não se pretendendo aqui, no presente trabalho, o aprofundamento na temática, mas apenas estabelecer um ponto de partida para a conceituação do termo “ativismo de contas” ou “ativismo controlador”, uma vez que, como bem disserta Flávio Garcia Cabral (2021), “ativismo de contas, trata-se de uma variante cujo radical se encontra no ativismo judicial”.

Historicamente, é possível afirmar que o termo “ativismo judicial” surge após a Segunda Grande Guerra Mundial. Em razão das atrocidades cometidas naquele período,

houve a necessidade de positivação de direitos fundamentais nas cartas constitucionais. Contudo, essas constituições tinham papel quase figurativo e pouco articulado, impondo uma distância significativa entre o texto da lei e sua aplicabilidade, o que consequentemente levou ao aumento das atribuições judiciais constitucionais.

Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016), a doutrina norte-americana reconhece que o primeiro uso público do termo “ativismo judicial” coube ao historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr. em um artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado na Revista *Fortune*, vol. XXXV, nº 1, no mês de Janeiro de 1947, em um cenário particularizado pelas disputas entre a Suprema Corte Americana e o Presidente dos Estados Unidos, Franklin Roosevelt, ocasionada pela crise de 1929.

Na concepção de Arthur Schlesinger Jr, havia, portanto, uma polaridade na Suprema Corte Americana. De um lado os ativistas, aqueles que acreditavam na supremacia judicial, e de outro, os autorrestritivos que consideravam a supremacia das leis, devendo agir com deferência a vontade do legislador. Com efeito, ao ativismo judicial é atribuída uma conotação tanto positiva, quanto negativa. Há aqueles que veem com bons olhos a atuação mais proativa do Judiciário em prol da efetivação de direitos sociais. Por outro lado, estão os que entendem o ativismo como uma usurpação de competência e inobservância ao princípio da separação dos poderes.

No Brasil, a doutrina majoritária entende, que é após a Constituição de 1988, que o tema recebe maior enfoque e disseminação. Como Letícia Ferreira Ramos, bem expõe:

(...) os estudiosos começaram a depreender que a intensificação do ativismo judicial pós Constituição de 1988 estaria alicerçada também na inércia do Poder Público, na consecução de políticas públicas e pelo “suposto desprestígio dos poderes políticos observado na ordem constitucional vigente”. Somatizado a isso, outra causa seria a “Síndrome da Inefetividade das Normas Constitucionais de eficácia limitada (RAMOS, 2021).

Nesse prisma, como mencionado alhures, o ativismo judicial assume uma significação multifacetada, podendo ser observado sob uma óptica positiva ou negativa. Para Barroso (2009), “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”. De outro lado, para Elival da Silva Ramos, apud ALVES (2016):

o ativismo judicial é o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios

de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Com efeito, trata-se de um conceito com nítido traço negativo, que sugere uma atuação irregular do Poder Judiciário, em detrimento dos Poderes Executivo e Legislativo. Assim, longe de esgotar os possíveis enfoques e conceitos aplicáveis ao termo “ativismo judicial”, a definição de ativismo aqui empregada pode ser sintetizada como a produção de decisões jurisdicionais expansivas, não necessariamente ilegítimas, que estendem a interpretação das leis e da Constituição a ponto de criar normas cuja positivação seria competência do Poder Legislativo.

Nesse contexto, é possível argumentar que a expressão “ativismo” comumente atrelada à atuação jurisdicional, também pode ser uma conduta existente em outros órgãos de controle. O designado “ativismo de contas”, na visão de André Sberze (2021), merece uma reconceituação a partir das mudanças introduzidas pela Lei n.13.655/2018, que passou a adotar o termo “decisão controladora”.

De acordo com Sberze, “se foi reconhecido que os Tribunais de Contas são órgãos controladores e emitem decisões controladoras, a consequência natural é que tudo que gire em torno das Cortes de controle externo deve ser considerado como atos controladores”. A partir daí, o autor fala em ativismo controlador, termo que também será utilizado neste trabalho. Assim, André Sberze, define o ativismo de contas ou ativismo controlador como sendo:

(...) a atividade decisória praticada pelos Tribunais de Contas que expande de maneira proativa a interpretação da Constituição Federal e das normas de direito público em favor do interesse social, impondo condutas e abstenções aos seus jurisdicionados, em se tratando de matérias de sua competência.

A par disso, apesar da nomenclatura ativismo de contas, os Tribunais de Contas não julgam apenas processos de contas, mas também, atos de pessoal, denúncias e representações das mais variadas, incluídos as das da lei de licitações, além de fazer auditorias operacionais de diversos assuntos ligados à Administração Pública.

Com efeito, existem outros órgãos de controle além dos Tribunais de Contas, como as Controladorias-Gerais, o Ministério Público, Ouvidorias, entre outros. Ou seja, são estruturas tanto internas, da própria Administração, quanto estruturas externas, que encontram amparo jurídico em diversas leis, tais como a Lei n. 8.429/92; Lei n.101/2001; Lei n. 13.869/2019; Lei n. 12.846/2013, entre outras. Havendo, por vezes, para quem defende essa atuação, sob uma dimensão não positiva, um controle que se dá de forma

desordenada, com sobreposição de instituições atuando sobre um mesmo objeto, causando uma espécie de competição e conflitos entre os controladores.

Sob outro prisma, Flávio Garcia Cabral (2021), em oposição à concepção positiva do ativismo controlador, adota uma perspectiva crítica, ao firmar sua conceituação sobre a significação a ser conferida a nomenclatura “ativismo de contas”. Cabral enxerga o ativismo controlador como sendo:

O comportamento dos Tribunais de Contas que, a pretexto de se mostrarem proativos ou de serem encarregados como concretizadoras de direitos fundamentais ou controladores de políticas públicas, acabam por exercer suas atribuições em desconformidade com o que permite o texto constitucional e infraconstitucional, demonstrando a subjetividade na tomada de decisões por seus membros.

Nesse contexto, traçando um paralelo entre o ativismo judicial e o ativismo controlador, é possível argumentar que a expressão “ativismo controlador” também é carregada por uma dimensão tanto positiva, quanto negativa. Nesse sentido, Flávio Garcia Cabral (2021) se propôs a verificar a atuação ativista do Tribunal de Contas da União e arrolou casos nos quais o Tribunal de Contas da União (TCU) teria adotado uma postura ativista. Para fins de demonstração, convém apresentar um desses casos detalhados naquele trabalho.

Trata-se da análise de um procedimento licitatório realizado pela Fundação Nacional da Saúde (FUNASA), na modalidade pregão. No Acórdão n.2.637/2015 - Plenário, na tomada de contas n. 013.754/2015-7, o TCU entendeu que Fundação havia praticado irregularidades por não ter procedido a negociação com o licitante vencedor, a fim de se obter uma melhor oferta. De acordo com o Tribunal, no pregão, seria poder-dever da Administração a tentativa de negociação para reduzir o preço final, conforme previsto no art. 24, §8º do Decreto n. 5.450/2005, que regulamentava o pregão eletrônico. O referido decreto que foi revogado em 2019, pelo Decreto n.º 10.024/19, continha a seguinte redação:

Art.24 Classificadas as propostas, o pregoeiro dará início à fase competitiva, quando então os licitantes poderão encaminhar lances por meio do sistema eletrônico: (...) § 8º Após o encerramento das etapas de lances da sessão pública, o pregoeiro poderá encaminhar pelo sistema eletrônico, contraproposta ao licitante que tenha apresentado a proposta mais vantajosa, para que seja obtida a melhor proposta, observado o critério de julgamento, não se

admitindo negociar condições diferentes daquelas previstas no edital.

A Funasa se manifestou no sentido de que não existiria a obrigatoriedade, desde que o preço estivesse abaixo do valor estimado para a contratação. Nesse caso, foi apurado que o TCU fundamentou sua decisão no art. art.24, §8º do Decreto n. 5.450/2005, sustentando que o aludido artigo traria uma obrigatoriedade de sempre ser realizada a tentativa de negociação.

Contudo, da leitura do dispositivo, visualiza-se que o § 8º vale-se do verbo “poder”, que no contexto normativo se refere a uma faculdade, e não uma obrigatoriedade como faz transparecer o TCU. Nesse aspecto, Flávio Garcia Cabral classifica como uma conduta ativista da Corte de Contas caracterizada pelo desrespeito ao texto normativo e ainda ressalta que esse não é um caso isolado do TCU. Em relação à interpretação da obrigatoriedade da negociação do pregoeiro, apesar dos termos legais, encontram-se diversas outras decisões da Corte, como os Acórdãos nº 3.307/2009 e 694/2014 – Plenário.

Portanto, o “ativismo de contas ou ativismo controlador, pode ser encarado como uma vertente do ativismo judicial dada a mesma faceta de indistinção e delimitação de fronteiras ao controle, com interferência na atuação do gestor público, só que agora de contas” (NOHARA, 2022). Assim, eventual ativismo de contas, como mencionado por José Ricardo Parreira de Castro (2015), pode ser caracterizado, como uma conduta proativa do controle externo, de maneira a interferir, com mais vigor, no âmbito da Administração Pública objeto de controle.

Nesse passo, o comportamento dito ativista, dos órgãos de controle, deu ensejo a uma tensão entre a esfera política e a esfera controladora, passando então a ser encampada por alguns estudiosos do Direito Administrativo, como Rodrigo Valgas dos Santos (2022), a tese do direito administrativo do medo, ocasionando o chamado “apagão das canetas”, neologismo que exprime o apatismo dos gestores públicos, ocasionado pelo medo da repressão e intransigência que predomina atualmente nos órgãos de controle.

Para Irene Patrícia Nohara (2022), esse termo designa a paralisação de decisões, pelo temor da responsabilização, tendo em vista decisões imprevisíveis e oriundas dos mais variados órgãos de controle, “os bons gestores acabam ficando com receio de decidir e futuramente ser responsabilizados por uma decisão justa, mas que possa eventualmente colidir com orientações de diversos órgãos de controle”. Sem fugir do mesmo entendimento, Rodrigo V. Santos (2022) conceitua o Direito Administrativo do Medo como:

a interpretação e aplicação das normas de Direito Administrativo e o próprio exercício da função administrativa pautadas pelo medo em

decidir dos agentes públicos, em face do alto risco de responsabilização decorrente do controle externo disfuncional, priorizando a autoproteção decisória e a fuga da responsabilização em prejuízo do interesse público.

De acordo com entendimento acima referido, os gestores estariam desistindo de decidir para não correrem riscos diante do modelo de controle fortemente inibidor da liberdade e da autonomia do administrador público. Contudo, é possível enxergar um viés positivo nessa fuga da responsabilização, como a preocupação do gestor em pensar de modo consequencialista sua decisão, o que até certo ponto é salutar.

