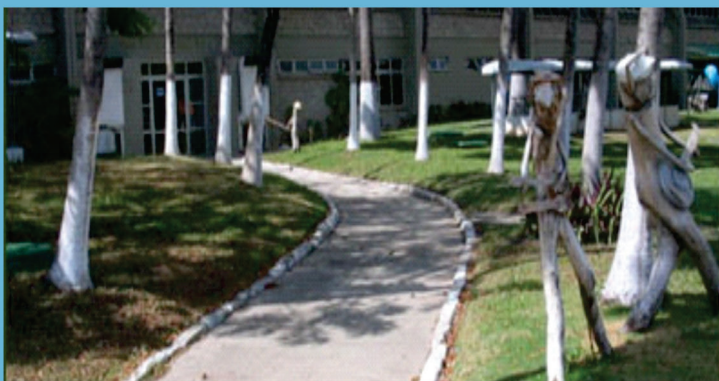




Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará

Centro de Estudos e Treinamento - CETREI



2020



Revista da Procuradoria Geral do Estado

**Centro de Estudos e Treinamento
CETREI**

**Fortaleza
2020**

Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará

Nº 20 / 2020

Redação

Centro de Estudos e Treinamento – CETREI

Av. Dr. José Martins Rodrigues, 150 – Edson Queiroz

CEP. 60811-520 – Fortaleza – Ceará

cetrei@pge.ce.gov.br – Fone: (85) 3459-6351

Toda correspondência deve ser dirigida ao **Centro de Estudos e Treinamento – CETREI**.

Os artigos são de exclusiva responsabilidade de seus autores. As opiniões neles manifestadas não correspondem necessariamente às opiniões da Procuradoria Geral do Estado.

Os trabalhos aprovados por superiores hierárquicos representam também a opinião dos órgãos por eles dirigidos.

É permitida a transcrição das matérias com a devida citação da fonte.

COORDENAÇÃO DA REVISTA

César Oliveira de Barros Leal
André Luiz Sienkiewicz Machado
Vanessa Mesquita Sousa

CONSELHO EDITORIAL

Alexsandra de Lima	Luiz José Euclimar Xavier de Menezes
André Leite	Juvêncio Vasconcelos Viana
André Luiz Sienkiewicz Machado	Mantovanni Colares Cavalcante
Antônio Augusto Cançado Trindade	Maria do Socorro Demétrio Ximenes
Bleine Queiroz Caúla	Matteus Viana Neto
Carlos Weis	Paulo Bonavides
Caroline Moreira Gondim	Paulo Hiram Studart Gurgel Mendes
César Barros Leal	Paulo Lugon
Daniel Quintas dos Santos Colares	Rizomar Nunes Pereira
Deusdedit Rodrigues Duarte	Rommel Barroso da Frota
Fernanda Tonetto	Ubiratan Ferreira de Andrade
Heloisa Helena de Almeida Portugal	Valter Moura do Carmo
João Renato Banhos Cordeiro	Vanessa Mesquita Sousa

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO CEARÁ

DIRIGENTES

Procurador-Geral do Estado

Juvêncio Vasconcelos Viana

Governador do Estado do Ceará

Camilo Sobreira de Santana

Procurador-Geral do Estado

Juvêncio Vasconcelos Viana

Procurador-Geral Adjunto de Consultoria e Contencioso Tributário

Antônia Camilly Gomes Cruz

Procurador-Geral Adjunto de Consultoria Administrativa e Contencioso-Geral

João Régis Nogueira Matias

Procurador-Geral Executivo Assistente

Rafael Machado Moraes

Corregedora

Cláudia Maria Martins de Saboya

Procurador-Chefe da Procuradoria Judicial

Iuri Chagas Carvalho

Assessoria de Análise, Elaboração e Revisão de Cálculos Judiciais e Extrajudiciais

João Renato Banhos Cordeiro

Procurador-Chefe da Procuradoria Fiscal

Gerardo Rodrigues de Albuquerque Filho

Procurador-Chefe da Consultoria Geral

Rafael Machado Moraes

Procurador-Chefe da Procuradoria do Processo Administrativo Disciplinar

Daniel Feitosa de Menezes

Procurador-Chefe da Dívida Ativa

Fábio Pedrosa Vasconcelos

Procurador-Chefe do Centro de Estudos e Treinamento

César Oliveira de Barros Leal

Procurador-Chefe da Procuradoria do Meio Ambiente

Lício Justino Vinhas da Silva

Procuradora-Chefe da Procuradoria da Administração Indireta

Caroline Moreira Gondim

Procuradora-Chefe da Procuradoria da Licitação

Antônia Simone Magalhães Oliveira

Coordenadora Administrativo Financeira

Rosa Maria Chaves

ARTIGOS

Propaganda Eleitoral em Bens Públicos: Análise do Acórdão Prolatado pelo STF na ADPF Nº 548 e seus Impactos nas Universidades <i>Bernardo Raposo Vidal</i>	11
O Fenômeno da Pejotização e a Fraude nas Relações de Emprego <i>Caio Valério Gondim Reginaldo Falcão e Rafael Albuquerque de Souza</i>	29
Ausência Injustificada das Partes à Audiência de Conciliação ou de Mediação: Uma Análise da Multa por Ato atentatório à Dignidade da Justiça sob a Perspectiva do <i>Contempt of Court</i> no Direito Inglês <i>Caio Viana Andrade e Elizabeth Alecrim Soares Coelho</i>	45
O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Constituição Federal de 1988 e a Audiência de Custódia <i>César Barros Leal</i>	65
Federalismo Ecológico no Brasil para Sustentabilidade da Amazônia Legal <i>Danilo Santos Ferraz</i>	83
Convergência Adaptativa entre Algoritmos de Carbono (Advogados Públicos) e Algoritmos de Silício (Agente Artificial): Criando um Agente Racional para Vencer no Teatro Operacional Jurídico <i>Fábio Hilário Martinez de Oliveira</i>	101
Acumulação de Cargos Públicos do Servidor Público Federal, Jornada Semanal Superior a 60 Horas e Improbidade Administrativa <i>Francisco Antonio Nogueira Bezerra e Ricardo Facundo Ferreira Filho</i>	117

A Vigente Situação do Sistema Penitenciário Nacional como Afronta ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana <i>Iago Almeida Barroso e Nelson Ricardo Gesteira Monteiro Filho</i> ..	143
O Enfraquecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o Brasil <i>Igor de Albuquerque Pereira Cavalcante</i>	153
A Não Incidência do ICMS sobre a Dilatação Volumétrica no Transporte de Combustíveis <i>Igor Frota Moreira e Isadora Carneiro Tapeti França</i>	175
Arbitragem Aplicada à Administração Pública e à Execução Fiscal <i>Jefferson de Paula Viana Filho</i>	199
Cegueira Deliberada e Lavagem de Capitais: Reflexões da Doutrina e da Jurisprudência no Direito Comparado <i>Magno Gomes de Oliveira</i>	217
Da Aplicação de Multa Coercitiva contra Agente Público em Sede de Mandado de Segurança <i>Pablo Henrique Garcete Schrader</i>	241
Ativismo Judicial e Separação de Poderes no Estado Constitucional Brasileiro <i>Paulo Henrique de Oliveira e José Osório do Nascimento Neto</i>	269
O Princípio da Preservação da Empresa e a Prática de Atos Constitutivos em Sede de Execução Fiscal contra a Empresa em Recuperação Judicial <i>Pedro Parolin Teixeira e Edeilson Ribeiro Bona</i>	291
Mediación Administrativa Electrónica: Nuevos Retos y Posibilidades para la Administración Pública Contemporánea <i>Renata Fabiana Santos Silva</i>	313
A Obrigação do Poder Público de Custear Tratamentos não Fornecidos pelo SUS fora do Domicílio do Paciente: O Estudo de Caso do Menor W.S.B. <i>Vanessa Mesquita Sousa e Laíz Mariel Santos Souza</i>	329

PEÇAS FORENSES

Agravo de Instrumento	349
Contestação em Ação Ordinária com Pedido de Antecipação de Tutela	367
Recurso Extraordinário.....	397

ARTIGOS

PROPAGANDA ELEITORAL EM BENS PÚBLICOS: ANÁLISE DO ACÓRDÃO PROLATADO PELO STF NA ADPF Nº 548 E SEUS IMPACTOS NAS UNIVERSIDADES

Bernardo Raposo Vidal

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará - UFC (2019-2020); Especialista em Direito Administrativo Empresarial pela UCAM/RJ; Graduado em Direito pela UERJ (Universidade do Estado do Rio de Janeiro); ex-Advogado do BNDES; ex-Juiz Eleitoral da 48ª e 52ª Zona Eleitoral do TRE/CE; Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

1. INTRODUÇÃO

A propaganda política, gênero do qual derivam a propaganda partidária, a eleitoral, a intrapartidária e a institucional, permeia todo processo democrático brasileiro, ainda quando não haja pleito eleitoral em curso, dada sua importância e impacto na vida dos cidadãos. Não é à toa que há numeroso influxo de normas e resoluções sobre o tema, além de olhar cuidadoso da Doutrina e Jurisprudência.

Exemplo perfeito dessa interação ocorreu nas eleições de 2018. Houve intenso debate sobre a propaganda eleitoral negativa, principalmente, aquela realizada em Universidades Públicas. A Autonomia Universitária foi suscitada como moderador à intervenção da Justiça Eleitoral. Indagou-se também se haveria propaganda eleitoral irregular caso houvesse ofensa ou associação de um fato histórico a determinado candidato no ambiente da Universidade.

A partir da recente problemática exposta na ADPF nº 548, os contornos que ali foram delineados trarão novos desafios à Justiça Eleitoral no enfrentamento dessas questões, por variadas razões dentre as quais podem ser citadas a polarização política ainda existente; aprimoramento das técnicas de difusão, via internet, das notícias falsas (*"fake news"*) bem como a vetusta prática de uso da máquina

pública, incluindo os bens públicos de uso comum e especial, para incrementar chances de reeleição ou eleição de correligionários.

Objetiva-se, através desse artigo, aprofundar aspectos relacionados ao conceito de propaganda eleitoral negativa, propondo, ainda, uma classificação de suas subespécies. Para tal, tomar-se-á por substrato a jurisprudência consolidada do TSE, as providências oficiais em relação ao ocorrido no segundo turno da eleição presidencial de 2018, em específico nas Universidades Públicas, cotejando tais casos ao decidido pelo STF no bojo da ADPF nº 548. Pretende-se, sob o prisma da legislação, da doutrina e da jurisprudência contribuir para melhor compreensão do tema.

2. PROPAGANDA ELEITORAL

Na doutrina eleitoral é majoritário o entendimento de que o conceito de Propaganda Política abarca a propaganda intrapartidária, a propaganda partidária, a propaganda eleitoral e a propaganda institucional. Em que pese a relevância das espécies elencadas, nas breves linhas deste artigo pretende-se desenvolver a propaganda eleitoral.

Raquel Cavalcanti Machado (MACHADO, 2019, p. 298), após tecer comentários a respeito dos princípios da propaganda política, conceitua a espécie eleitoral como sendo “[...] *aquela desenvolvida pelo candidato com a finalidade de ganhar as eleições e conquistar o direito ao mandato. É direcionada, portanto, à conquista do voto do eleitor*”.

José Jairo Gomes (GOMES, 2018, pp. 429/430) adiciona elementos:

Caracteriza-se por levar ao conhecimento público, ainda que de maneira disfarçada ou dissimulada, candidatura ou os motivos que induzam à conclusão de que o beneficiário é o mais apto para o cargo em disputa. Nessa linha, constitui propaganda eleitoral aquela adrede preparada para *influir na vontade do eleitor, em que a mensagem é orientada à atração e conquista de votos*.

Portanto, deixe-se claro que, para além do altruísmo intrínseco ao processo, nem sempre a intenção do candidato é republicana, bem como nem sempre o voto do eleitor visa a eleger o melhor representante para a coletividade. Ambos querem o melhor para si. O voto é uma decisão individual, mas o processo construtivo é bilateral.

Assim, depende de mecanismos de vontade e convencimento, características próprias de um negócio jurídico. E, como todo negócio jurídico, está sujeito a defeitos em sua celebração, seja por vícios na vontade/consentimento (dolo/coação/erro) seja por vícios sociais (como a simulação). Como se pode perceber, há certa semelhança entre os vícios de consentimento do negócio jurídico e a propaganda eleitoral negativa não permitida, principalmente, quando se trata de usar de estratégias ofensivas a um candidato ou de divulgar notícias falsas. Ambas redundarão em defeitos que agirão diretamente na vontade do eleitor ou em sua compreensão de fatos, resultando em um voto não tão livre como determina a Constituição Federal de 1988.

Por ora, deixe-se assentado que as hipóteses para que Doutrina e Jurisprudência limitem o direito à manifestação política, à liberdade de expressão (incluída nesse princípio a propaganda eleitoral), sem que haja substrato legal que lhe permita expressamente, são excepcionais, mormente se considerarmos que a liberdade é a regra em nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido, a propaganda eleitoral lícita (“nos termos da legislação eleitoral”), não pode sofrer censura (e.g., art. 41, § 2º da Lei 9.504/97), nem ser coibida por autoridade pública, tampouco por particular. O Código Eleitoral prevê como crime a conduta de “*inutilizar, alterar ou perturbar meio de propaganda devidamente empregado*” (art. 331), bem como “*impedir o exercício de propaganda*” (art. 332). Transcreve-se, por oportuno, o artigo 41 da Lei 9.504/97, que dispõe:

A propaganda exercida nos termos da legislação eleitoral *não* poderá ser objeto de multa nem cerceada sob alegação do exercício do poder de polícia ou de violação de postura municipal, casos em que se deve proceder na forma prevista no art. 40.

Dessarte, em razão do relevo do tema, tanto o legislador infraconstitucional como o Tribunal Superior Eleitoral, este último atuando como regulamentador, previram algumas balizas para salvaguardar eleitores e candidatos, garantindo a aplicação dos postulados da regularidade, da igualdade e da legitimidade democrática do processo eleitoral (artigos 1º, *caput*, incisos I e II, e parágrafo único; e 14, *caput* e § 9º, da Lei Maior) sem restringir em absoluto o exercício da liberdade de expressão.

Em relação à propaganda eleitoral, o Código Eleitoral regula a matéria nos artigos 240 a 256; a Lei das Eleições tutela-a dos artigos

36 ao 57; assim como a Resolução do TSE nº 23.610/2019 (revogou a Resolução nº 23.551/2017 aplicada às eleições de 2018) regulamenta os dispositivos acima.

Como o escopo é delimitar o conteúdo da propaganda eleitoral negativa e suas subespécies, necessário que se apresente as passagens mais importantes dos dispositivos legais referenciados.

O Código Eleitoral se detém ao tema da propaganda eleitoral negativa, nos arts. 242 e 243. Estes normatizam o comando legal de que a propaganda não deve empregar meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais; também não será tolerada propaganda de preconceitos de raça ou de classes, que promovam incitamento de atentado contra pessoa ou bens ou que caluniem/difamem ou injuriem quaisquer pessoas, órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública.

A Lei nº 9.504/97, nos arts. 53 e 57-D, § 3º, também observa a necessidade de se evitar a censura prévia dos programas eleitorais gratuitos, sem descuidar sua ponderação com balizas morais, como a regra que veda a veiculação de propaganda que possa degradar ou ridicularizar candidatos, para proteger sua honra, assim afasta toda aquela que viole “a moral e os bons costumes”. A norma ainda garante poderes ao Juiz Eleitoral para determinar a retirada de publicações que contenham agressões ou ataques a candidatos em sítios da internet, inclusive redes sociais.

A Resolução nº 23.610/2019 do TSE, em seu art. 6º recupera a finalidade esboçada nos arts. 242 e 243 do Código Eleitoral. Vai além, no art. 27, §1º, ao regulamentar a livre manifestação do pensamento do eleitor na internet. Esta propaganda somente é passível de limitação quando ocorrer ofensa à honra de terceiros ou caso se divulguem fatos sabidamente inverídicos. Portanto, divulgar notícias falsas integra o conceito de propaganda negativa não-permitida.

O que se observa da legislação eleitoral é a uma dupla preocupação: tanto em se resguardar a honra, a dignidade da pessoa para além do candidato, como também com a contaminação artificial do pleito pelas notícias falsas. Não à toa, previu-se no bojo das vedações acima, penalidades administrativas em face dos transgressores.

Considerando-se a finalidade das normas eleitorais, é necessário interpretar-se o §3º do art. 57-D da Lei das Eleições à luz do entendimento consolidado no §1º do art. 27 da Resolução nº 23.610/2019 do TSE. Isso porque “agressões ou ataques candidatos”

devem estar relacionados com a “ofensa à honra ou divulgação de fatos sabidamente inverídicos”, sob pena de amalgamar as diferentes subespécies da propaganda eleitoral negativa e violar a liberdade de expressão (de propaganda) dos candidatos.

2.1 Classificação quanto ao sentido. Subespécies da Propaganda Negativa

Considerando a sistemática bilateral referida no item anterior e as nuances próprias de uma democracia como a brasileira, em que deveras importante é o estudo da tipologia trazida pela doutrina eleitoral, mais precisamente por José Jairo Gomes (GOMES, 2018, p. 430), sobre as diferentes formas de propaganda eleitoral.

Quanto ao sentido – pode a propaganda ser positiva ou negativa. Na positiva, afirma José Jairo (GOMES, 2018, p. 431)

[...]exalta-se o beneficiário, sendo louvadas suas qualidades, ressaltados seus feitos, sua história, enfim, sua imagem. (...) o candidato alardeia suas realizações e personalidade, fazendo todo o possível para se apresentar sob uma luz positiva, de maneira a passar uma imagem com a qual os votantes possam facilmente se identificar. (ex.: “quando senador, o candidato João votou projetos que melhoravam escolas e combatiam a criminalidade; o candidato XX bem serviu ao seu país; criou muitos empregos como empresário; combateu a corrupção enquanto governador, etc).

A negativa, prossegue o professor:

Tem por fulcro o menoscabo ou a desqualificação dos candidatos oponentes, sugerindo que não detém os adornos morais ou a aptidão necessária à investidura em cargo eletivo. Os fatos que a embasam podem ser total ou parcialmente verdadeiros, e até mesmo falsos. (GOMES, 2018, p. 432)

Em suma, tenta-se incutir no eleitorado estados hostis contra o adversário, de forma que não lhe reste outra alternativa senão escolher o outro candidato. Sob a pecha de tática de convencimento, a propaganda negativa pode provocar sérios danos à imagem de suas vítimas, para além da derrota no certame.

Neste ponto, relevante destacar que há linha tênue entre ofensa pessoal e a crítica ácida própria da atividade política. Deliberar de forma aguerrida para chegar-se a pontos de vistas contrários é medida

salutar ao espaço democrático. Nesse sentido, é de bom tom analisar o que pondera Aline Osorio (OSORIO, 2017, p. 228):

A crítica política – dura, mordaz, espinhosa, ácida – é peça essencial ao debate democrático, sendo natural em campanhas eleitorais a utilização de estratégias de desqualificação de oponentes, realçando defeitos, pontos fracos, erros e manchas em suas biografias. Além de inevitável, a propaganda negativa pode ser benéfica ao processo democrático. (...) “por meio da crítica à figura dos candidatos, os eleitores têm acesso a um quadro mais completo das opções políticas. Considerações a respeito do caráter, da idoneidade e da trajetória dos políticos não são indiferentes ou [ir]relevantes para o eleitorado e fazem parte do leque de informações legitimamente utilizadas na definição do voto.

Como, então, delimitar o que é considerado propaganda eleitoral negativa, própria do debate público, daquela que descamba para a ofensa pessoal? Existiriam duas subespécies?

Considera-se, *a priori*, que há duas subespécies de propaganda eleitoral negativa: a) PERMITIDA, relativa à crítica ácida, calcada em fatos verdadeiros e que respeite a dignidade do outro candidato; b) NÃO PERMITIDA, que busca malversar direitos da personalidade do adversário político e/ou trata de forma falsa, parcial ou totalmente, dado fato da realidade (*Fake News*). Como traçar suas distinções com acurácia é o que se buscará no item 2.2 deste artigo.

2.2 Propaganda Eleitoral Negativa Não-Permitida na jurisprudência do TSE -Tribunal Superior Eleitoral

Em relação à propaganda eleitoral negativa, há vastos julgados do Tribunal Superior Eleitoral. Este, ao interpretar a legislação correlata, utilizando-se de doutrina específica, produz fundamentos jurídicos através de exegese reiterada, que indicarão os elementos necessários a formar o conceito de propaganda eleitoral negativa permitida e não-permitida.

Ao tratar de propaganda eleitoral negativa extemporânea, o Min. Relator João Otávio de Noronha no Ac. de 17.3.2015 no AgR-REspe nº 20626 aponta a violação de direitos da personalidade como um dos indicativos de sua configuração:

(..)imagem ofensiva à honra e à dignidade do governador do estado configura propaganda eleitoral negativa extemporânea.

(...) a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, no sentido de que o pluralismo político, a livre manifestação do pensamento, a liberdade de imprensa e o direito de crítica não encerram direitos ou garantias de caráter absoluto, atraindo a sanção da lei eleitoral no caso de ofensa a outros direitos, tal como o de personalidade.