Do exposto, como pontua José Mário Vipievski Júnior e Maria Luiza Millani (2022), o direito administrativo do medo consiste no fato de que o administrador público da atualidade, muitas vezes atua com receio de ser responsabilizado, agindo assim, de forma a evitar quaisquer atos que possam acarretar riscos de responsabilização, afastando-se do princípio da eficiência, ocasionando uma disfunção no serviço público.

Assim, o “ativismo controlador”, pode ser encarado como uma vertente do ativismo judicial, e pode ser caracterizado como defende José Parreira de Castro (2015), como uma atuação mais proativa dos órgãos controladores que passaram a intervir com mais vigor no âmbito da Administração Pública objeto de controle. Ocasionalmente ocasionando uma tensão entre os administradores públicos e as instâncias controladoras, o que posteriormente veio a desencadear o chamado “apagão das canetas”, que consiste em uma paralisação das decisões administrativas, frente à atuação mais vigorosa dos órgãos de controle.

3. O Deficit de Governança e Gestão Como Produtores da Ineficiência e Paralisação na Administração Pública

Nessa esteira de discussões que coloca o “ativismo controlador” como causa do direito administrativo do medo, e conseqüentemente do “apagão das canetas”, surgiram discussões legislativas que culminaram na promulgação da Lei n. 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), acrescentando artigos reconhecidamente voltados a conferir aos gestores públicos maior segurança jurídica a fim de desempenhar suas funções públicas, ante os alegados excessos dos órgãos de controle.

Decorrente da necessidade de maior segurança jurídica e de se promover uma interpretação rumo à eficiência na aplicação do direito público, houve o trâmite do projeto que deu ensejo à aprovação da nova legislação. Com as alterações promovidas pela Lei n. 13.655/2018, também chamada de “Nova LINDB”, foi enfatizada a necessidade de consequencialismo nas decisões, almejando reforçar a necessidade de ponderação de conseqüências práticas da decisão.

Ao inserir, por exemplo, os artigos 20, 21, 26 e 29, a nova norma demonstrou forte preocupação com as consequências práticas, jurídicas e administrativas, das decisões tomadas nas esferas controladora, administrativa e judicial. Além de estabelecer a busca pela solução consensual de conflito e o estímulo à realização de consultas públicas antes da edição de atos normativos.

Odilon Cavallari de Oliveira (2018), ao discorrer sobre a motivação da nova legislação, argumenta que, segundo os autores da referida lei, os principais problemas a serem resolvidos com sua entrada em vigor, seria a insegurança jurídica e a ineficiência na Administração Pública. Com base nesse diagnóstico, o autor apresenta que haveriam dois problemas na Administração Pública: (a) insegurança jurídica; e (b) ineficiência (com a paralisia gerada pelo apagão das canetas). E, a causa desses problemas estaria na atuação dos Tribunais de Contas, Ministério Público e Poder Judiciário. A solução então, seria a criação da Lei nº 13.655/2018.

O mesmo autor, em tom de crítica, argumenta que nem as premissas nem as soluções propostas foram submetidas a uma discussão com a participação dos órgãos de controle, aduzindo assim, um deficit de legitimidade democrática: “Lamentavelmente, porém, os órgãos de controle não foram chamados a participar de nenhum desses debates, nem antes de sua chegada ao Congresso Nacional nem após” (OLIVEIRA, 2018). Nesse sentido é o parecer emitido no Processo TCU/CONJUR: TC-012.028/2018-5.

Argumenta ainda, a ausência de diagnósticos elaborados segundo a metodologia científica que embasem as premissas adotadas como fundamento da Lei nº 13.655/2018. Segundo Odilon (2018), em obra publicada¹²⁶ pelos autores da novel lei, os autores não se valeram de estudos mais aprofundados em pesquisas empíricas que demonstrassem de algum modo, que a causa dessa insegurança jurídica ou da ineficiência, tenha relação com a atuação dos Tribunais de Contas, do Ministério Público ou do Poder Judiciário.

Com efeito, conforme menciona o autor, o que houve foi apenas a análise pontual e subjetiva de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e do Tribunal de Contas da União, o que é absolutamente insuficiente para respaldar as premissas adotadas pelos autores da Lei nº 13.655/2018. Afirmar que o TCU, por exemplo, é ou não ativista, como disse Flávio Cabral, em pesquisa no qual buscava construir uma significação para o ativismo de contas, é por demais reducionista.

Mencione-se ainda que, “nenhuma instituição se conduz em todos os momentos de forma ativista. Para tantas decisões que possam receber essa qualificação, tantas outras,

¹²⁶ SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). Contratações públicas e seu controle. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 279.

talvez mais, terão sido praticadas em plena conformidade com a ordem jurídica (não ativista)". (CABRAL, 2021).

Necessário pontuar que, o dito medo decisório, em razão da atuação dos órgãos de controle, não deve ser apontado como uma das principais, senão a principal causa da ineficiência e disfuncionalidade na Administração Pública. Nesse sentido, convém mencionar o Relatório de Políticas e Programas de Governo, produzido pelo Tribunal de Contas da União, aprovado por meio do Acórdão n. 2.127/2017 - Plenário127.

O relatório foi desenvolvido em cumprimento ao disposto no art. 123 da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) 2018, que confere ao Tribunal de Contas da União (TCU) a responsabilidade por enviar à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização (CMO) do Congresso Nacional um quadro resumo relativo à qualidade da implementação e ao alcance de metas e objetivos dos programas e ações governamentais do governo federal, objeto de auditorias operacionais realizadas, para subsidiar a discussão do Projeto de Lei Orçamentária Anual.

A partir daquele Relatório é possível constatar a existência de fortes deficit institucionais de governança e de gestão na Administração Pública Federal, que produzem ineficiências generalizadas. Vale mencionar: (a) ausência de plano a longo prazo; (b) fragilidade do Plano Plurianual;(c) ausências generalizadas de plano estratégico institucional; (d) ineficiência dos mecanismos de monitoramento e avaliação governamental de risco; (e) impropriedade na gestão orçamentária, que compromete a alocação de recursos de forma eficiente e efetiva (OLIVEIRA, 2018).

Oportuno mencionar ainda, que a partir de dados apresentados pelo TCU128, em levantamento, utilizando a metodologia de autoavaliação realizado em mais de quatrocentas organizações, incluindo autarquias, bancos, conselhos profissionais, estatais, fundações, fundos, instituições de ensino, ministérios, tribunais, entre outros, foi constatado um baixo nível de maturidade em relação à governança pública, que pode ser compreendida como uma série de práticas e sistemas que demonstram a capacidade de um Estado em formular, planejar, programar e cumprir suas funções visando ao bem-estar da sociedade (OLIVEIRA, 2018).

A análise dos dados apresentado leva a concluir que a maioria das instituições federais não possui capacidade de entregar à sociedade o que se espera, seja por deficiência em liderança, seja por carências na gestão de operações (planejamento,

127 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tribunal Pleno. Acórdão nº 2.127/2017. Rel. Min.- Subst. Marcos Bemquerer Costa. Julgado em 27.09.2017. DOU de 06.10.2017.

128 Processo: TC 017.245/2017-6 - Acórdão 588/2018 - Plenário.

execução e controle), estratégia ou *accountability*¹²⁹, termo que encontra sua essência no art.70 da Constituição Federal, e significa de modo sintetizado, uma obrigação constante de prestação de contas e responsabilidade.

Cabe mencionar ainda, estudo da Confederação Nacional da Indústria¹³⁰ sobre o atraso nas obras de infraestrutura, o referido estudo, aponta como causas que atrasam a conclusão de obras ou elevam seus gastos: (a) a falta de qualificação técnica e experiência das equipes que preparam, gerem e acompanham os projetos; (b) o viés da decisão política em detrimento dos critérios técnicos que levam à má fixação de prioridades e prazos; (c) viés otimista na fixação de prazos, desconsiderando a realidade.

Quanto às obras públicas, não é novidade a prática de atribuir responsabilidades às Cortes de Contas, por ineficiências e disfuncionalidades da própria Administração Pública. Contudo, nesse estudo da Confederação Nacional da Indústria, que representa o setor privado, aponta que um conjunto de iniciativas poderia ser utilizado, como a auditoria prévia pelo TCU para os grandes projetos, inclusive treinando os gestores públicos para eles mesmos fazerem uma pré-auditoria; a obrigatoriedade de seguros contra erros diversos, o que ajudaria a engajar as seguradoras na análise das ações; e até a exigência que investidores privados participem do financiamento, de forma a criar um terceiro tipo de checagem sobre a sua qualidade. Como se observa, do Parecer sobre o PL 7448/2017, que originou a Lei n.13655/2018¹³¹:

Insegurança jurídica, ineficiência e paralisia são problemas cujas soluções, ao que tudo indica, estão dentro da própria Administração Pública e não nos órgãos de controle, nem muito menos no afastamento do controle ou no afrouxamento das regras de responsabilização de agentes públicos.

Nesse passo, ao discorrer sobre o apontado excesso de controle, Júlio Marcelo de Oliveira (2018), Procurador junto ao TCU, acertadamente afirma que não há organização, pública ou privada, que possa prescindir do controle, e segue:

¹²⁹ Prestação de contas e responsabilidade (no inglês, *accountability*) representa a vinculação necessária, notadamente na administração de recursos públicos, entre decisões, condutas e competências e seus respectivos responsáveis. Trata-se de manter uma linha clara e objetiva entre as justificativas e os resultados da atuação administrativa, de um lado, e os agentes públicos que dela tomarem parte, de outro. In: Guia da política de governança pública / Casa Civil da Presidência da República – Brasília: 2018, p.51.

¹³⁰In: infraestrutura, custos e reformas necessárias. CNI – Brasília: 2014.

¹³¹ PROCESSO TCU/CONJUR: TC-012.028/2018-5

Engana-se quem imagina que as grandes corporações não tenham fortes estruturas de controle. Ocorre, porém, que quando um gestor privado é flagrado transgredindo regras da corporação, sua demissão é imediata e o caso tratado, via de regra, com muita discricção para não expor a imagem pública de empresa. O setor público, com muito mais razão, já que os recursos envolvidos pertencem a toda a coletividade, há que haver controle para garantir a boa gestão dos recursos e esse controle não pode ser figurativo, retórico, “para inglês ver”, tem de ser efetivo.

Assim, não parece crível que a falta de eficiência e a paralisação da Administração pela ausência de tomada de decisão, seja causada apenas pelo medo dos gestores em decidir, o problema também, consiste na falta de planejamento e mesmo de priorização e qualificação dos gestores. Nesse sentido, a nova lei de licitações e contratos administrativos, em seu art. 173 determina que os Tribunais de Contas promovam, por meio de suas escolas, a capacitação de servidores públicos. Essa iniciativa da lei, demonstra uma falta de política sistematizada da própria administração pública em capacitar seus servidores, independente da ação do Tribunal de Contas.

Nesse aspecto, para o aperfeiçoamento da governança, isto é, de uma condução responsável dos assuntos do Estado, além da capacitação e aperfeiçoamento dos agentes públicos, é também necessário o reforço do controle interno, pois é ele que tem maior potencial de identificar procedimentos e rotinas administrativas que precisam de aprimoramento, com vista a melhoria da gestão Pública (SPINELLI, 2016), promovendo assim a gestão de risco e privilegiando ações estratégicas de prevenção, antes dos processos sancionadores, causadores do medo e paralisia na Administração Pública.

Considerações finais

Como analisado no presente artigo, a ideia de controle está ligada à gênese da própria construção do Estado, formulada pelas teorias dos filósofos contratualistas. O controle se mostra necessário para evitar arbítrios e excessos dos Poderes, e do seu exercício pode resultar a imposição de medidas corretivas, orientadoras, ou punitivas.

Não é possível falar em Administração Pública, em um Estado Democrático de Direito que prescindia da atuação de controle, tido como um dos princípios fundamentais da Administração Pública, cuja finalidade é assegurar que a Administração atue em consonância com as regras e princípios que lhes são impostas pelo ordenamento jurídico.

Com efeito, embora seja entendimento consolidado que o controle é essencial, o tema vem adquirindo proeminência nos últimos tempos, em razão dos alegados excessos dos órgãos controladores, que ficou conhecido como ativismo de contas ou controlador.

Entendido como uma atuação mais proativa desses órgãos, essencialmente burocrática, que imprime um clima de insegurança no ambiente da atuação estatal e prejudica o bom gestor.

Essa atuação dita ativista vem sendo encarada por um viés negativo, reclamada por muitos gestores, seja em razão da superposição dessas instituições, seja pelas punições nas esferas administrativa, civil e criminal, o que tem gerado nos administradores ou gestores públicos o medo da responsabilização, que por isso, muitas vezes deixam de agir, dando causa a ineficiência na Administração Pública.

Contudo, como foi demonstrado ao longo do trabalho, a ineficiência na Administração não pode ser atribuída somente ao alegado excesso de controle. Pesquisas demonstram deficit de gestão e governança que contribuem significativamente para a ineficiência no setor público. Nesse ponto, é necessário destacar a necessidade de qualificação técnica dos gestores e servidores de um modo geral.

Evidente que, as instituições controladoras podem errar na sua atuação, embora via de regra, contem com profissionais altamente qualificados e fortes regras de governança, por isso se faz necessário ressaltar que relação entre agentes controladores e controlados deve ser pautada pelo equilíbrio e sujeita aos limites constitucionais, pois o controle fora dos padrões do Direito é pernicioso para a administração. Do exposto, conclui-se que, é necessário que o controle, seja ele interno ou externo, atue de modo integrado, com a administração, de modo a produzir resultados expressivos no campo da eficiência, contribuindo para o direito fundamental à boa administração.

Referências bibliográficas

ALVES, Francisco Sérgio Maia. **O ativismo na atuação jurídico-administrativa do Tribunal de Contas da União: estudo de casos. Revista de informação legislativa: RIL, v. 53, n. 209, p. 303-328, jan./mar. 2016.** Disponível em: << https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril_v53_n209_p303_>> Acesso em 30.ago. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: << <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498> >> Acesso em 18 de out. 2022.

BALDO, Rafael Antonio. **Fiscalização e Controle do Estado.** In: CONTI, José Maurício; MOUTINHO, Donato Volkens; NASCIMENTO, Leandro Maciel (coord.). *Controle da*

administração pública no Brasil. São Paulo: Blucher, 2022. ISBN 978-65-5550-229-9 (eletrônico).

BRASIL. Casa Civil. **Guia da Política de Governança Pública**. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 2018. Disponível em: <<<https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/guia-da-politica-de-governanca-publica>>> Acesso em 16. nov.2022.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>> Acesso em 16. set. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula nº 473. Disponível em: <<<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1602>>> Acesso 16. set.2022.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a reforma administrativa e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2702/1967. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm#view>> Acesso em 13.set. 2022.

BRASIL. Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e da outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 01/06/2005. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>> Acesso em 12.set. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório aponta deficiências que comprometem resultado de políticas públicas**. Tribunal Pleno. Acórdão nº 2.127/2017. Rel. Min.- Subst. Marcos Bemquerer Costa. Julgado em 27.09.2017. DOU de 06.10.2017. Disponível em:<<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/relatorio-aponta-deficiencias-que-comprometem-resultados-de-politicas-publicas.htm_>> Acesso em: 22. ago. De 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **TCU divulga dados inéditos sobre governança na administração pública federal**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-divulga-dados-ineditos-sobre-governanca-na-administracao-publica-federal.htm_>> Acesso em 16. jul.2022.

CABRAL, Flávio Garcia. **O Ativismo de Contas do Tribunal de Contas da União (TCU)** Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance. n.16. ano 5. p. 215-257. São Paulo: Ed. RT, jan/mar. 2021. Disponível em:

<<https://www.researchgate.net/publication/349208481_O_ativismo_de_contas_do_Tribunal_de_Contas_da_Uniao_TCU_>> Acesso em: 31 ago.2022.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 60, abr./jun. 2016. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1272607/Carlos_Alexandre_de_Azevedo_Campos.pdf> Acesso 17 de out.2022.

CASTRO, José Ricardo Parreira de. **"Ativismo de Contas": controle das políticas públicas pelos tribunais de contas**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – Unirio, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www2.unirio.br/unirio/ccjp/ppgdpp/defesas-de-dissertacao/dissertacoes-concluidas-em-2015/201cativismo-de-contas201d-2013-controle-das-politicas-publicas-pelos-tribunais-de-contas/view_>> Acesso em: 02. set.2022.

____CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA (Brasília). **Infraestrutura: o custo do atraso e as reformas necessárias**. Brasília: CNI. 2014. 177 p. il. – (Propostas da indústria eleições 2014; v. 10). Disponível em: <<http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_24/2014/07/21/444/V10_Infraestruturaocustodoatrasodasobras_web.pdf>> Acesso em 08.nov.2022.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Ativismo Judicial: Afinal, do que se trata?** Revista Consultor Jurídico, 12 de Dezembro de 2021. Disponível em: <<<https://www.conjur.com.br/2021-dez-12/segunda-leitura-ativismo-judicial-afinal-trata>>>. Acesso 17 de out.2022.

GUERRA, Evandro Martins. **Direito Financeiro e Controle da Atividade Financeira Estatal**, 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 107-108.

MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 32.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 43 Ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

MORRIS, Clarence (org.). **Os Grandes Filósofos do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NOHARA, Irene Patrícia. **Fundamentos de direito público**. – 2. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2022. Inclui bibliografia e índice, ISBN 978-65-5977-341-1 1. Direito público. I. Título. 22-77727.

OLIVEIRA, Júlio Marcelo de. **Por que o controle da Administração Pública incomoda tanto?** Revista Consultor Jurídico, 28 de agosto de 2018, 16h58. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-28/contas-vista-controle-administracao-publica-incomoda-tanto_>> Acesso em: 31 de ago. 2022.

OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. **Alterações à Lei de introdução às normas do Direito brasileiro e controle.** In: PINTO, Élica Graziane; , Ingo Wolfgang Sarlet; PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; OLIVEIRA, Odilon Cavallari de (Coord.). *Política Pública e Controle*. Um Diálogo Interdisciplinar em Face da Lei Nº 13.655/2018, Que Alterou A Lei de Introdução Às Normas do Direito Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018. página inicial-página final. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1759/1841/10616>. Acesso em: 14. set. 2022.

___Parecer sobre o PL 7448/2017, em face do parecer-resposta dos autores do PL e de outros juristas, expedido no âmbito do TC 012.028/2018-5. Disponível em: <<<https://cdn.oantagonista.net/uploads/2018/04/PL-7448-2017-Inteiro-teor-Altera-LINDB-Parecer-Conjur-2018-04-20.pdf>>> Acesso 14. set. 2022.

RAMOS, Ferreira Letícia. **Análise histórico-evolutiva do ativismo judicial no Brasil e no mundo com enfoque na atuação do STF.** Disponível em: << https://repositorio.sis.puc-campinas.edu.br/bitstream/handle/123456789/14673/cchsa_direito_tcc_ramos_lf.pdf?sequence=1&isAllowed=y_>> Acesso 18 de out. 2022.

SANTOS, Rodrigo Valga dos. **Direito Administrativo do Medo** [livro eletrônico] -- 2. ed. rev., atual. E ampl. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

SBERZE, André Luiz. **Intervenção do Tribunal de Contas do Estado em projeto de lei que afronta a constituição federal e a Lei de responsabilidade fiscal: caso prático de ativismo controlador?** GT 9 Controle social e combate à Corrupção na Administração Pública / 1 GT 9 Controle social e combate à Corrupção na Administração Pública. Disponível em <<https://sbap.org.br/ebap/index.php/home/article/view/79_>> Acesso em: 31. ago.2022.

SPINELLI, Mário Vinícius Claussen. **O papel das Controladorias Governamentais: do combate à corrupção à contribuição para a eficiência da gestão pública.** In: MENICUCCI, Telma; GONTIJO, José Geraldo Leandro (org.). *Gestão e Políticas Públicas no Cenário Contemporâneo: tendências nacionais e internacionais*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2016.

VIPIEVSKI, Júnior, J. M., & Millani, M. L. (2022). **O Direito administrativo do medo e os impactos nas políticas públicas.** Revista De Direito E Atualidades, 2(4). Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/rda/article/view/6431_>> Acesso em 18. out.2022.

A CONCEPÇÃO FILOSÓFICA E A ATUAÇÃO DO PROFESSOR DE DIREITO EM SALA DE AULA

EDUARDO AUGUSTO TRACZ:
Policia! Penal. Bacharel em Direito.
Pós graduado em Educação no
Sistema Penal e Gestão Pública.
Graduando em Pedagogia¹³².

RESUMO: O objeto do presente artigo pretende identificar se a concepção filosófica, ou visão de mundo, assumida pelo Professor de Direito tem influência em sua atividade didática. Identificando as principais correntes filosóficas, para posteriormente tecer uma análise sobre sua real interferência no ensino. Diante da realidade social presente, formula-se o seguinte problema: A visão de mundo (Filosófica) do Professor de Direito influencia na sua atividade didática? Procurando resposta a esse problema estuda-se diferentes visões de mundo afim de verificar se elas modificam a forma do trabalho didático do professor. Dividimos em dois objetivos específicos. O primeiro, relacionar as mais conhecidas formas de visão de mundo filosóficas, com o intuito de facilitar o trabalho didático. O segundo, demonstrar que, de acordo com o posicionamento filosófico adotado, pode-se chegar a diferentes formas no trabalho didático. Tanto o projeto como o plano de trabalho utilizaram como visão filosófica de mundo o materialismo histórico, o qual influenciou na construção de todo o trabalho e atividades. Os resultados obtidos demonstram a necessidade da utilização de um método, que observe não só a norma posta de forma positivista, como também observe aspectos sociais que estão relacionados diretamente com a prática.