Em semelhante sentido, o acórdão do TRE/CE nº 0602998-85 de 11/06/2019, de Relatoria do Juiz Eleitoral Roberto Viana Diniz de Freitas, publicado no DJE, em 18/06/2019.

O acórdão TSE de 28.6.2011 na Rp nº 118181, rel. Min. Nancy Andrighi, aponta o conceito de crítica válida (propaganda negativa permitida). A relatora aduziu que

o lançamento de críticas em programa partidário – ainda que desabonadoras – ao desempenho de filiado à frente da administração é admitido quando não ultrapasse o limite da discussão de temas de interesse político-comunitário, vedada a divulgação de ofensas pessoais ao governante ou à imagem de partido político, que não exalte as qualidades do responsável pela propaganda e não denigre a imagem da agremiação opositora, sob pena de configurar propaganda eleitoral subliminar, veiculada em período não autorizado pela legislação de regência. [...]

Propalar notícias falsas integra o conceito de propaganda negativa não-permitida conforme reafirma o acórdão prolatado pelo TSE, em 7.8.2014, no R-Rp nº 38029, rel. Min. Tarcísio Vieira De Carvalho Neto, red. designado Min. Gilmar Mendes. Na mesma linha do julgado, há precedentes do Supremo Tribunal Federal HC nº 78426/SP, de 16.3.1999, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, e Inquérito nº 1247/DF, de 15.4.1998, rel. Ministro Marco Aurélio.

Também configuram propaganda eleitoral antecipada negativa críticas que desbordam os limites da liberdade de informação, em contexto indissociável da disputa eleitoral do pleito vindouro. Nesse sentido o Ac. de 10.2.2011 no AgR-REspe nº 3967112, rel. Min. Arnaldo Versiani.

É importante para o TSE (Ac. de 8.8.2006 no ARP nº 953, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito.) que se depreenda da leitura do material apreendido (e.g., santinhos, faixas, etc) o nítido intuito de beneficiar um dos candidatos e de prejudicar outro, configurando, neste caso, propaganda eleitoral negativa, o que é vedado de modo inequívoco pela legislação eleitoral em vigor.

Sobre a propaganda negativa em bens públicos, o TSE já decidiu (Ac. nº 25.144, de 15.12.2005, rel. Min. Marco Aurélio.) que configura transgressão eleitoral o uso de bem público para reunião na qual se discorre sobre procedimento de candidato opositor apontando-o contrário aos interesses dos munícipes.

Dos julgados elencados acima e de vários outros que podem ser pesquisados nos repositórios online de jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, extraem-se os conceitos das subespécies de propaganda eleitoral negativa, conforme será visto abaixo.

Como mencionado, o que se pode extrair das ementas é um certo padrão que induz ao conceito das subespécies de propaganda eleitoral negativa. Pelos julgados, somada à construção doutrinária, pode-se considerar como *propaganda eleitoral negativa não-permitida* aquela que busca malversar direitos da personalidade do adversário e/ou trata de forma falsa, parcial ou totalmente, dado fato da realidade (*Fake News*), *para prejudicá-lo no pleito, extrapolando a livre manifestação do pensamento, a liberdade de imprensa e o direito de crítica quando ponderado com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o direito ao voto livre*.

Por exclusão, tem-se como propaganda eleitoral negativa permitida aquela relativa à crítica ao adversário político própria do debate público e democrático, envolvendo discussões de temas de interesse político-comunitário, calcada em fatos verdadeiros e que respeite tanto os direitos da personalidade quanto a legislação eleitoral.

Como se percebe, as definições acima trazem alguns conceitos jurídicos indeterminados, que haverão de ser preenchidos no caso concreto, observando-se, a jurisprudência construída. Assim, poderá haver certa variação nas decisões dos juízes eleitorais, no que tange ao que se considera propaganda eleitoral negativa, o que geraria certa insegurança jurídica. Entretanto, como os prazos no âmbito do Direito Eleitoral são, em regra, exíguos, o TRE e até o TSE poderão uniformizar o entendimento e delimitar os referidos conceitos através das ações em curso, sem grandes prejuízos aos candidatos e à segurança jurídica.

3. ELEIÇÕES 2018 E A ADPF Nº 548 DO STF

Nas eleições presidenciais de 2018, mormente no segundo turno, houve alguns acontecimentos envolvendo suposta propaganda

eleitoral negativa e positiva em Universidades Públicas espalhadas pelo país.

Um dos casos mais emblemáticos e objeto da ADPF nº 548, ocorreu na UFF – Universidade Federal Fluminense, localizada no município de Niterói/RJ, no Campus da Faculdade de Direito. No segundo turno das eleições presidenciais de 2018, o Diretório Acadêmico Estudantil esticou faixa na frente da Faculdade de Direito com os dizeres “UFF Antifascismo”.

A Juíza da 199ª Zona Eleitoral determinou a retirada da faixa com os dizeres “Direito UFF Antifascista” da fachada do campus de Direito da Universidade Federal Fluminense, na noite do dia 23 de outubro de 2019. A equipe de fiscalização da propaganda eleitoral da 199ª Z.E. constatou, no Centro Acadêmico (CAEV), a existência de adesivos, panfletos e cartazes afixados em paredes e móveis (armários) contendo mensagens com conteúdo político-eleitoral de apoio ao presidenciável Fernando Haddad e de rejeição à candidatura de Jair Bolsonaro.

A equipe de fiscais não teria comparecido à UFF, específica e exclusivamente para retirar a faixa com os dizeres ‘Direito UFF Antifascista’, posto que, à primeira vista, não apresentaria conteúdo político-eleitoral. Somente após ter sido encontrado o material irregular de propaganda eleitoral positiva dentro da universidade, com santinhos e adesivos, é que foi possível estabelecer o contexto no qual, na visão dos fiscais e da Magistrada eleitoral, teria sido delineado o viés político-eleitoral.¹ Em sua decisão a juíza ponderou que

A distopia simulada nas propagandas negativas contra o candidato Jair Bolsonaro encontrados dentro da Faculdade de Direito da UFF permite o reconhecimento do caráter político-eleitoral dos dizeres constantes da faixa em questão, o que, no cenário conflituoso de polarização e extremismos observado no momento político atual, pode criar, na opinião pública, estados passionais com potencial para incitar comportamentos violentos.

Considerando-se o conceito de propaganda eleitoral negativa *em ambas subespécies*, a vedação expressa do art. 37 da Lei nº 9504/97 e os fatos que fundamentaram a decisão da juíza eleitoral, entende-se que o ato judicial, naquele momento, estava devidamente

1 <https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/juiza-retirada-bandeira-antifascista-uff-25102018>. Acessado em 06/07/2020.

respaldado legal e jurisprudencialmente. Nos santinhos apreendidos havia pedido expresso de voto para o candidato Fernando Haddad, o que se coaduna com o cenário traçado na propaganda negativa retratada na faixa, pois associava certo regime autoritário ao então candidato Jair Bolsonaro, maculando, em tese, sua imagem, fazendo crescer no eleitorado emoções adversas, que apenas poderiam favorecer seu *ex adversus*.

Ressalte-se que não se trata de saber se o candidato tem ou não aquelas características, mas, se era possível, dentro daquele contexto e da moldura hermenêutica já delineada pela jurisprudência na aplicação do artigo 37 da Lei 9.504/97, que a magistrada tivesse aquela interpretação restritiva.

Nesse caso em específico da retirada da faixa na UFF, entende-se que havia propaganda eleitoral negativa por alguns motivos: 1º) Estava-se em pleno 2º turno de eleições presidenciais, havendo, portanto, apenas 2(dois) concorrentes; 2º) A equipe de fiscalização da propaganda eleitoral de Niterói constatou, no Centro Acadêmico (CAEV), que confeccionou a faixa, a existência de adesivos, panfletos e cartazes afixados em paredes e móveis (armários) contendo mensagens com conteúdo político-eleitoral de apoio ao presidenciável Fernando Haddad e de rejeição à candidatura de Jair Bolsonaro; c) o bem público (Universidade) não poderia ter sido objeto de propaganda de qualquer natureza, ainda que não ofendesse a dignidade de outro candidato, pois bastava induzir no eleitorado sentimentos negativos ou positivos em favor de um dos dois, mesmo que possivelmente verdadeiros.

Portanto, ainda que houvesse propaganda eleitoral negativa permitida como críticas ácidas ao trabalho parlamentar de Jair Bolsonaro ou ao mandato municipal de Fernando Haddad, se praticada dentro do espaço caracterizado como bem público, e.g. Universidades e/ou Escolas estatais/municipais, a vedação do art. 37 da Lei 9.504/97 a alcançaria, pois, até o julgamento da ADPF nº 548, a interpretação corrente negava o emprego de qualquer tipo de propaganda eleitoral em bens públicos, seja ela positiva ou negativa.

Outro caso assemelhado, ocorreu no Estado do Ceará, mais precisamente na UNILAB – Campus Acarape. Foram recolhidos faixas e folhetos com pedido de votos para o candidato do Partido dos Trabalhadores, além de determinada a pintura de paredes onde constava pichações como “Vote 13” e retirada de propaganda negativa em forma de faixa dependurada num dos blocos. “Ele não” estava

escrito na faixa. Aqui, ao menos com o entendimento jurisprudencial à época, podem ser aplicados os mesmos fundamentos acima, com as ressalvas, que serão tratadas mais à frente, relativas ao acórdão prolatado pelo Pleno do STF no bojo da ADPF nº 548.

Como afirmado acima, para enfrentar o tema da propaganda eleitoral em Universidades há que se ter em mente a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 548, proposta pela Procuradoria Geral da República e distribuída à relatoria da ministra Carmen Lúcia. A arguição impugnou decisões proferidas por juízes eleitorais que determinaram a busca e apreensão do que seriam panfletos e materiais de campanha eleitoral em universidades e nas dependências das sedes de associações de docentes, dentro do bem público. Em alguns casos, teriam sido proibidas reuniões e assembleias de natureza político-partidária, com manifestações públicas de apreço ou reprovação a candidatos nas eleições gerais de 2018, em ambiente virtual ou físico.

Após a concessão da liminar pela relatora, o Pleno referendou² sua decisão.

Durante o *iter* processual, a Advocacia Geral da União, em petição datada de maio de 2019, posicionou-se desfavoravelmente à procedência do pleito, aduzindo, em síntese, que todos os elementos normativos, doutrinários e jurisprudenciais coligidos conduzem à constatação de que é vedada toda e qualquer forma de propaganda eleitoral no interior de universidades públicas e privadas.