Palavras-chave: Materialismo Histórico. Positivismo. Ensino Jurídico.

ABSTRACT: The object of this article is to identify if the philosophical concept, or worldview, assumed by Law Professor has influence in its didactic activity. Identifying the main philosophical currents, to subsequently make an analysis about its real interference in education. In face of the social reality present, is formulated the following problem: Does the worldview (Philosophical) of Law Professor influence in your teaching activity? Looking for an answer to this problem we studied the different worldviews in order to check if they change the Professor's didactic work way. We divided into two specific goals. The first, to Connect the most known forms of philosophical worldview, with the intention of facilitating the didactic work. The second, to Demonstrate that, in accordance with the philosophical position adopted, you can get the different forms on the didactic work. Both the project as

132 Contato: eduardoaugusto.t@hotmail.com

the work plan, used as a philosophical worldview historical materialism, which influenced the construction of the entire work and activities. The results obtained demonstrate the need of using a method, which observe not only the norm put in a Positive way, as we must also observe social aspects that are directly related to the practice.

Keywords: Historical Materialism. Positivism. Legal Education.

1. INTRODUÇÃO

Fruto da realidade, o curso de Direito possui uma hegemônica e forte influência positivista em sua sistemática de ensino-aprendizagem, o que permite verificar que o ensino universitário de uma maneira geral está ainda centrado nesse alicerce de origem moderna em Kelsen.

Ao mesmo tempo, há de se reconhecer que a sociedade atual não é engessada e não pode ser compreendida com entendimentos superficiais de causa e de efeito, ao contrário, é complexa e assim necessita de um posicionamento filosófico de igual quilate para a sua compreensão. Pela visualização dessa complexidade e pela insatisfação no uso do positivismo, novas críticas e novos posicionamentos para a sala de aula vem sendo apresentados modernamente, a exemplo de Machado (2009), Colaço (2006), Fagúndez (2000); Martínez (2002); Silveira (2012), dentre outros.

O presente trabalho procurou primeiro identificar as principais correntes filosóficas, para posteriormente tecer análise na justa influência da visão filosófica, ou visão de mundo, assumida pelo Professor de Direito em sua atividade didática em sala de aula. Ao mesmo tempo, diante do material colhido, objetivou evidenciar as possíveis diferenças entre os trabalhos didáticos realizados quando de sua utilização em sala de aula e se isso realmente acaba ocasionando diferença considerável no trabalho didático.

Diante da realidade social presente, foi formulado o seguinte problema: **A visão de mundo (Filosófica) do Professor de Direito influencia na sua atividade didática?**

Assim, levando-se em conta a complexidade da realidade social, o ensino universitário e a necessidade de se encontrar uma nova perspectiva para o futuro que permita o aperfeiçoamento do mecanismo de ensino e aprendizagem do curso de Direito, faz-se necessário adentrar nesse emaranhado de conhecimento.

2. OBJETIVOS

Objetivo Geral

Estudar as visões de mundo positiva e materialista histórica a fim de verificar se elas modificam a forma do trabalho didático do professor.

Objetivos Específicos

1 – Relacionar as duas mais conhecidas formas de visão de mundo filosóficas, positiva e materialista histórica, com o intuito de verificar sua influência no trabalho didático do Professor.

2 – Demonstrar que, de acordo com o posicionamento filosófico adotado, pode-se chegar a diferentes formas no trabalho didático.

3. MATERIAIS E MÉTODO

Tanto para o projeto, como o plano de trabalho, escolheu-se como visão filosófica de mundo o materialismo histórico, o qual influenciou na construção de todo o trabalho e atividades.

A metodologia empregada consta de cinco etapas, todas com atividades realizadas por parte do orientado e do Orientador. São elas: 1 – Prática Social Inicial; 2 – Problematização; 3 – Instrumentalização; 4 – Catarse; 5 – Prática Social Inicial (SAVIANI, 2007, 2005; GASPARIN, 2007), sendo sua consecução diluída no tempo de vigência do plano de trabalho, ou seja, doze meses. Essas divisões não são estanques e separadas, ao contrário, umas são permeadas pelas outras, fazendo parte de um todo comum (totalidade) que ascende e descende na busca da compreensão de categorias pertencentes a um determinado momento histórico evolutivo social (GASPARIN, 2007), obedecendo-se à risca o método materialista histórico.

Partindo da própria visão da realidade social posta, empírica, realizou-se uma série de estudos teóricos científicos para, ao final, realizar uma nova visão da mesma realidade social, desta vez, científica. Pela Teoria Histórico Cultural de Vygotsky (2007), significa a sucessiva passagem das zonas de desenvolvimento real para a zona de desenvolvimento próximo, fato que na dialética recebe a conceituação de espiral ascensional.

4. RESULTADOS e DISCUSSÃO

Com o intuito de fazer uma análise preliminar sobre as principais correntes filosóficas e entender as dificuldades encontradas pelos educadores, o trabalho inicial consistiu em fazer uma pesquisa bibliográfica sobre os assuntos. Assim, no primeiro momento, tentando desvendar como se apresenta o ensino jurídico na atualidade, foi feita uma procura tendo como base alguns artigos científicos.

O artigo “A Evolução do Ensino Jurídico no Brasil” de Sérgio Rodrigo Martinez, serviu como guia para a continuidade do trabalho. Segundo Martinez (2012, p.1):

“Durante sua evolução histórica, o Ensino Jurídico no Brasil deve ser analisado em três fases, teoricamente compartimentadas. Essa delimitação tem fundamento na eleição de três momentos básicos destacados na teoria política: os modelos de Estado Liberal, Social e Neoliberal. Com base nessa divisão teórica, a primeira fase destaca o desenvolvimento do Liberalismo no Brasil do Império. Num segundo momento, a contextualização histórica partirá sua análise da República Nova, findando-se na era dos Governos Autoritários. Completando esse processo, há uma terceira fase delimitada inicialmente pela promulgação democrática da Constituição Federal de 1988, o advento da Portaria 1.886/94 do MEC, e o choque destas ante a adoção da tendência neoliberal pelos governos da década de 90 e início do século XXI.”

Ressalta-se que, segundo Francisco Bissoli Filho (2012, p.17), desde a sua criação os cursos jurídicos sempre estiveram sob o controle governamental, de modo que, além de estabelecer o currículo, o Estado regulava a seleção dos professores e dos manuais a serem utilizados no ensino jurídico.

O desafio de mudanças se intensifica quando se observa o crescimento acelerado dos cursos de Direito nas últimas décadas. Acompanhado de uma tendência histórica, abertura democrática, somada aos ideais do neoliberalismo, tem-se uma explosão mercantil de cursos de Direito.

Apesar de uma mudança estrutural, no qual o ensino chega às mais diferentes classes, observa-se que a apresentação feita na teoria, planos e diretrizes implantados pelo Governo Federal e pelo MEC, não é condizente com a prática acadêmica. Uma vez que, apesar de termos um padrão mínimo exigido, as mudanças qualitativas não adentram ao ponto principal de produção do ensino, a sala de aula, omitiram-se do enfrentamento do centro da crise histórica, a qual se configura pelo afastamento do ensino universitário do contexto da realidade social.

Essa falta de entrelaçamento entre teoria e prática ocasiona consequências desastrosas, a exemplo do educador não conseguir alinhar um método de ensino, o que levaria a uma melhor aprendizagem por parte dos alunos.

Com essa informação, buscou-se aprofundar um pouco mais sobre as principais correntes filosóficas, Positivismo e Materialismo Histórico, para entender como cada método seria importante para o ensino.

No livro “Introdução a Pesquisa em Ciências Sociais”, Augusto Nivaldo Silva Trivinos acaba fazendo um resumo sobre a importância desses dois métodos.

Especificamente para entender um pouco mais sobre o método Histórico Crítico, realizou-se a leitura do livro "Marx e Engels- textos sobre educação e ensino", o qual alberga alguns textos dos filósofos sobre educação. Acabou-se tendo um contato com a visão Marxista de ensino.

Após uma análise superficial sobre essa perspectiva, tem-se à conclusão que se deve entender primeiramente a importância do positivismo, que encontra grande destaque no ensino jurídico, pois serve de base para a atual educação superior. Essa nova perspectiva acabou sendo importante, pois possibilitou entender a pesquisa em sua fonte, o que permite o acesso ao conhecimento do processo por qual passou o ensino jurídico.

Inegável que para entender uma teoria deve-se estudar os fundadores. Dessa forma, com intuito de tentar aprofundar o aprendizado da teoria Positivista, que ganhou forma no século XIX, foi feita uma leitura de alguns escritos do escritor francês Auguste Comte (1978, p.05-128), que trouxe uma nova perspectiva sobre o assunto.

As raízes do positivismo podem ser encontradas no empirismo, já na antiguidade. Mas as bases concretas e sistematizadas dele estão, seguramente, nos séculos XVI, XVII e XVIII, com Bacon, Descartes, Hobbes e Hume.

Emerge como uma reação à filosofia especulativa, especialmente a representada pelo idealismo clássico alemão (Kant e Hegel), que imperava no pensamento europeu da época de Comte. Essa filosofia se colocou no extremo oposto da especulação pura, exaltando, sobretudo, *os fatos*. Ganhando forma no século XIX, graças aos escritos do francês Comte.

O estado positivo caracteriza-se, segundo Comte (1978, p.21), pela subordinação da imaginação e da argumentação à observação. Cada proposição enunciada de maneira positiva deve corresponder a um fato, seja particular, seja universal.

Noberto Bobbio faz uma definição importante sobre positivismo, encontrando uma resposta de como se deve encarar o Direito segundo uma visão juspositivista. Para Bobbio (1995, p.131): "O Positivismo jurídico trata o direito como um fato e não como um valor: o direito é tal que prescinde do fato de ser bom ou mau, de ser um valor ou um desvalor".

Assim, esta visão juspositivista, bem como os ideais instituídos por Comte, fazem parte da formação do modo de ensino jurídico brasileiro. Principalmente do segundo, já que alguns brasileiros foram seus alunos século XIX. Ivan Lins (1967, p.02), no livro "História do Positivismo no Brasil", retrata de forma bem precisa os principais alunos de Comte que viriam a formar a base do ensino no país.

Tentando entender a importância do positivismo para a formação jurídica e do ensino nacional encontra-se alguns fatos interessantes, que demonstram o tamanho da influência do positivismo para a formação do país. Para Rodriguez (1993,p.14):

“A influência do positivismo sobre a intelectualidade brasileira, e também sobre os círculos militares, manifestou-se concretamente inclusive na Proclamação da República, tanto que a bandeira brasileira ainda hoje traz inscrito o lema comteano ordem e progresso”.

A influência do positivismo jurídico, que afetou a forma de ensino e algumas alterações no currículo dos cursos jurídicos, levou Lopes (2000, p. 368) a afirmar que “a hegemonia do positivismo no Brasil é fenômeno único”.

O ensino positivista é associado a uma produção dogmática, restringindo à produção de conhecimento e não elaborando questionamentos sobre o que é exposto. A lei é vista como algo pronto e acabado, não podendo ser contestada, mas apenas interpretada e aplicada. Para Santos (2002, p. 64), “no âmbito dos cursos jurídicos, esses dogmas são apresentados como pontos inquestionáveis do conhecimento”.

Desta forma, encontra-se a proporção que essa corrente filosófica tem para o ensino jurídico, servindo como base para a criação dos primeiros centros de ensino e afetando a formação profissional.

Entendendo que a bibliografia encontrada sobre o positivismo era suficiente para captar a influência tecida no sistema jurídico e educacional, compreende-se necessário voltar a atenção sobre o materialismo histórico.

Assim, para compreender o estudo do materialismo histórico verifica-se primeiramente os escritos de Marx, analisando a contextualização histórica e como se desenvolveu sua teoria. Marx e Engels, no livro “A Ideologia Alemã” (2006), realizam uma crítica à concepção idealista da História e demonstram a necessidade da análise histórica contextual e sociológica do período histórico do séc. XIX para uma possível transformação social na Alemanha e no Mundo.

Para eles, a mudança das relações de produção e o desenvolvimento delas é que acabam gerando as ideias, a filosofia, a religião, os valores morais e as leis, em suma, a mentalidade social. Assim, é a realidade material que determina as ideias e não ao contrário, como se verifica na reflexão de Marx-Engels (2006,p.41-64):

“São os homens que desenvolvem a sua produção material e o seu intercâmbio material que, ao mudarem essa sua realidade, mudam também o seu pensamento e os produtos do seu pensamento. Não é

a consciência que determina a vida, é a vida que determina a consciência."

Marx demonstra no materialismo histórico que a mentalidade social ou a "superestrutura social" é fruto do desenvolvimento das relações materiais vividas e construídas pelos homens. Esse processo é dialético, marcado pelo antagonismo de classe presente na sociedade. Para Marx e Engels "é na prática que o homem deve demonstrar a verdade, isto é, a realidade e o poder. A força de seu pensamento." (2006, p.35).

Dessa forma, como a base do Marxismo é o materialismo histórico, a concepção de educação Marxista também acaba tendo base no materialismo histórico. Aqui tem-se uma visão mais ampla do processo e da necessidade na evolução do método de ensino jurídico de acordo com essa visão de mundo filosófica.

O significado do conhecimento em Marx parte do empirismo positivista, o primeiro momento é de análise do objeto e de sua descrição, após esse momento de observação se realiza a abstração do objeto, sua conceituação geral, universal e científica. Percebe-se que, apesar de Marx não tratar a educação de forma tão direta, a visão marxista do ensino passou por um processo de construção, o qual possibilita estudar o tema em pleno século XXI.

Após fazer essa análise bibliográfica, conseguir observar a aplicação de ambas as teorias estudadas, segue-se para a fase final do projeto, qual seja, responder a questão: **A visão de mundo (Filosófica) do Professor de Direito influencia na sua atividade didática?**

Para entender o alcance e importância do estudo e aprimoramento dessas teorias, foi feita uma pesquisa amplamente voluntária com profissionais da área jurídica. Assim, para saber se as observações feitas, através do estudo bibliográfico, refletem a realidade, a pesquisa se demonstrou necessária.

Como não se identificou a pesquisa apenas como um apontamento sobre a visão filosófica preponderante no curso de Direito, não houve uma necessidade de ampliar muito tal pesquisa.

Além de estabelecer quatro (4) questões básicas sobre o assunto, muito importante foi estabelecer um pequeno debate sobre a necessidade de tais teorias e as perspectivas de mudança. Uma vez que, além de ter uma noção da real aplicação da pesquisa, pode-se observar se as conclusões estão de acordo com o aplicado em sala de aulas.

A pesquisa apontou os seguintes direcionamentos:

Quando perguntados se existe um padrão no ensino jurídico, 100% dos entrevistados responderam que sim, existe um padrão, porém deve-se observar outras questões.

Perguntados sobre sua didática em sala de aulas, pode-se observar o enquadramento em uma das teorias estudadas. Alguns acabam trabalhando com estudos de caso, explicação teórica sobre o conteúdo, explicação literal das normas, dentre outras metodologias tipicamente positivas. Esses pontos refletem diretamente na importância da adoção, mesmo que inconsciente, de um modelo filosófico para o ensino jurídico.

Perguntados sobre qual das duas teorias seria a de sua preferência (Positivismo ou Materialismo Histórico), todos escolheram o materialismo histórico, o que já aponta uma incongruência sobre a escolha revelada na pergunta voluntária e a prática didática empregada. Porém, o que acabou gerando uma situação a ser discutida, que não chega a ser surpresa. Três (3) dos sete (7) entrevistados ficaram na dúvida de como teria uma aplicação prática de tais teorias. Demonstrando, assim, a real necessidade do estudo e incorporação desses meios à didática do ensino superior.

Pelo materialismo histórico, observa-se que deveria haver uma interrelação da teoria com a prática. O professor deveria, na medida do possível, contextualizar o conteúdo com a realidade social, histórico e política. Isso prepararia melhor o operador do direito, evitando em muitos casos que fique apegado ao legalismo positivo.

Tem-se revelado um determinado posicionamento dos professores, uma determinada visão de mundo filosófica escolhida, todavia, com emprego de metodologias e didáticas empregadas e construídas a partir e para outra visão de mundo, a positiva.

A última questão trata de responder o objetivo dessa pesquisa. Desejava-se saber dos Professores se a visão de mundo (Filosófica) do Professor de Direito influencia na sua atividade didática?

Interessante que ao responder essa questão todas as respostas foram unânimes em dizer que sim, ou seja, reconhecem que sofrem uma influência externa na aplicação prática do ensino jurídico. Embora o ensino tenha uma perspectiva de ser neutro nas mais variadas esferas de aprendizado, o professor um dia foi aluno, foi e ainda é crítico, fez e faz escolhas pessoais, políticas, religiosas e econômicas que acabam interferindo, segundo eles próprios, nos métodos de ensino.

Retornando às leituras realizadas, um outro ponto de extrema importância encontrado, que acabou voltando à tona nas discussões, diz respeito a interferência proporcionada pelo exame de ordem da OAB na didática utilizada pelos professores.

Observa-se que ao responder que o ensino superior tem um padrão, não necessariamente estão dizendo que esse padrão seria o certo. Nisso entra o tão controvertido exame, todos são enfáticos ao responder que ele é importante. Porém, acabam deixando de lado uma aplicação mais prática das normas, obrigando os profissionais a manter um modelo Positivista, no qual a observação pura e simples da norma acaba tendo que ser utilizada, pois, será cobrada posteriormente em tal prova. No entanto, tais profissionais dizem se esforçar em aplicar uma visão que seria mais materialista do ensino, na qual fatos sociais, históricos e cotidianos ganham relevância.

Deve-se observar que o Direito é uma ciência social, porque seu objeto consiste em relações sociais normatizadas, e aplicada, posto que se ocupa em dar solução a problemas práticos dos seres humanos (MONTEIRO, 2001, p.42). Percebe-se que as principais preocupações impostas pelas mudanças no ensino concentraram-se, sobretudo, nos currículos, nos conteúdos e nas demais exigências para o funcionamento dos cursos jurídicos, como também na expansão, descentralização e privatização desses cursos. As questões metodológicas não são alvo de mudanças, ficando, assim, à margem de necessidades que não são implementadas.

Fala-se até em uma tríplice crise do ensino jurídico, definida por Gomes (2003) como crise científico-ideológica, político-institucional e metodológica. Menciona-se a ausência de formação pedagógica da grande maioria dos professores dos cursos de Direito. Realçando-se que o conhecimento necessário ao desempenho profissional de advogados, juízes, promotores entre outros, não é suficiente para o adequado desempenho da docência, que requer saberes próprios.

Em síntese, ficam as perguntas: o que fazer para realmente ter uma mudança no ensino jurídico? Como adequar a teoria com a prática? Como preparar profissionais aptos para a educação superior? Perguntas que poderão ser respondidas em um próximo trabalho, que dará continuidade a esse.

5. CONCLUSÃO

Ao término da pesquisa, foi possível compreender a importância dos métodos filosóficos para poder interpretar a verdadeira atuação do professor de Direito. O convívio com a pesquisa, mesmo que em escala reduzida, é fundamental para preparar o acadêmico para trabalhos futuros.

A realização desta pesquisa também possibilitou a reflexão sobre os métodos utilizados para a obtenção dos resultados. A bibliografia disponível nem sempre revela os aspectos mais imperceptíveis – e muitas vezes mais importantes – do objeto de estudo, sendo assim, foi necessário recorrer ao trabalho de consulta mais amplo, para

posteriormente adentrar na pesquisa específica. Foi feito, desta maneira, um trabalho de vai-e-vem, do específico para o mais amplo, e do mais amplo para o mais específico, no qual um passo ajudou a compreender o outro, permitindo uma compreensão melhor do método materialista histórico.

O ensino jurídico desenvolve um importante papel em todos os setores da vida social, através dele cria-se o profissional que irá atuar diretamente com as mais diversas esferas da sociedade. No entanto, o aumento da procura pelos cursos jurídicos não significa uma maior eficácia do ensino ou que os Cursos de Direito estejam empenhadas em proporcionar condições de melhoria ao ensino jurídico.

Reconhece-se que é muito importante a utilização de um método que permita o desenvolvimento intelectual e, ao mesmo tempo, a pesquisa ampla e específica sobre o assunto, que acaba trazendo um desenvolvimento único para o acadêmico com vistas a formação de um futuro cientista. Saindo, assim, do senso comum e aprofundando a interpretação enriquecida de múltiplas faces que um tema possui.

O resultado obtido foi importante, verifica-se a necessidade de utilizar um método de ensino que realmente seja eficaz, apontando preferência ao materialismo histórico devido a multiplicidade de visão dele, à possibilidade de conhecimento evolutivo histórico de um assunto, de descortinar ideologias. Essas muitas vezes presentes na elaboração legislativa, nas ações de governo que não buscam o bem comum e toda a casta de discussão que possui e permite trabalho em sala. Além disso, observa-se que a interferência externa (situações do cotidiano), podem interferir no modelo de ensino utilizado pelo educador.