No referido documento, é possível denotar argumentação no sentido de que o Tribunal Superior Eleitoral já definiu que a distribuição de panfletos bem como a divulgação de promessas de campanha se incluem na definição de propaganda eleitoral, não podendo ser realizados dentro das universidades, uma vez que

2 O Plenário referendou, com efeito vinculante e eficácia contra todos, decisão monocrática que, em arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), suspendeu os efeitos de atos judiciais ou administrativos emanados de autoridade pública que possibilitem, determinem ou promovam o ingresso de agentes públicos em universidades públicas e privadas, o recolhimento de documentos, a interrupção de aulas, debates ou manifestações de docentes e discentes universitários, a atividade disciplinar docente e discente e a coleta irregular de depoimentos desses cidadãos pela prática de manifestação livre de ideias e divulgação do pensamento em ambientes universitários ou em equipamentos sob a administração de universidades públicas e privadas e serventes a seus fins e desempenhos.(...) [ADPF 548-MC-REF, rel. min. Carmen Lúcia, j. 31-10-2018, P, Informativo 922.]

configurariam atos de propaganda eleitoral irregular, nos termos do artigo 37 da Lei nº 9.504/1997.

Para a Advocacia Geral da União, a legislação e a jurisprudência relacionadas ao tema foram edificadas a partir de cautelosa ponderação entre, de um lado, os princípios da liberdade de expressão e da autonomia universitária e, de outro, da necessidade de imposição de restrições à propaganda eleitoral, com vistas a resguardar a legitimidade democrática.

Ponderou-se que a Universidade deve sim ser reconhecida como um espaço de livre debate de ideias, mas sem a prevalência de corrente de pensamento específica, sob pena dessa parcialidade interferir no processo eleitoral de forma ilegal. O Supremo Tribunal Federal já afirmara, por diversas vezes, que “o princípio da autonomia universitária não significa soberania das universidades, devendo estas se submeterem às leis e demais atos normativos”³.

A ADPF já possui julgamento definitivo. O referido acórdão foi publicado em 24.06.2020 e se orientou, unanimemente, no sentido de referendar a tutela cautelar.

A leitura da decisão liminar e do acórdão em cotejo com o disposto no art. 37 da Lei das Eleições e o exposto *supra* permite concluir que quando em confronto os princípios da autonomia universitária e da liberdade de expressão com as vedações legais à propaganda eleitoral irregular, deve-se ter cautela extra na aplicação das regras eleitorais de forma a não anular a força normativa dos referidos princípios e assim, vilipendiar a natureza intrínseca das Universidades, local onde ocorre o “livre debate de ideias” e renovam-se os conhecimentos nas diferentes searas cultural, social, política e econômica de um país.

Nesse ponto, faz-se necessário ressaltar o entendimento deste autor. Acredita-se que a questão poderia ser resolvida com as balizas fáticas delineadas no caso concreto, sem vinculação a uma restrição prévia ao poder de polícia como ocorreu na ADPF nº 548. A

3 RE nº 1036076 AgR, Relator: Ministro DIAS TOFFOLI, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 15/06/2018, Publicação em 29/06/2018. No mesmo sentido: AI nº 647482 AgR, Relator: Ministro JOAQUIM BARBOSA, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 01/03/2011, Publicação em 31/03/2011; RE nº 553065 AgR, Relator: Ministro JOAQUIM BARBOSA, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 16/06/2009, Publicação em 01/07/2009; e ADI nº 1599 MC, Relator: Ministro MAURICIO CORRÊA, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 26/02/1998, Publicação em 18/05/2001.

técnica da ponderação de princípios de Robert Alexy (ALEXY, 2017) – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito - traz ferramental adequado ao sopesamento principiológico, de modo a preservar o voto livre, os postulados da regularidade, da igualdade e da legitimidade democrática no processo eleitoral sem menoscabar a força normativa dos princípios da liberdade de expressão e da autonomia universitária(ou liberdade de cátedra).

Entende-se que, caso forem distribuídos panfletos em dada Universidade ou, em uma Escola Municipal ou Estadual, com o número e nome do candidato (propaganda eleitoral positiva), não haveria liberdade de expressão ou autonomia universitária que derogaria a norma disposta no art. 37 da Lei 9.504/97.

Entretanto, os casos relativos à propaganda eleitoral negativa ou positiva em Universidades, considerando-se os fundamentos constantes do acórdão prolatado à unanimidade pelo STF na ADPF nº 548, demandarão, em sua análise, a presunção de legalidade dos atos propagandistas praticados dentro da Universidade, dificultando ou impedindo, na prática, o exercício do poder de polícia ou decisão judicial restritiva nesses bens públicos. Não há clareza sobre os limites práticos e conceituais que poderão ser impostos pela Justiça Eleitoral.

O resultado foi proclamado em audiência virtual do dia 14 de maio de 2020, por unanimidade, em que os ministros acompanharam a relatora, cujo voto foi lido e julgou procedentes os pedidos, ratificando a liminar, para:

a) declarar nulas as decisões impugnadas na presente ação, proferidas pelo Juízo da 17ª Zona Eleitoral de Campina Grande/PB, pelo Juízo da 20ª Zona Eleitoral do Rio Grande do Sul, pelo Juízo da 30ª Zona Eleitoral de Belo Horizonte/MG, pelo Juízo da 199ª Zona Eleitoral de Niterói/RJ e pelo Juízo da 18ª Zona Eleitoral de Dourados/MS;

b) declarar inconstitucional a interpretação dos arts. 24 e 37 da Lei 9.504/1997 que conduza à prática de atos judiciais ou administrativos pelos quais se possibilite, determine ou promova o ingresso de agentes públicos em universidades públicas e privadas, o recolhimento de documentos, a interrupção de aulas, debates ou manifestações de docentes e discentes universitários, a atividade disciplinar docente e discente e a coleta irregular de depoimentos desses cidadãos pela prática de manifestação livre de ideias e divulgação do pensamento nos ambientes universitários ou em

equipamentos sob a administração de universidades públicas e privadas e serventes a seus fins e desempenhos.

Como o acórdão, na forma do §3º do art. 10 da Lei nº 9882/1999, tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público, conclui-se que o Juiz Eleitoral, mesmo quando de posse de elementos concretos e objetivos de prática de propaganda eleitoral no âmbito das Universidades, não poderá usar o poder de polícia para determinar o recolhimento de panfletos, a suspensão ou o cancelamento de debates, ciclos de palestras ou reuniões, sob pena de incorrer em prévia censura e limitação de direito fundamental sem autorização constitucional. Sua atuação deverá ser postecipada, ou seja, em ação eleitoral sob o procedimento adequado e com as devidas garantias ao contraditório e à ampla defesa. Em suma, só poderá agir após o eventual dano ter sido causado.

Portanto, comprovando-se, posteriormente e em juízo, que houve propaganda irregular, os organizadores/realizadores ficarão sujeitos à multa prevista no parágrafo primeiro do art. 37 da referida lei, além da apuração administrativa pela Reitoria da Universidade ou da Direção da Faculdade, caso sejam alunos matriculados ou professores. Em suma, a *ratio decidendi* do acórdão prolatado pelo STF é preservar o núcleo essencial da liberdade de expressão e da autonomia universitária, evitando prévias censuras. Na conclusão do julgamento, o Supremo Tribunal Federal utilizou-se da interpretação conforme, sem redução de texto, para expurgar do sentido objetivo do art. 37 da Lei nº 9.504/97 a possibilidade de o Poder Judiciário sustar ato ou manifestação em Universidades Públicas ou Privadas, ainda que envolvam o uso de propaganda eleitoral irregular.

4. PRINCIPAIS IMPLICAÇÕES DA ADPF Nº 548 NAS ELEIÇÕES MUNICIPAIS 2020

o pleito que se avizinha em dezembro de 2020, o acórdão publicado trará relativo impacto no que tange às escolas municipais ou estaduais, porque, se por um lado, não há a incidência da norma constitucional que garante a autonomia universitária (liberdade de cátedra), por outro, ainda existirão o direito à liberdade de expressão e de reunião.

Vislumbra-se, no entanto, zona limítrofe apenas no que tange às disciplinas de Filosofia, Sociologia e História, muito em razão das

características próprias dos temas abordados que perpassam pela Política e suas reflexões.

Nesse ponto, entende-se que os Juízes Eleitorais devem seguir o *ethos* da decisão do STF na ADPF nº 548 e não censurar previamente as aulas ou encontros, ainda que dentro das instituições de ensino.

Caso haja representação por algum legitimado, guarnecida de mínimo de provas, deve-se notificar a Direção da Escola para que tenha ciência do ocorrido e apure, caso assim entenda, eventual responsabilidade administrativa do Professor ou representante discente/docente. Somente caberá ao Magistrado processar a representação (ou encaminhar peças ao MPE para que, cabendo, o faça) e aguardar eventuais ações eleitorais sobre irregularidade da propaganda, atuando repressivamente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o julgamento da ADPF nº 548, a Universidade tornou-se um bem público *sui generis*. Na prática, os Juízes Eleitorais quando se depararem com o tema propaganda eleitoral dentro de Universidades Públicas ou Privadas terão pouca segurança na aplicação do comando normativo extraído do art. 37 da Lei 9507/94. Alie-se a isto, a ameaça de sofrer representação no Conselho Nacional de Justiça ou incorrer em crime de abuso de autoridade. A tendência é que não haja qualquer intervenção do Poder Judiciário.

O julgamento em epígrafe delimitou parcialmente a questão da propaganda eleitoral nas universidades. No entanto, há questões⁴ controversas que foram omitidas no acórdão e gravitarão sobre o tema no curso dos pleitos eleitorais vindouros.

Uma delas versa sobre a competência/atribuição para resolução de contendas relacionadas à propaganda eleitoral nas Universidades. Considerando-se o dispositivo do acórdão, se considerarmos que a Justiça Eleitoral não poderá agir para controlar eventuais abusos, tal gestão ficará, então, a cargo das instâncias dirigentes das universidades (reitoria, direção e coordenação dos cursos)? Eles deverão assegurar que todos tenham direito de participar do debate de ideias e, ainda, atuar repressivamente contra condutas que impeçam que o lado político oposto tenha voz ou possa apor faixas, distribuir material, etc?

4 Agradeço ao Prof. Dr. Nagibe de Melo Jorge Neto por suas argutas sugestões sobre possíveis pontos práticos que não foram analisados pelo referido acórdão.

Como ficará o exercício da propaganda eleitoral, em qualquer de suas espécies, pelos centros acadêmicos? A liberdade concedida pelo acórdão refere-se apenas aos discentes e docentes ou inclui também os órgãos de direção ou representação acadêmica?

Ainda, poderão os professores, considerando-se a liberdade de cátedra na condução das aulas, pedir votos para um determinado candidato? E aos alunos deverão ser assegurados os direitos de manifestação do pensamento, incluindo o proselitismo político, contraditando o docente, inclusive durante as aulas, respeitada a ordem e o poder disciplinar do professor? Caso não atendido, quem lhe garantirá esse direito? O Poder Judiciário ou as instâncias administrativas?