REFERÊNCIAS

Bobbio, Noberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do direito. São Paulo: ícone, 1995.

Comte, Auguste. **Curso de filosofia positiva** - Discurso sobre o espírito positivo. São Paulo : Abril Cultural, 1978.

GOMES, Luiz Flávio. **Crise (tríplice) do Ensino Jurídico**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/3328/a-crise-triplice-do-ensino-juridico> >. Acesso em 24 de Novembro de 2022 .

Lins, Ivan. **História do Positivismo no Brasil**. São Paulo: companhia editora nacional.1967.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

Martinez, Rodrigo Martinez. **A Evolução do Ensino Jurídico no Brasil**. JUSsapiens - Juristas e Educadores Associados. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/8020/a-evolucao-do-ensino-juridico-no-brasil> >. Acesso em: 06 novembro de 2022.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**: Karl Marx e Friedrich Engels. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Textos sobre educação e ensino**. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2006.

MONTEIRO, Geraldo Tadeu Moreira. **Metodologia da pesquisa jurídica: manual para a elaboração e apresentação de monografias**. Rio de Janeiro, 2001

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; ARRUDA Júnior, Edmundo Lima de. **Educação jurídica**. 2. ed. Florianópolis : FUNJAB, 2012.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico e direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

SANTOS, André Luiz Lopes dos. **Ensino jurídico: uma abordagem político-educacional**. São Paulo: Edicamp, 2002.

TRIVIÑOS, Augusto Nivaldo Silva. **Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação : o positivismo, a fenomenologia, o marxismo**. São Paulo: Atlas, 1987.

DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO E TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS A VEREADORES: DIVERGÊNCIA ENTRE O §1º DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº. 650.898/RS.

MONIZE ARAÚJO FONSECA:
Graduanda em Direito pela
Faculdade Serra do Carmo -
FASEC.¹³³

RESUMO: O presente artigo analisa a possibilidade de os vereadores, agentes políticos de nível municipal, receberem ou não a gratificação natalina e terço constitucional de férias, utilizando-se como base de estudo o tema 484 – STF –, dispositivos constitucionais e arestos estaduais.

Palavras-chave: abono. gratificação. vereador.

1.INTRODUÇÃO

O presente artigo visa compreender com mais clareza acerca do agente político ocupante do cargo de vereador, cargo esse que é exercido junto ao Poder Legislativo, com representação na Câmara Municipal, sendo uma autoridade política na esfera daquela respectiva cidade.

Dessa forma, é possível observar os limites traçados por lei ao vereador, assim como os meios que se dão para que se alcance o referido cargo público. Dentre esses limites, além dos próprios do cargo, bem como requisitos elegíveis e funções, os quais são estabelecidos na Constituição Federal, Lei Orgânica Municipal e Regimento Internos, traçaremos aqui uma breve discussão acerca da possibilidade do referido agente político receber ou não a verba referente à gratificação natalina e terço constitucional de férias.

Tal discussão se dá pela previsão constitucional disposta no art. 39 da Carta Magna de 1988, em que no §4º do referido dispositivo, há uma vedação a todo detentor de mandato eletivo de receber, em sua remuneração, “o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória” (CF, 1988). Contudo, o §3º do mesmo artigo constitucional dispõe que, aos ocupantes de cargo público, aplica-se o disposto no art. 7º, ainda da Constituição Federal, nos interessando o que se encontra previsto nos incisos VIII e XVII, os quais referem-se ao Décimo Terceiro Salário e Terço Constitucional de Férias, caracterizando grande confusão jurídica, tendo inclusive posicionamento do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral para este tema.

133 Contato: monizepmw@gmail.com

Neste artigo, contudo, pretende-se destacar a discussão acerca do 13º salário (gratificação) e terço constitucional de férias (adicional).

Ainda, discute-se a possibilidade das referidas verbas serem pagas a vereadores sem a necessidade de lei infraconstitucional, haja vista que a Constituição Federal, em seu art. 5º, §1º, estabelece que as normas que garantem direitos fundamentais são de aplicação imediata, porém, como será visto, não é o que vem sendo aplicado pelos Tribunais de Justiça Estaduais, que, hora ou outra, condicionam o direito do agente político detentor de mandato eletivo para o legislativo municipal a uma lei infraconstitucional.

2. VEREADORES: CARGO, REQUISITOS ELETIVOS E FUNÇÕES

Sabe-se que, da leitura do art. 29 e incisos, da Constituição Federal, os municípios regem-se mediante lei orgânica, a qual funciona como uma verdadeira Carta Magna de nível municipal, bem como os vereadores são eleitos pelo voto direto para o exercício de um mandato de quatro anos.

Contudo, antes de adentrarmos ao mérito do artigo, cumpre esclarecer alguns pontos acerca do cargo de vereador, como o processo para se alcançar o cargo, requisitos e funções típicas e atípicas.

Veja-se o conceito de vereador traçado pelo Senado Federal: “Vereador é sinônimo de Edil. Vereador é a “pessoa que vereia”, ou seja, é o cidadão eleito para cuidar da liberdade, da segurança, da paz, do bem-estar dos munícipes” (SENADO FEDERAL, 2005, p. 40).

No entanto, para que o cidadão seja um vereador é necessário passar por diversas etapas. A primeira é a de se filiar a um partido político e, em sede de convenção partidária, ser escolhido por este partido para então confirmar a filiação.

No que concerne aos partidos políticos, tem-se que, no entendimento de Padilha (2020, p.52) “partidos políticos são pessoas jurídicas de direito privado que, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, devem registrar seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral (art. 17, § 2.o, da CF)”.

Após, é realizado o registro de candidatura, onde, em observância à Constituição Federal, é necessário o preenchimento de alguns requisitos. Vejamos na íntegra o que dispõe o art. 14, §3º, I, II, III, IV, V e VI, “d”, da Constituição Federal:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...] § 3º São condições de elegibilidade, na forma da

lei: I - a nacionalidade brasileira; II - o pleno exercício dos direitos políticos; III - o alistamento eleitoral; IV - o domicílio eleitoral na circunscrição; V - a filiação partidária; VI - a idade mínima de: [...] d) dezoito anos para Vereador. (BRASIL, 1988). (grifei)

Assim, não basta apenas ter a vontade de candidatar-se, é necessário o cumprimento de requisitos legais, conforme supracitado, bem como outros, como a exigência de não ser parente consanguíneo, conforme as normas civilistas, do prefeito do município em que se pretende concorrer à vaga e, à luz do entendimento de Silva, (2004, p. 41), e da legislação pátria, “que não exerça funções, cargos ou empregos, definidos em lei complementar, como comprometedores da normalidade e legitimidade das eleições”.

Avançando um pouco, tem-se que o sistema de eleição para o cargo de vereador é o proporcional. O referido sistema, ao contrário do usado para as eleições de senadores, governadores e presidente, é um pouco diferente, o que pode causar dúvida e certa desconfiança, dado que no outro programa, o majoritário, vence aquele que obtiver a maioria dos votos válidos e no proporcional é rateado o número de vagas aos partidos que fizerem mais votos, vencendo aquele que, dentro do partido, recebeu a maioria.

Trata-se de um sistema relativamente complexo, que comumente gera dúvidas, mas que como bem explanado no site do TSE, por Pedro Luiz Barros Palma da Rosa¹³⁴:

Funciona assim o sistema proporcional: para se chegar ao resultado final, aplicam-se os chamados quocientes eleitoral (QE) e partidário (QP). O quociente eleitoral é definido pela soma do número de votos válidos (= votos de legenda³ e votos nominais⁴, excluindo-se os brancos e os nulos), dividida pelo número de cadeiras em disputa. Apenas partidos isolados e coligações que atingem o quociente eleitoral têm direito a alguma vaga. A partir daí, analisa-se o quociente partidário, que é o resultado do número de votos válidos obtidos, pelo partido isolado ou pela coligação, dividido pelo quociente eleitoral. O saldo da conta corresponde ao número de cadeiras a serem ocupadas. Havendo sobra de vagas, divide-se o número de votos válidos do partido ou da coligação, conforme o caso, pelo número de lugares obtidos mais um. Quem alcançar o maior resultado assume a cadeira restante. Depois dessas etapas, verifica-se quais são os mais votados dentro de cada partido isolado ou coligação.

134 <https://www.tse.jus.br/institucional/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-5-ano-3/como-funciona-o-sistema-proporcional>

Nas eleições anteriores à 2018, por força da reforma constitucional nº 97 de 2017, era possível, além da coligação de candidatos ligados a um partido – em que os políticos de um partido se juntam para se alcançar o coeficiente –, a coligação partidária – em que diversos partidos se coligassem para aumentarem as chances de alcançar o coeficiente e fazer o máximo de candidatos eleitos possível.

O vereador exerce, atualmente, como função típica, o dever de fiscalizar as contas municipais, conforme preconiza o *caput* do art. 31 da Constituição da República, de criar leis de cunho municipal, bem como representar, junto ao prefeito, os interesses locais do povo. Por funções atípicas, entende-se que o referido agente político realiza tanto a função de julgador, como a de administrador. A primeira atividade atípica – a de julgador – se dá pelo fato de que, conforme previsto na Constituição Federal em seus art. 31, §2º, art. 49, inciso IX e art. 71, inciso I, sendo os dois últimos dispositivos aplicados na esfera municipal por força do princípio da simetria, o vereador julga as contas do prefeito. Já a outra – a de administrador – se dará quando a mesa diretora da respectiva casa municipal de leis contratar serviços, a qual deverá exercer ato de cunho administrativo, ao necessitar realizar os procedimentos licitatórios.

Assim, dito isto, sem mais desvios, alcança-se o mérito do presente artigo, que visa compreender acerca da remuneração dos vereadores e a possibilidade de recebimento de gratificação natalina e terço constitucional, condicionados a lei infraconstitucional ou não.

2.1 REMUNERAÇÃO DOS VEREADORES

À luz da Constituição Federal, os vereadores são remunerados por subsídio, que:

É uma retribuição pecuniária (em dinheiro) paga a determinados agentes públicos em apenas uma parcela. Existia a proibição de se fazer acréscimo de gratificações, adicionais, abonos, prêmios ou outra espécie de remuneração no subsídio, verba de representação ou outra espécie remuneratória. No entanto, a CF permitiu que alguns acréscimos salariais pudessem ser feitos (DESTÉFANO, 2020).