O debate universitário é natural a docentes e discentes, respeitado o lugar de fala de cada um. Como se delineará a propaganda eleitoral de pessoas estranhas ao ambiente universitário, mas que ali estejam, com a chancela ou não de docentes, discentes ou centros acadêmicos? Estão abarcados pela imunidade universitária para fazer propaganda eleitoral livremente?

Tais respostas poderiam ter sido delimitadas no acórdão prolatado pelo STF, até para garantia da segurança jurídica. Em razão da omissão, caberá à doutrina, às instâncias da Justiça Federal Especializada e Extraordinária a resolução de eventuais questionamentos como os acima apontados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I) ALBUQUERQUE, Felipe Braga. *Banalização das campanhas eleitorais: uma análise crítica da propaganda política diante do sistema democrático*. pp. 399-427. In *Direitos fundamentais e democracia II* [Recurso eletrônico on-line] organização: CONPEDI/UNICURITIBA; coordenadores: Jonathan Barros Vita, Valéria Ribas do Nascimento, Daniela Menengoti Ribeiro. – Florianópolis: FUNJAB, 2013, pp. 401-402).

II) ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2017.

III) BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Jurisprudência por Assunto: Propaganda Eleitoral*. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>. Acesso em: 20/11/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 548. Relator: Min. Carmen Lúcia. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5576416>. Acesso em: 09/08/2020.

IV) GOMES, José Jairo. *Curso de Direito Eleitoral*, 14ª edição. Editora Atlas, 2018.

V) MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Direito Eleitoral*, 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

VI) OSORIO, Aline. *Direito Eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

VII) TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil* - Volume único, 8ª edição. Editora Método, 2018.

O FENÔMENO DA PEJOTIZAÇÃO E A FRAUDE NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Caio Valério Gondim Reginaldo Falcão

Bacharel em Direito pela UNIFOR/CE; Advogado (OAB-CE nº 12.008); Especialista em Direito Empresarial (PUC/SP); MBA em Assessoria Parlamentar (UNIPACE/CE); Membro do Instituto dos Advogados do Ceará – IAC; Membro da Academia Cearense de Direito - ACED, Cadeira nº 24; Presidente do Superior Tribunal de Justiça Desportiva do Futebol Salão – STJDFS; Procurador Geral Adjunto do Tribunal de Justiça Desportiva do Ceará.

Rafael Albuquerque de Souza

Bacharel pelo Centro Universitário Estácio de Sá; Advogado.

1. INTRODUÇÃO

O regime de formas de trabalho brasileiro tem como base a Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT, instituída por meio do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, sendo considerada pela doutrina e por juristas como uma norma imperativa de direito impositivo, que, aplicada em consonância com seus princípios basilares, oferece a devida guarida ao trabalhador.

Dentro desse cenário protetivo surgiu a Pejotização, um fenômeno cada vez mais utilizado por empregadores na contratação de prestadores de serviços. Logo se tornou um tema debatido com frequência pelos operadores do Direito, no qual se discute a possível ilegalidade dessa modalidade de trabalho e os meios que podem ser utilizados para desmascarar este instituto que assola o empregado hipossuficiente.

No tocante ao fenômeno, tem-se a Pejotização como uma forma de prestação de serviço. Contudo, é uma modalidade usada tão somente para desvirtuar a relação empregatícia, tentando burlar, em desfavor do empregado, normas e princípios. Assim, quem contrata um prestador de serviços com o objetivo de fraudar o vínculo de emprego existente entre as partes incorre em diversas penalidades, quer sejam trabalhistas, quer sejam tributárias.

Diante desse fenômeno cada vez mais comum no mercado brasileiro, faz-se necessário um instituto jurídico com o propósito de coibir a utilização desenfreada na contratação de “empregados” como prestadores de serviços para exercer atividade laboral de natureza contínua, subordinada, onerosa e pessoal, apoiados na patente realidade de serem eles hipossuficientes.

Cabe destacar a importância do fenômeno da pejetização, pois, não se trata de um tema recente, haja vista que o surgimento dessa modalidade surgiu em seguida ao advento da Constituição Federal de 1988, que apesar de carregar em seu bojo principiológico direitos e garantias fundamentais para o trabalhador, também deixou um vasto caminho para a implantação de diversas modalidades de prestação de serviços, a exemplo do aviso prévio, que caiu em desuso.

Entretanto, mesmo com o desuso desse princípio, a legalidade do instituto, que é a prestação de serviços por meio de uma pessoa jurídica, não encontrou guarida necessária no ordenamento brasileiro, pois, em determinado momento, pensava-se que uma reformulação nas normas trabalhistas desse um alento aos defensores de tal modalidade. Todavia, mesmo com o advento da reforma trabalhista ocorrida em 2017, nada se alterou em relação aos empregados hipossuficientes, em face dos requisitos elencados nos artigos 2º e 3º da CLT, que distinguem empregados e empregadores:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Nesse sentido, a doutrina majoritária posiciona-se a favor da aplicabilidade eficiente de normas e princípios norteadores do Direito Trabalhista, com o propósito de desmascarar esse tipo de manobra escusa, reconhecendo o vínculo empregatício entre os envolvidos, evitando-se assim a privação do gozo dos direitos constitucionais por parte dos empregados (BRASIL, 1943).

2. PRINCÍPIOS BASILARES QUE NORTEIAM O DIREITO TRABALHISTA E CARACTERIZAM A TENTATIVA DE FRAUDE NA RELAÇÃO DE EMPREGO

2.1. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE

Devem-se considerar os ensinamentos e diretrizes nos quais a doutrina majoritária leciona acerca da aplicabilidade e eficácia do Princípio da Primazia da Realidade nas relações de emprego, uma vez que, sua finalidade é trazer o contrato celebrado entre as partes para a real quadratura fática, haja vista a grande incidência de pessoas físicas constituindo “PJs”, com a finalidade de descaracterizar uma possível relação de emprego, pois, será regido pelo Código Civil e não pela CLT.

Diante desse pressuposto, é fácil a distinção entre esses indivíduos, no que tange a obrigações, atribuições e deveres. Aqui, o objetivo real é não levar em conta o conteúdo do contrato celebrado entre as partes.

Assim, entende-se que, a contratação dos serviços de uma pessoa jurídica com a mera finalidade de desvirtuar a relação de emprego deverá sempre ser objeto de análise do aplicador do Direito, uma vez que os elementos fáticos configuram um vínculo empregatício, preenchendo todos os pressupostos dos artigos 2º e 3º. da CLT (BRASIL, 1943).

Com base neste princípio, deve-se observar como está sendo executado o serviço, e não o que consta da desfigurada relação contratual. Em decorrência, o aplicador do Direito deverá agir com total sensatez e sensibilidade para elucidar essa possível desvirtuação.

Ainda sobre este princípio, para caracterização do vínculo empregatício, a doutrina majoritária utiliza embasamentos que asseguram ao trabalhador uma proteção quando do descumprimento e tentativa de desvirtuar a exata relação entre empregado e empregador.

Nota-se que a aplicação do princípio da primazia da realidade é uma das formas encontradas para descaracterizar o vínculo existente entre contratante e contratado, na qual, ao se reproduzir a verdade real, não se vislumbra o que, de fato, foi celebrado entre ambos no tal contrato para prestação dos serviços.

Desse modo, o Princípio da Primazia da Realidade é autônomo e tem o condão de proteger o trabalhador, pois devido à relativa

facilidade de o empregador – portador, que é, do poder impositivo para decidir de acordo com sua vontade e seu interesse -, valendo-se de ordens escusas e inaceitáveis, obrigar o empregado a submeter-se à assinatura de contratos “bilaterais”, que no contexto fático somente beneficiaria o contratante.

Assim, é imprescindível a aplicabilidade deste princípio no que tange à elucidação de uma relação de emprego desvirtuada, uma vez que, elementos para descaracterizar o vínculo existente estarão presentes. Desse modo, somente com esta análise minuciosa será possível caracterizar e desmascarar a tentativa de fraude.

2.2. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Ao adentrar no entendimento doutrinário acerca do Princípio da Proteção, em que pese à Pejotização, constata-se que o mesmo torna-se um dos mais importantes para o Direito Trabalhista Brasileiro, ainda mais quando se trata da caracterização do vínculo de emprego, uma vez que a proteção ao elo mais fraco da relação é o que realmente interessa neste caso.

Outrora, não se imaginava este tipo de proteção, e somente com a vinda de Constituições protecionistas se começou a dar ênfase aos primeiros traços de protetividade ao trabalhador. Assim, começou-se a utilizar com muito mais frequência este princípio, onde, para muitos, está o alicerce para defesa nas demandas trabalhistas, de uma feita que, ostenta estrutura autônoma, dando igualdade na relação empregatícia, além do que, como consequência dessa equiparação, o empregado passa a atuar com mais segurança e a realizar suas atividades com uma melhor prestação e desenvoltura.

2.3. PRINCÍPIO DA IRRENUNCIABILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS

Outro princípio que merece uma grande atenção ao se falar em direitos do trabalhador é o da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, caso em que o obreiro não poderá disponibilizar o que lhe foi garantido constitucionalmente. Assim, nota-se que, ao constituir uma pessoa jurídica, o prestador de serviços, ora empregado, renuncia expressamente ao que lhe foi dado por direito.

Conforme o entendimento doutrinário acerca deste princípio, o mesmo perfaz e frustra qualquer tentativa de o trabalhador abdicar dos seus direitos. Analisando-se, de uma forma mais rígida, a

indisponibilidade dos direitos, tem –se que é uma maneira de limitar a vontade das partes, uma vez que essa autonomia poderia gerar diretamente, tanto na vida do empregado como no tocante ao erário, prejuízos enormes, que se refletem na economia de um modo geral.

Portanto, em que pese à aplicabilidade acerca deste princípio, os doutrinadores, corroboram com o entendimento de que os direitos trabalhistas são indisponíveis. Portanto, ao constatar uma “PJ”, prestando serviços como se empregado não fosse, deve-se aplicar em conjunto este princípio e normas aplicáveis vigentes, a fim de descortinar o vínculo realmente existente.

2.4. PRINCÍPIO DA IMPERATIVIDADE DAS NORMAS TRABALHISTAS

No que tange à aplicação de normas trabalhistas específicas, este princípio as torna em sua essência, soberanas e distintas dos outros ramos do Direito Brasileiro. Contudo, nada obsta à utilização subsidiária de outras normas, como, por exemplo, o Código de Processo Civil. Isso, é claro, pela própria subsidiariedade, somente em determinadas matérias, conforme disposto no art. 769 da CLT, e, é óbvio, desde que sejam compatíveis.

Conforme entendimento doutrinário acerca deste princípio, o ramo do Direito Trabalhista prevalece sobre a vontade das partes. Logo, por se tratar de uma norma especial, essa relação não poderá, por meio de acordo, ser regida por outra norma do Direito.

2.5. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Este princípio, busca a longevidade das relações de emprego, partindo de um pressuposto de equilíbrio e estabilidade, por força, entre mais coisas, do postulado *in dubio pro operario* – Em consequência, o contrato firmado entre as partes intenta alargar-se no tempo, imaginando-se que, tanto empregado como empregador, usufruam do mesmo pensamento. Isso com vistas a que as atividades se pretendam por tempo indeterminado.

Cabe salientar, acerca da continuidade da relação de emprego, um ponto relevante, que decorre da vontade das partes: o contrato de trabalho deveria, em tese, ser por prazo indeterminado. No entanto, o empregador, ora contratante de serviços, tenta disfarçar essa continuidade, pois, contrata na maioria das vezes um empregado que

constituiu pessoa jurídica. Não se vislumbra, de pronto, qualquer anormalidade, só por si. Porém, se o contrato celebrado foi feito com a finalidade de desempenhar atividades que seriam exercidas por pessoa física, em caráter não eventual, com subordinação e com onerosidade, será caracterizado como continuidade da relação de emprego e, por conseguinte, o vínculo empregatício confirmar-se-á.

3. DA PEJOTIZAÇÃO

3.1. CONCEITO

A pejetização é uma tentativa de disfarçar o vínculo empregatício, tornando-se uma relação fraudulenta. Em termos objetivos, faz-se a conversão da pessoa física em jurídica para a modalidade contratada passar a ser regida pelo Código Civil, pois se trata de um contrato comum, e não de uma relação de emprego, que é regida tão somente pela CLT.

O termo *pejetização* exprime-se simples contratação de uma pessoa jurídica com o intuito de burlar leis e princípios que em conjunto regem a relação de emprego. Porém, não se deve entender que toda contratação de uma “PJ”, para prestação de serviços, seja sempre de caráter fraudulento.

Assim, quando se utiliza esse tipo de contratação de forma ilícita, busca-se a descaracterização ou desvirtuação da relação emprego, por meio de um único fator, a conversão de pessoa física em pessoa jurídica, embora não se deva atentar somente para este aspecto. É que a caracterização do vínculo empregatício necessita de outros componentes, elencados nos artigos 2º e 3º da CLT.

Embora essa tentativa de descaracterização ou tentativa de fraude na relação empregatícia esteja cada vez mais comum na seara trabalhista, o magistrado, ou outro intérprete qualquer, deverá observar os moldes da prestação do serviço, trazendo-os para a realidade fática, e não apenas o que acordado no ato da contratação.

Consoante ao entendimento da doutrina, verifica-se que o fator principal da relação de emprego é a pessoalidade. Logo, entende-se que há uma interligação direta entre trabalho e ser humano. Desta forma, fica disfarçada a contratação de uma pessoa jurídica com a intenção de fraudar e consequentemente desvirtuar o vínculo empregatício, uma vez que no caso não existam os componentes necessários do artigo 3º da CLT.

Nesse sentido, entende-se que a contratação de uma pessoa jurídica para exercer a atividade laboral, a não ser que seja autônomo hipersuficiente, tem uma característica mascarada, uma vez que o trabalho somente poderá ser exercido por uma pessoa física, tendo por finalidade objetiva a descaracterização, já que fictícia jurídica, ficção do Direito, que é, não trabalha efetivamente. Por isso, o conceito da pejetização, além de a doutrina majoritária preceituá-la como fraude às relações de emprego, aproveita-se do polo mais fraco, o trabalhador hipossuficiente. A jurisprudência também se há manifestado acerca do tema, tendo em vista que essa modalidade contratual, vem, a cada dia, sendo colocada em análise nos tribunais trabalhistas, no tocante ao reconhecimento do vínculo empregatício de fato existente. É o que se vê a seguir:

Verificando-se que a relação de trabalho pactuada entre o reclamante e a reclamada preenche os requisitos insculpidos nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, impõe-se, por consequência, o contrato de prestação de serviços entre pessoas jurídicas, pelo qual se contratou os serviços do reclamante mediante empresa constituída em nome com escopo de desvirtuar a relação de emprego e se eximir dos encargos trabalhistas. (Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região TRT-5 – RECURSO ORDINÁRIO: Record BA).

Diante desse tipo de contratação, os Tribunais Regionais do Trabalho, adotando o entendimento empregado no Tribunal Superior do Trabalho e na doutrina majoritária, o empregado sempre estará na condição de vítima de sua hipossuficiência. É que, ao ser abordado pelo empregador para que o mesmo constitua uma pessoa jurídica, não terá como recusar-se, pois precisa receber seus proventos. Valendo-se disso, os operadores do Direito não se estão eximindo. Pelo contrário, propendem a condenar os empregadores, a fim de que seja respeitada a devida vinculação entre as partes contratantes. Isto é, o contrato de emprego.

3.2. GARANTIAS DO ESTADO AO TRABALHADOR, ACERCA DA CONSTATAÇÃO DA PEJOTIZAÇÃO

O Estado tem o dever de garantir ao trabalhador condições para o exercício pleno de suas atividades laborais, seja por meio da aplicabilidade dos princípios, seja por força da norma explicitamente reguladora.

Diante da modalidade contratada com a exclusiva finalidade de desvirtuar a relação de emprego, é dever do Estado resguardar o direito do trabalhador, quer seja na elaboração de leis, quer seja na aplicação efetiva do ordenamento jurídico pátrio trabalhista vigente.

Com base nisso, verificando-se a tentativa de fraude ao ordenamento jurídico trabalhista, deve-se anular esse contrato ilícito, e consequentemente reconhecer-se o vínculo empregatício.

Sendo assim, ao ser constatada a configuração real dos fatos, o magistrado deverá fazer retroagir esse contrato malsinado à data de sua celebração, decretando a incidência de todas as verbas trabalhistas decorrentes dessa sua decisão e dos fatos sobre os quais foi pronunciada. Assim, com base na doutrina, tal violação aos princípios trabalhistas se dá por meio de uma camuflagem. O ordenamento jurídico, porém, traz subsídios necessários para a desconstrução de fraudes da espécie, uma vez que a norma tem caráter protecionista, e a realidade dos fatos é o que deve ser considerada e não o tipo de contratação engendrado.

Embora a CLT tenha sofrido uma reforma em 2017, não se legalizou essa modalidade chamada de pejetização, no que tange ao trabalhador, geralmente hipossuficiente, uma vez que, ao se tornar uma “PJ”, será equiparado a um empregador, como já vimos anteriormente, no art. 2º Consolidação. Desse modo, é de fácil visualização a tentativa de fraude à relação de emprego.

Ainda com embasamento da norma trabalhista sobre a relação de emprego, o legislador, ao estampar o art. 3º da CLT, remete-nos à figura do empregado, que deverá preencher alguns requisitos, como obrigatoriamente deve ser pessoa física, que atuará na prestação de serviços não eventuais, terá subordinação e onerosidade. Pode-se falar até em pessoalidade, embora não esteja explícito no texto legal.

Conforme o que foi visto acerca das garantias do Estado para a constatação da pejetização nas relações empregatícias, a doutrina corrobora para um melhor entendimento e uniformização de seus pensamentos, trazendo o embasamento tanto por parte dos princípios como pela lei vigente.

4. DOS EFEITOS DA PEJOTIZAÇÃO NAS CLASSES DE TRABALHO

4.1. A FALTA DE CRESCIMENTO E AS CONSEQUÊNCIAS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Entende-se que um dos motivos indutores para esse tipo de contratação tornar-se cada vez mais comum é a queda nos lucros e, conseqüentemente, a despedida – para não dizer demissão - em massa. Embora não seja a melhor opção, essa falta de crescimento sempre resultará em despedida. Entretanto, espera-se – augura-se - que, ao surgirem novas expectativas no mercado de produção, esses empregos retornem ao seu estado habitual, não obstante a pejotização.

Assim, a baixa lucratividade atropela negativamente o crescimento econômico, sendo necessária uma alternativa para redução de custos. Entende-se que, ao colocar em prática a “pejotização” como forma de contratação, o empregador experimenta uma diminuição de gastos, porém, também acarreta inúmeros prejuízos não só ao trabalhador, como também ao erário, pois fraudula a legislação trabalhista, previdenciária e tributária.

4.2. AS CONSEQUÊNCIAS DA PEJOTIZAÇÃO

Os efeitos da pejotização nas relações de emprego podem ser devastadores, uma vez que o empregado abre mão de direitos constitucionais, que, aliás, são irrenunciáveis, como FGTS, 13º salário, férias, horas extras, seguro desemprego, entre outros, e do outro lado vem o Estado, pois deixa de recolher INSS, FGTS e a multa de 40%, sendo assim isento de inúmeras responsabilidades em caso de demissão imotivada.

Verifica-se que, ao contratar uma pessoa física que constituiu uma jurídica, o empregador é o único beneficiário da relação, uma vez que deixa de arcar com os ônus trabalhistas, previdenciários e tributários, advindos do vínculo contratual celebrado com regência da CLT.

Sendo assim, o entendimento da doutrina majoritária acerca do tema é unificado, uma vez que, os fatores principais e alvos de análises são: a) a precariedade das relações de emprego; b) o bem estar e a sobrevivência digna do empregado; c) a continuidade da relação de emprego, feita por meio da desconsideração da pessoa

jurídica; d) o desconhecimento do vínculo empregatício; e) e, por fim, o pagamento das verbas trabalhistas com seus reflexos. Portanto, com a supressão desses direitos, o empregador deixa de lado a figura do empregado hipossuficiente, não dando a mínima para a realidade fática de subsistência do trabalhador.

5. DAS CONSEQUÊNCIAS ADVINDAS DA CONTRATAÇÃO POR MEIO DE FRAUDE

São muitas as consequências que recaem sobre o contrato firmado entre contratante e prestador de serviços, quando da descoberta de fraude à relação empregatícia. O entendimento que vem sendo adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho, voltado para a caracterização do vínculo de emprego, implica a constatação de um contrato envolvendo pessoa jurídica, com a finalidade de desvirtuar a figura do empregado, preceituada no art. 3º da CLT.

5.1. DA CARACTERIZAÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO

De acordo com o que vem se apresentando acerca da pejetização, os operadores do Direito têm o entendimento consolidado acerca da aplicabilidade dos princípios e normas trabalhistas para a caracterização do vínculo empregatício, quando constatado o desvirtuamento dos requisitos contidos nos arts. 2º e 3º da CLT.