A fixação destas verbas, nos termos da Emenda à Constituição nº 19/98, se dava por meio de lei em sentido estrito, consoante se verifica no art. 2º da referida emenda, que alterou o inciso VI do art. 29 da Constituição Federal, vigorando com a seguinte redação:

[...] VI - subsídio dos Vereadores fixado por lei de iniciativa da Câmara Municipal, na razão de, no máximo, setenta e cinco por cento daquele estabelecido, em espécie, para os Deputados Estaduais, observado o

que dispõem os arts. 39, § 4º, 57, § 7º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. (BRASIL, 1998).

Contudo, com a reforma ocorrida em 2000, pela emenda nº 25, o inciso supracitado passou a contar com teor diverso, confira-se: “[...] o subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subseqüente [...].”

Assim, não mais necessitando de sanção do gestor municipal, bastando que os vereadores fixem suas remunerações por meio de resolução aprovada nos termos de regimento interno da respectiva casa de leis.

2.1.1 Gratificação Natalina

A gratificação natalina, também conhecida como 13º salário, é uma bonificação paga a todo trabalhador, seja rural ou urbano, conforme se verifica no inciso VIII do art. 7º da Constituição Federal. *In verbis*: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria”.

Em relação a gratificação natalina e ao cargo de vereador, existe discussão acerca da viabilidade ou não do pagamento desta verba aos candidatos eleitos para o cargo em questão. Assim, para apresentarmos a celeuma, se faz necessário, num primeiro momento, colacionar o §4º do art. 39 da Constituição Federal:

§ 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI. (BRASIL, 1988)

Em apertada leitura do supracitado dispositivo legal, seria possível constatar a impossibilidade de os vereadores receberem a gratificação natalina, bem como o terço constitucional de férias.

Por outro lado, em contradição ao que preconiza o §4º do art. 39 da Constituição Federal, o §3º do mesmo dispositivo traz a seguinte redação: “§ 3º **Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º [...] VIII [...]**, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir” (grifei).

Conforme visto no início do presente tópico, o décimo terceiro salário encontra-se previsto no inciso VIII do art. 7º, cuja previsão do §3º do art. 39 da CF prevê a possibilidade de pagamento desta gratificação àqueles que ocupam cargo público, a exemplo: o vereador.

Assim, ao menos até o presente momento, verifica-se grande divergência entre o que preconizam os §§ 3º e 4º, ambos do art. 39 da Constituição Federal, entretanto, a discussão acerca desta é bem mais profunda, tendo sido tema de repercussão geral perante o Supremo Tribunal Federal (tema 484), objeto de análise desta pesquisa e que será apresentado adiante em pormenores acerca do que foi decidido no julgamento.

2.1.2 Terço Constitucional de Férias

O terço constitucional de férias, também conhecido como abono de férias, é uma bonificação paga a todo trabalhador, nos mesmos termos da gratificação natalina, consoante se verifica no inciso XVII do art. 7º da Constituição Federal. *In verbis*: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;”.

Sendo assim, constata-se mais uma divergência ao que preconiza o §4º do art. 39 da Constituição Federal, pois o §3º do mesmo dispositivo traz a seguinte redação: “§ 3º **Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º [...] XVII [...]**, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir” (grifei).

Conforme visto no início do presente tópico, terço constitucional de férias encontra-se previsto no inciso XVII do art. 7º, cujo a previsão do §3º do art. 39 da CF prevê a possibilidade de pagamento desta bonificação àqueles que ocupam cargo público, a exemplo: o vereador.

Desta maneira, verifica-se mais uma divergência entre o que preconizam os §§3º e 4º, ambos do art. 39 da Constituição Federal, cuja análise mais profunda dar-se-á no tópico seguinte.

2.2 ANÁLISE DETIDA AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 650.898 RIO GRANDE DO SUL E AS NORMAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Antes de aprofundarmos na análise deste recurso em comento, cumpre acostar a este artigo o inteiro teor do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do tema 484, ou, Recurso Extraordinário 650.898 Rio Grande do Sul:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. PARÂMETRO DE CONTROLE. REGIME DE SUBSÍDIO. VERBA DE REPRESENTAÇÃO, 13 ° SALÁRIO E TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. 1. Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados. Precedentes. 2. O regime de subsídio é incompatível com outras parcelas remuneratórias de natureza mensal, o que não é o caso do décimo terceiro salário e do terço constitucional de férias, pagos a todos os trabalhadores e servidores com periodicidade anual. 3. A “verba de representação” impugnada tem natureza remuneratória, independentemente de a lei municipal atribuir-lhe nominalmente natureza indenizatória. Como consequência, não é compatível com o regime constitucional de subsídio. 4. Recurso parcialmente provido. (STF - RE: 650898 RS - RIO GRANDE DO SUL, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 01/02/2017, Tribunal Pleno).

O recurso tratado neste tópico foi interposto pelo Município de Alecrim – RS, tendo como recorrido o Procurador-geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Inicialmente, o Procurador-geral ajuizou ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do respectivo Estado, visando barrar o recebimento de férias e gratificação natalina do Gestor Municipal, que foi julgada procedente perante aquele Tribunal, sendo reformado perante o Supremo Tribunal Federal no julgamento do referido recurso.

Consoante se verifica da leitura do acórdão supracitado, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o entendimento é de que não há divergência entre o que preconizam os §§3º e 4º do art. 39 da Constituição Federal, sendo possível o pagamento das verbas em comento, o que, durante o julgamento foi ponto de grande controversa, ao passo que, em primeira vista, o Ministro relator havia lançado seu voto pela não possibilidade do pagamento, sendo fixada a tese em sentido contrário pelo Ministro Luís Roberto Barroso, durante a leitura de seu voto divergente, o qual assim fundamentou:

§ 4º O membro de Poder - portanto dos três Poderes -, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI. (BARROSO, 2017, p. 86).

Ainda, completou, noutro momento, com a seguinte fala: “se nós fizermos essa leitura textual do § 4º, “membro de Poder” incluirá o Judiciário. Portanto nós teríamos que suprimir também as férias e o décimo terceiro de todo o Poder Judiciário”, concluindo, logo em seguida com o seguinte fundamento: “de modo que, parodiando o nosso Procurador-Geral Doutor Rodrigo Janot: Pau que bate em Chico bate em Francisco”. Portanto se valer para um, tem que valer para outro” (BARROSO, 2017, p. 88 e 89).

Há de ser verificado o que disse o Ministro Luiz Fux em seu voto acerca da contradita levantada: “deveras, não há nenhuma norma constitucional que impeça de forma límpida a percepção da gratificação de férias e o 13º salário por parte dos agentes políticos, salvo uma indesejável leitura isolada e reducionista do art. 39, §4º, da CRFB” (FUX, 2017, p. 75).

Portanto, conclui-se que o entendimento da Corte Superior, por maioria, foi no sentido de que não existe divergência entre os §§ 3º e 4º do dispositivo acima citado, desde que a leitura seja feita em conjunto, resultando na possibilidade de os agentes políticos, cerne do presente trabalho, receberem as bonificações em tela.

A propósito, torna-se importante colacionar também trecho da fala do Ministro Luís Roberto Barroso, que disse: “se todos os trabalhadores têm direito a um terço de férias e têm direito a décimo terceiro salário, eu não veria como razoável que isso fosse retirado desses servidores públicos” (BARROSO, 2017, p. 38).

Doutra banda, existe outra ponderação a ser levantada, que diz respeito ao §1º do art. 5º da Constituição Federal, o qual dispõe: “§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988).

Ou seja, os direitos sociais previstos no artigo 39, §3º, da Constituição Federal, que fazem remissão aos dispostos no art. 7º, em especial aos aqui tratados, são direitos fundamentais e, como tal, estando inseridos no rol dos direitos e garantias fundamentais, devendo, para tanto, terem aplicação imediata, à luz do que dispõe o §1º supracitado.

Neste sentido disse o Ministro Luiz Fux:

A natureza jurídica dos direitos sociais – terço de férias e o 13º salário – como direitos fundamentais reclama exegese conducente a conferir-lhes aplicabilidade, interpretação na máxima medida possível (arts. 5º §§ 1º e 2º, da CRFB) à sua efetivação. (FUX, 2017, p. 74).

Assim, é possível concluir que, de toda análise dos votos dos ilustres Ministros à época e da ata de julgamento, que não houve posicionamento que defendesse a necessidade de lei infraconstitucional para assegurar direitos que, segundo o Ministro Luiz Fux, deveriam ter aplicação imediata, nos termos do que dispõe o §1º da Constituição Federal.

Entretanto, no Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, os entendimentos não são alinhados, alterando-se com frequência mês a mês, sessão por sessão, ao menos de alguns julgadores, consoante se verá no tópico seguinte.

2.3 JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS

Conforme visto no decorrer deste, não há dúvidas de que as verbas são, de fato, devidas aos agentes políticos, no entanto, uma pequena lacuna no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, fez com que magistrados condicionassem estes direitos à lei local, em razão do que dispõe o art. 37, *caput*, da Constituição Federal, que traz a inteligência de que a Administração Pública reger-se-á pelo princípio da legalidade, não podendo, portanto, terem essas garantias o processamento sem a devida previsão legal aprovada e sancionada pelos poderes de nível municipal.

No Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, tanto os Desembargadores quanto os Juízes em substituição, já tiveram entendimento na corrente do Ministro Luiz Fux, não condicionando a garantia destas verbas à lei municipal, bem como, em contrapartida, há decisões que pugnam pela necessidade de lei, causando certa insegurança jurídica, dado a não uniformização, existindo, inclusive, decisões em ambos os sentidos proferidas pelo mesmo julgador.

Adiante veremos os entendimentos dos julgadores da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, em sede de julgamento de apelação, acerca deste tema.

No primeiro quadro, encontram-se os entendimentos que vão no sentido de conceder a gratificação natalina e terço constitucional de férias, sem que haja a necessidade de norma, aplicando o disposto no §1º do art. 5º da Constituição Federal.

Quadro 1: Entendimentos pela desnecessidade de lei local

Processo nº	Relator(a)	Votaram acompanhando o relator (a)	Data de Julgamento
0006159-84.2018.8.27.2722	Des. Pedro Nelson.	Juiz José Ribamar; Desa. Jacqueline Adorno	24/03/2021

0006160-69.2018.8.27.2722	Des. Pedro Nelson.	Juiz José Ribamar; Desa. Jacqueline Adorno	24/03/2021
0006161-54.2018.8.27.2722	Des. Pedro Nelson.	Juiz José Ribamar; Desa. Jacqueline Adorno	24/03/2021
0006164-09.2018.8.27.2722	Des. Pedro Nelson.	Juiz José Ribamar; Desa. Jacqueline Adorno	24/03/2021
0000498-78.2018.8.27.2705	Des. Pedro Nelson.	Des. Helvécio	12/05/2021
0000538-60.2018.8.27.2705	Des. Pedro Nelson.	Juiz José Ribamar; Desa. Jacqueline Adorno	12/05/2021

FONTE: ELABORADO PELO AUTOR 1

Agora, no quadro que segue, tem-se os entendimentos no sentido de que os direitos em tela devem estar condicionados à existência de lei infraconstitucional.