Conforme o entendimento jurisprudencial do TST, ao efetuar a contratação de um “PJ”, com finalidade de fraudar uma eventual relação de emprego, deve-se reconhecer o vínculo empregatício. Vejamos os julgados a seguir:

RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014 E DO CPC/1973. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. A Corte de origem, com fundamento nas provas dos autos, expressamente consignou que foram comprovados os requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT. Diante desse contexto, a análise da argumentação da parte recorrente, de que estes não estariam presentes, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula nº 126 do TST. REMUNERAÇÃO FIXADA. A parte recorrente, ao contestar, não observou o princípio da eventualidade tratado no art. 302 do CPC/1973 (art. 336 do CPC/2015). A providência adotada apenas nessa oportunidade recursal extraordinária apresenta-se preclusa e por tal razão não pode ser considerada. MULTA DO ART. 477, § 8º, DA CLT. RECONHECIMENTO

JUDICIAL DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. A multa do art. 477 da CLT é devida mesmo quando há discussão judicial sobre o vínculo de emprego (controversa). Pertinência da Súmula nº 462 do TST. MULTA POR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONSIDERADOS PROTELATÓRIOS. Não se conhece de Recurso de Revista em que a parte recorrente deixa de indicar o trecho da decisão recorrida que consubstancia o prequestionamento da controvérsia, nos termos do § 1º-A, I, do art. 896 da CLT. Recurso de Revista não conhecido. Processo: RR – 176200-91.2013.5.17.0005 Data de Julgamento: 27/03/2019, Relator Ministro: Luiz José Dezena da Silva, 1ª Turma do TST, Data de Publicação: DEJT 29/03/2019.

Nesse sentido, verifica-se que profissionais de ramos diferentes sofrem constantemente com o fenômeno da pejotização. Sendo assim, essa prática vem sendo objeto de decisões reiteradas de turmas do TST confirmando o vínculo empregatício, não importando a área de atuação, como segue:

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI 13.467/2017. CONSTITUIÇÃO DE EMPRESA PELO RECLAMANTE. PEJOTIZAÇÃO. FRAUDE TRABALHISTA. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 126/TST. A relação de emprego é a principal fórmula de conexão de trabalhadores ao sistema socioeconômico existente, sendo, desse modo, presumida sua existência, desde que seja incontroversa a prestação de serviços. A Constituição da República, a propósito, elogia e estimula a relação empregatícia ao reportar a ela, direta ou indiretamente, várias dezenas de princípios, regras e institutos jurídicos. Em consequência, possuem caráter manifestamente excetivo fórmulas alternativas de prestação de serviços a alguém, por pessoas naturais, como, ilustrativamente, contratos de estágio, vínculos autônomos ou eventuais, relações cooperativadas e a fórmula intitulada de “pejotização [...] Assim sendo, a decisão agravada foi proferida em estrita observância às normas processuais (art. 557, *caput*, do CPC/1973; arts. 14 e 932, IV, “a”, do CPC/2015), razão pela qual é insuscetível de reforma ou reconsideração. Agravo desprovido. (Ag-AIRR - 1000967-89.2015.5.02.0432, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 27/03/2019, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/03/2019)

A Justiça do Trabalho tem reconhecido o vínculo empregatício, e descaracterizando a relação Civil, quando ficam demonstrados todos os requisitos de uma relação empregatícia, composta por onerosidade, habitualidade, subordinação e pessoa física. Desse modo, ao analisar as decisões do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, anulando o contrato civil e confirmando a relação de emprego, tem-se:

RECURSO ORDINÁRIO - 8ª TURMA. RELATOR: DESEMBARGADOR SIDNEI ALVES TEIXEIRA, PROCESSO TRT/SP Nº 1002142-33.2014.5.02.0601, RECORRENTE: MONTEPINO LTDA, RECORRIDO: PEDRO JOSE GRATON DE MATOS, ORIGEM: 01ª VT/ZONA LESTE – SP. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. “PEJOTIZAÇÃO”. Com relação ao tema, é certo que ao ser admitida a prestação de serviços, mas negado o liame empregatício, torna-se ônus da reclamada a prova quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da caracterização do vínculo laboral. Contudo, a ré não logrou demonstrar a inexistência do vínculo de emprego. Ao revés, o conjunto probatório demonstra a fraude cometida pela reclamada, ao rescindir o contrato de trabalho com o reclamante em 1º de junho de 2010 e contratá-lo logo em seguida de forma autônoma, por meio de pessoa jurídica constituída em seu nome. Essa forma de simulação é denominada pela doutrina e jurisprudência como “pejotização”, por meio do qual a empresa impõe ao trabalhador a constituição de pessoa jurídica em seu nome, com o intuito de se desonerar dos encargos trabalhistas e tributários, o que é defeso, nos termos do art. 9º, da CLT. Recurso da reclamada a que se nega provimento, nesse aspecto.

Em consonância com a jurisprudência do TST, tribunais regionais do trabalho também vêm consolidando os seus julgados, dando uma maior segurança jurídica ao trabalhador, uma vez que estão em jogo, direitos e garantias constitucionais. Sendo assim, verifica-se que, tanto Ministros como desembargadores, adotam como embasamento principal para o julgamento, os princípios e fundamentos elencados no artigo 3º da CLT, que traz em seu corpo os requisitos necessários para reconhecimento do vínculo empregatício, tais como: pessoalidade, onerosidade, subordinação e habitualidade, caracterizando-se, com isso, a relação de emprego entre as partes.

O Direito do Trabalho passa por fortes modificações como em qualquer outro ramo do Direito, contudo, existem algumas peculiaridades inerentes ao mesmo que dificilmente mudarão, uma

vez que uma de suas maiores conquistas está embasada no princípio da proteção.

6. CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, é possível verificar que princípios e normas continuam produzindo os seus efeitos, mesmo com a reforma trabalhista ocorrida no ano de 2017, alterando e revogando alguns artigos, eis que não houve qualquer tipo de mudança em relação ao vínculo e à caracterização do empregador, que se encontra tipificado no artigo 2º da mesma forma, com relação ao empregado, cuja configuração jurídica está contida no artigo 3º da CLT.

Observa-se também que a pejetização tem por finalidade exclusiva desvirtuar o vínculo empregatício, quando feita de modo objetivo para tal fim, evitando-se assim despesas ao empregador, tanto em relação ao empregado como tangente ao erário. Quanto a outras vantagens decorrentes para o último, tal prejuízo concernente ao Estado é superado relativamente, em face tributações advindas da prestação contratada.

Já em relação ao empregado, não haverá tal abrandamento à vista do que abdicou ao constituir-se numa pessoa jurídica, mesmo recebendo um pró-labore superior ao que percebia como celetista, porquanto percebe-se que a pejetização é utilizada com a intenção de restringir as garantias individuais, que se encontram elencadas na Constituição Federal, particularmente no que tange à indisponibilidade dos direitos trabalhistas.

De acordo com a pesquisa, observa-se que o fenômeno da pejetização vem ganhando espaço no cenário atual, embora esse instituto tenha sido objeto constante nos debates pela doutrina majoritária, em que não se percebem sólidas vozes em torno da legalidade do mesmo. Com efeito, alvitra-se como uma tentativa de fraude nas relações de emprego.

Dessa forma, a pesquisa realizada concluiu que é de suma importância a aplicação dos princípios e normas celetistas protetivas, a fim de combater essa descaracterização da relação empregatícia, com a frágil legislação da pejetização, prejudicando a prestação de serviços dos hipossuficientes. Isso ocorrendo acarreta uma desenfreada violação aos direitos e garantias constitucionais. Sendo assim, entende-se que o uso dessa modalidade desvirtuadora, interfere na subsistência do empregado e de seus familiares. Tal há

sido objeto, segundo já se disse, vem sendo verberado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, as quais se não demitem de cerrar fileiras a respeito uma maior proteção ao trabalhador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTR, 2016- atualizada por ALENCAR, José Cláudio Franco de.

BATISTA, Isabel de Oliveira; SILVA, Patrick Luiz Martins Freitas, Rev. TST, São Paulo, vol. 83, nº 2, abr/jun, 2017. <https://hdl.handle.net/20.500.12178/110133> - data de acesso em: 18/05/2019 às 15:47.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Rio de Janeiro, 1 de maio de 1943, 122º da Independência e 55º da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/d-el5452.htm>. Acesso em: 5 abr. 2019.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região TRT-5 – *RECURSO ORDINÁRIO: Record 0001489-78.2012.5.05.0134 BA*. Disponível em: <<https://trt-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/611623874/recurso-ordinario-record-14897820125050134-ba/inteiro-teor-611623885?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 18/05/2019 às 23:39.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região -*RECURSO ORDINÁRIO Nº 1002142-33.2014.5.02.0601.- 8ª TURMA. RELATOR: DESEMBARGADOR SIDNEI ALVES TEIXEIRA, PROCESSO TRT/SP*. Disponível em: <<http://search.trtsp.jus.br/easysearch/cachedownloader?collection=coleta014&docId=6d3bed3a03b6af1ba3aaf4118fd746f0209b09f1&fieldName=Documento&extension=html>>. Acesso em: 17/05/2019 às 08:47.

_____. *RECURSO DE REVISTA – 176200-91.2013.5.17.0005* Data de Julgamento: 27/03/2019, Relator Ministro: Luiz José Dezena da Silva, 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho- TST, Data de Publicação: DEJT 29/03/2019. Recurso Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20176200-91.2013.5.17.005&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAUoiAAL&dataPublicacao=29/03/2019&IlocalPublic>>

acao=DEJT&query=pejotiza%E7%E3o>. data de acesso 07/05/19 às 09:34.

_____. Processo: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - 1000967-89.2015.5.02.0432. Data de Julgamento: 27/03/2019, Relator: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Data de Publicação: DEJT 29/03/2019. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consulta/unificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=Ag-AIRR%20-%201000967-89.2015.5.02.0432&base=acordao&rowid=AAANGhABI AAAUgrAAM&dataPublicacao=29/03/2019&localPublicacao=DEJT&query=pejotiza%E7%E3o>>. Acesso em 14/05/2019 às 08:34.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 9ª ed. - São Paulo: Método, 2014. <https://hdl.handle.net/20.500.12178/110133> - data de acesso em: 18/05/2019 às 15:47.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 14ª ed. rev. atual. e ampl. - [3 Reimpr.] - Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho* / Mauricio Godinho Delgado. - 16ª ed. rev. e ampl.- São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho* - 16ª ed. rev. e ampl.- São Paulo: LTr, 2017.