Quadro 2: Entendimentos pela necessidade de lei local

Processo nº	Relator(a)	Votaram acompanhando o relator (a)	Data de Julgamento
0001802-87.2019.8.27.2702	Des. Pedro Nelson.	Juiz José Ribamar; Desa. Jacqueline Adorno	10/02/2021
0001037-87.2018.8.27.2723	Juíza Edilene Pereira	Juiz Rafael Gonçalves; Des. Pedro Nelson.	24/02/2021
0003109-23.2018.8.27.2731	Juiz José Ribamar	Desa. Jacqueline Adorno; Des. Helvécio	23/06/2021
0002901-96.2019.8.27.2733	Desa. Maysa Vendramini	Des. Pedro Nelson; Juiz José Ribamar	07/07/2021

0001424- 29.2018.8.27.2715	Desa. Jacqueline Adorno	Des. Helvécio; Desa. Maysa Vendramini	21/07/2021
-------------------------------	----------------------------	---	------------

FONTE: ELABORADO PELO AUTOR

Com isso, da leitura que pode ser feita a partir dos quadros acima expostos, é que todos os julgadores já aplicaram o entendimento pela desnecessidade de lei, contudo, em sessões ocorridas desde junho de 2021, a uniformização ocorreu perante a primeira câmara cível, para que os direitos ao recebimento por parte dos vereadores fiquem condicionados à existência de lei no respectivo município em que o agente atua como legislador.

Importante trazer, acerca dos julgados expostos, trechos que fundamentam pela necessidade e excertos que dão base à desnecessidade de lei específica. O primeiro fragmento apresentado abaixo foi extraído dos autos de n. 0000538-60.2018.8.27.2705, sob a relatoria do Desembargador Pedro Nelson de Miranda Coutinho, que teve como votantes o Juiz em substituição José Ribamar e a Desembargadora Jacqueline Adorno, julgado em 12/05/2021, conforme se afere no quadro de número 1 do presente artigo, representando o entendimento que compreende a desnecessidade de lei específica para garantir o direito ao recebimento das verbas em comento. Já a segunda citação, concernente ao entendimento que condiciona o direito em tela à necessidade de lei específica, refere-se aos autos de n. 0003109-23.2018.8.27.2731, o qual encontra-se sob a relatoria do Juiz em substituição José Ribamar, julgado em 23/06/2021, tendo como votantes a Desembargadora Jacqueline Adorno e Desembargador Helvécio. Confira-se:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. VERBAS SALARIAIS. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO E ADICIONAL DE FÉRIAS. MANDATO ELETIVO DE VEREADOR. DESNECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA PARA PAGAMENTO. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES DO STF. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. 1. O décimo terceiro salário é verba de caráter remuneratório, assentada em preceito constitucional e devida a todo trabalhador, conforme artigo 7º, inciso VIII da Constituição Federal, não dependendo de legislação infraconstitucional para que o recorrido tenha direito ao seu recebimento, assim como o adicional de férias, previsto no inciso XVII do mesmo artigo. 2. As verbas referentes a décimo terceiro salário e adicional de férias são devidas a todos os trabalhadores, não afrontando a determinação contida no artigo 39, § 4º da Constituição Federal. 3. Afrenta ao artigo 37, inciso X da Constituição Federal não configurada. 4. Precedentes do STF. Tema 484 em repercussão geral. 5. Apelação conhecida e provida. Sentença reformada.

AÇÃO DE COBRANÇA - AGENTE POLÍTICO - VEREADOR - PRETENÇÃO À PERCEPÇÃO DE FÉRIAS E DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO - DIREITOS CONDICIONADOS À EXISTÊNCIA DE LEI LOCAL QUE OS PREVEJA E AUTORIZE - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. 1- O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AO JULGAR O RE 650898, EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL (TEMA 484), FIRMOU O ENTENDIMENTO DE QUE AS FÉRIAS E O DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO, NÃO SÃO INCOMPATÍVEIS COM O SUBSÍDIO, FORMA REMUNERATÓRIA DOS DETENTORES DE MANDATO ELETIVO (ART. 39, §4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). 2- TAL ASPECTO, CONTUDO, NÃO INIBE A EXIGÊNCIA DE LEI LOCAL QUE PREVEJA E AUTORIZE O PAGAMENTO, SOB PENA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, UMA DAS PILASTRAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, QUE EXIGE TAL CONDIÇÃO À REMUNERAÇÃO PAGA, TANTO A AGENTES POLÍTICOS, QUANTO A AGENTES E SERVIDORES PÚBLICOS. 3- INEXISTENTE A NORMA NO PERÍODO EM QUE EXERCIDO O MANDATO ELETIVO PELO DEMANDANTE, O JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO DE COBRANÇA É MEDIDA QUE SE IMPÕE. 4- RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

Importante frisar, ainda, que os entendimentos colacionados até o presente momento ao artigo em tela, correspondem, tão somente, aos dos julgadores da primeira câmara cível do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, ou seja, magistrado representantes do segundo grau de jurisdição, em que há ainda de se fazer uma menção a entendimentos isolados de alguns Juízes de primeiro grau de jurisdição, haja vista que, os excertos de julgados posto em observação são oriundos de recursos voluntários, porém, há a possibilidade de as partes, com o devido conformismo com a sentença proferida pelo magistrado de 1º grau, deixarem de interpor recurso de apelação, assim, prevalecendo o entendimento do Juiz singular.

Destarte, passamos a análise dos entendimentos de Juízes de 3 (três) comarcas do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, sendo as seguintes: comarca de Gurupi, especificamente o Juízo da 1ª Vara da Fazenda e Registros Públicos de Gurupi, em que nos autos de n. 0006159-84.2018.8.27.2722, tendo como Magistrado sentenciante o Dr. Elias Rodrigues dos Santos, que julgou procedentes os pedidos autorais para condenar a Fazenda Pública Municipal ao pagamento das verbas em discussão no presente artigo sem a necessidade lei específica; comarca de Araguaçu, onde o Juízo da 1ª Escrivania Cível de Araguaçu, nos autos de n. 0000498-78.2018.8.27.2705, tendo como juiz sentenciante o Dr. Nelson Rodrigues Da Silva, julgou improcedentes os pedidos autorais condicionando o

direito à necessidade de lei específica; comarca de Alvarada, em que o Juízo da 1ª Escrivania Cível de Alvorada, nos autos de n. 0001802-87.2019.8.27.2702, pelo Juiz sentenciante Dr. Fabiano Goncalves Marques, julgou improcedentes os pedidos iniciais, momento em que, em sentido igual ao Magistrado da comarca de Araguaçu, condicionou o pagamento das verbas a vereadores à necessidade de lei infraconstitucional.

Importante colacionar ao artigo, trecho da sentença do Magistrado da Comarca de Gurupi, em que vai em sentido ao exposto na fundamentação posta acima na análise do julgamento perante o STF (tópico 2.2), em que assim fundamentou em sua sentença:

Por outro lado, há orientação vinculante do STF - Repercussão Geral, no julgamento do RE nº 650.898 acerca da matéria, no qual, não fez qualquer ressalva de necessidade de edição de lei municipal sobre o assunto, nem estabeleceu necessidade de marco temporal para percepção das verbas ora pretendidas. (SANTOS, 2019, p. 2).

Veja-se, o entendimento do MM. Juiz Dr. Elias Rodrigues dos Santos corresponde a análise feita no tópico 2.2 (análise ao recurso extraordinário n. 650.898/RS), em que foi constatado que os Ministros do STF não fizeram alusão acerca da necessidade de lei específica, pelo contrário, em fala, o Ministro Luiz Fux fundamentou em seu voto que as verbas em questão devem ser aplicadas em conformidade com o §1º do art. 5º da Constituição Federal, ou seja, imediatamente pelo comando constitucional, não podendo ser vinculada à lei municipal.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que, apesar da previsão constitucional de que os vereadores podem receber verbas referentes ao 13º salário e terço constitucional de férias, os interpretes da lei acabam que violam outra norma constitucional, qual seja: a prevista no art. 5º, §1º, da Constituição Federal, que estabelece que as normas garantidoras de direitos fundamentais possuem aplicação imediata, ou seja, não precisam de outra norma infraconstitucional para assegurar o respectivo direito, o que deveria ocorrer na possibilidade de os vereadores receberem ou não as referidas verbas, dado que, como visto, em que pese tenha havido confusão no texto de lei constitucional, foi fixado, perante o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, que os vereadores, assim como outros detentores de poder, podem receber tais verbas.

Contudo, os Tribunais de Justiça Estaduais, tendo como objeto de estudo para este artigo o do Estado do Tocantins, condicionam a garantia deste direito à existência de norma infraconstitucional, o que faz da Carta Magna um verdadeiro papel sem eficácia, dado que, conforme preconiza Carlos Roberto Gonçalves 2021, p. 77): "toda lei está sujeita a interpretação, não apenas as obscuras e ambíguas", competindo aos interpretes o que bem entender.

Importante frisar que, de plano, o relator do Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida, lançou seu voto em sentido contrário à possibilidade de os vereadores receberem as mencionadas verbas. No entanto, na sessão de julgamento, levantou-se a discussão de que aqueles ministros do STF, detentores de Poder, deveriam ser afetados pelo julgamento, haja vista que, nas palavras do Ministro Roberto Barroso (2017, p. 88 e 89): "pau que bate em Chico bate em Francisco".

Portanto, a discussão acerca da possibilidade ou não de os vereadores receberem décimo terceiro salário e terço constitucional de férias foi superada perante o Supremo Tribunal Federal e bem recepcionada pelos Tribunais de Justiça Estadual, porém, abriu-se caminho a uma nova discussão, haja vista que, embora não tenha, o STF fixado a exigência de norma infraconstitucional, os Juízes e Desembargadores Estaduais condicionam o pagamento destas verbas remuneratórias à existência de uma lei local municipal, o que viola o disposto no §1º do art. 5º da Constituição Federal, dado que são garantias fundamentais constitucionais.

REFERÊNCIAS

DUARTE, S. V.; FURTADO, M. S. V. **Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) em Ciências Sociais Aplicadas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988

GIL, Antônio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2019

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 1: parte geral. 19. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 77.

MARCONI, M. de A. LAKATOS, E. M. **Metodologia Científica**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 52.

SENADO FEDERAL. **Manual do vereador**. Brasília: Interligues, 2005. p. 40.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. Editora. Rio de Janeiro, Forense, 1991. p. 282.

STF, Plenário. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 650.898/RS**. Rel. Min. Mauro Aurélio, DJe 01.02.2017.