DUARTE, Dirceu Galdino Barbosa. *O Fenômeno da Pejotização nas Relações Laborais*. In GOLDSCHMIDT, Rodrigo; BIER, Clerilei Aparecida; VASCONCELOS FILHO, Albuquerque. *Direito do Trabalho III: XXIII Congresso Nacional CONPEDI/UFPB - a Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no Século XXI*. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em:<<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=17d6adbfbdb7e94b>>. Acesso em 18/05/2019 às 15:47.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho* 1 Carlos Henrique Bezerra Leite- 8ª ed.- São Paulo; Saraiva, 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: História e Teoria Geral do Direito do Trabalho, Relações Individuais e Coletivas do Trabalho*. 26ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: História e Teoria Geral do Direito do Trabalho: Relações Individuais e Coletivas do Trabalho*. 29ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Laura Machado. Pejotização e a Precarização das Relações de Emprego. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, v. 24, nº 291, pp. 36 a 46, set. 2013. http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RST_353_miolo.pdf- acessado em 19/05/2019.

PEREIRA, Leone. *Pejotização: o Trabalhador como Pessoa Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Leone. *Pejotização: O Trabalhador como Pessoa Física*. São Paulo: Saraiva. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id>. Acessado em 19/05/2019 às 11:20.

COUTO FILHO, Eduardo Soares do; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. A “Pejotização” e a Precarização das Relações de Trabalho no Brasil. Faculdade Mineira de Direito, PUC Minas. 2008. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2009/Docentes/Pejotizacao%20Renaul.pdf>. Acesso em: 18/05/2019 às 15:47.

SANTOS, Andréa Dantas. Pejotização e Fraude nas Relações de Emprego: Análise dos Efeitos Trabalhistas e Fiscal-Tributários. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, v. 29, nº 353, Ano XXIX- Novembro 2018. Disponível em: <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RST_353_miolo.pdf>. Acessado em 19/05/2019.

SARAIVA, Renato; SOUTO, Rafael Tonassi. *Direito do Trabalho*. 20ª ed., editora juspodivm- Salvador-Bahia, 2018.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 3.

TURCATO, Sandra; RODRIGUES, Rosualdo. *PJ é Artifício para Sonegação de Direitos*. *Revista ANAMATRA*, Brasil, Ano XVII. nº. 55 pp. 11-15, 2º semestre de 2008. p.64. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24323/00000743.pdf>>. Acesso em: 19/05/2019 às 00:02 horas.

AUSÊNCIA INJUSTIFICADA DAS PARTES À AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU DE MEDIAÇÃO: UMA ANÁLISE DA MULTA POR ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA SOB A PERSPECTIVA DO *CONTEMPT OF COURT* NO DIREITO INGLÊS

Caio Viana Andrade

Graduando em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR); Conciliador Judicial pelo Conselho Nacional de Justiça, estagiou no Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Soluções de Conflitos do Tribunal de Justiça (NUPEMEC/TJCE) e no Núcleo de Mediação e Conciliação do Escritório de Prática Jurídica da UNIFOR; Atualmente é monitor acadêmico da disciplina de Soluções Extrajudiciais.

Elizabeth Alecrim Soares Coelho

Professora titular da Universidade de Fortaleza; Procuradora Jurídica do Conselho Regional de Contabilidade do Estado do Ceará – CRC-CE; Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior do Ministério Público do Ceará; Especialista em Direito Penal pela Universidade de Fortaleza; Mestre em Direito pela Universidade de Fortaleza; Doutoranda em Ciências Políticas pela Universidade de Lisboa.

1. INTRODUÇÃO

Desde a vigência do Novo Código de Processo Civil (Lei nº13.105/2015), muitos questionamentos foram levantados a respeito da inovação trazida no seu parágrafo 8º do artigo 334, qual seja: a multa por ato atentatório à dignidade da justiça na hipótese

de ausência injustificada das partes à audiência de conciliação ou de mediação.

Questionou-se principalmente o porquê de classificar a referida hipótese em conduta atentatória à dignidade da justiça, bem como se tal classificação seria processualmente adequada. Ademais, no contexto dos métodos alternativos de conflitos, inúmeros debates foram conduzidos acerca da suposta obrigatoriedade no comparecimento às audiências autocompositivas.

ão se sabia ao certo, por parte dos profissionais do Direito, como proceder diante da designação de uma audiência de mediação ou de conciliação, como se daria a aplicação da multa em caso de ausência injustificada; e, ainda, em que situações as partes poderiam eximir-se dessa obrigação.

Até o momento, com a prática forense, algumas incertezas foram dirimidas. Não obstante, encontram-se, ainda, atecnias sobre a supracitada hipótese, uma vez que pouquíssimos – ou até mesmo inexistentes – são os estudos realizados sobre o tema.

Com o objetivo de tornar o tema mais compreensível, far-se-á um estudo comparativo entre os sistemas processuais do direito brasileiro e do direito inglês, levando-se em consideração que o instituto do ato atentatório à dignidade da justiça originou-se lá, por meio do *contempt of court*. Para isso, o presente artigo será composto por uma metodologia de natureza exploratória com base em estudo doutrinário, legislativo e prático-científico.

2. BREVE HISTÓRICO

O surgimento do direito inglês tem estrita relação com o desenvolvimento de um novo sistema jurídico embasado nos costumes locais anteriores: o *common law*. Historicamente, tem-se que este sistema se originou entre a Conquista Normanda e a dinastia Tudor, isto é, entre os anos 1.066 e 1.485 d.C. Sua aplicação, primeiramente, ocorria em condados para depois prevalecer nas Cortes Reais de Londres. Com o tempo, a doutrina dos precedentes obrigatórios (*stare decisis*) passou a dominar, tendo em vista que as decisões precedentes se tornaram uma espécie de lei a ser obrigatoriamente aplicada. (STRECK, 2019, pp. 9-10).

O *contempt of court* é um instituto que se originou concomitantemente com a *common law*, uma vez que, naquela época, o parlamento inglês estava conquistando sua supremacia

(*supremacy of the English Parliament*). Nesse sentido, somente o rei era digno de fazer justiça, porém, delegava parte de sua atribuição aos juízes, fortalecendo, assim, a autoridade parlamentar.

O *contempt power* se tornou o poder atribuído aos juízes, responsável por sancionar todos os atos considerados *contempt of court*, isto é, quaisquer empecilhos ao bom funcionamento da *common law*. O sistema de *common law* permitiu, de certa forma, que a ordem emanada pelo juiz tivesse tanta legitimidade quanto à ordem emanada pelo rei. Por conseguinte, tornar-se-ia necessário repreender quaisquer atos que viessem a diminuir o bom funcionamento do Parlamento, haja vista estar presente nessa parte da soberania atribuída à monarquia.

Logo, o *contempt of court* mais do que uma categorização de atos que representam ofensa à autoridade do juiz, serviu como um modelo de punição a todos aqueles que não obedecessem ou que, de maneira direta ou indireta, viessem a ofender o sistema judicial. Sobre o assunto, Zaroni (2014, p. 123) nos diz que:

O fundamento do *contempt of court* deita raiz na noção de que as Cortes exercem um poder considerado inerente à função jurisdicional (*inherent power*). É entendido que este poder abrange todos aqueles essenciais para que o órgão jurisdicional conserve sua existência institucional, sua dignidade e, além disso, promova o adequado desenvolvimento de suas funções [...].

Vale ressaltar ainda que as raízes do *contempt of court* estendem-se a épocas anteriores à formação da *common law*, aproximadamente em 500 d. C, com o *contempt of the king* que se referia a um instrumento que penalizava, por meio de multa (*oferhynes*), quaisquer atos de desprezo ou de desobediência à ordem proferida pelo rei, o qual desempenhava não somente a função de monarca mas também de magistrado supremo (BARBOSA e NETO, 2011, p. 132).

A penalização tinha como único fundamento a manutenção da paz do rei, já que ele, conforme Carvalho (2012) passa a ser a “fonte única e exclusiva do direito e da justiça”. Observa-se, então, que a consolidação de um respeito à corte precedeu de uma luta constante contra o absolutismo monarca, sendo a Revolução Inglesa de 1688 a mais marcante. Com o fim deste episódio, passou a existir um regramento entre o rei e o parlamento.

Por outro lado, segundo Marinoni (2009, p. 27) “a lei representou, além de critério de contenção do arbítrio real, um elemento que se inseriu no tradicional e antigo regime do common law” e, ainda, segundo o mesmo autor (2009, p. 20):

No instante em que a lei perde a supremacia, submetendo-se à Constituição, transforma-se não apenas o conceito de direito, mas igualmente o significado de jurisdição. O juiz deixa de ser um servo da lei e assume o dever de atuá-la na medida dos direitos positivados na Constituição [...].

Consoante o entendimento firmado acima, é possível inferir que uma atual e flexível fase da common law concretizou-se com o surgimento do *statute law* (direito criado pelo legislador), nos Estados Unidos, em virtude da necessidade de estruturar os atos dos juízes. Nesse diapasão, o direito costumeiro cujo o fundamento estava somente nos precedentes judiciais, dá margem à preponderância das leis e da Constituição, devendo o juiz aplicar o *case law* (precedente) integrativamente ao *statute* (lei escrita).

Atualmente, em diversos ordenamentos jurídicos, predomina a flexibilização da *common law*, não havendo, nessa perspectiva, uma incoerência em adotar o sistema de *civil law* e *common law* simultaneamente. É o caso do Brasil, o qual busca incessantemente, apesar de possuir sua Constituição e leis escritas, fortalecer a técnica dos precedentes dos tribunais (ASSAGRA DE ALMEIDA, 2016, p. 6).

Isto posto, tendo em vista a viabilidade de aproximação entre os sistemas anglo-saxônico (*common law*) e o romano-germânico (*civil law*), pode-se afirmar que o *contempt of court* assumiu uma nova roupagem. Agora, não mais preso ao direito costumeiro, dispõe de uma moderna concepção e de modalidades, como também de outras peculiaridades, como o seu procedimento de execução e as diversas penalidades aplicadas em cada caso específico, como veremos a seguir.

Importa destacar, ainda, que em 1999, na Inglaterra, passou vigor as Civil Procedure Rules (CPR), apresentando-se como o primeiro código processual civil inglês. No entanto, diversas regras dispostas nas CPRs foram de encontro com as tradições do sistema em que estava inserido, isto é, a common law. Como exemplo pode-se citar, dentre os diversos traços da common law, a adversariedade (*adversarial system*), o qual consiste num protagonismo exercido pelas partes e seus advogados. Já com a vigência das CPRs, buscou-

se, como o objetivo de uma melhor prestação jurisdicional, uma postura mais colaborativa entre os litigantes (ALMEIDA, 2011, pp. 292-293).

Por sinal, antes mesmo da vigência da CPR, já se averiguava o distanciamento do supracitado sistema adversarial. Em 1990, foi fundado, em Londres, o Centro para Resolução Eficaz de Disputas (Center for Effective Dispute Resolution). Após a criação do centro, passou haver uma campanha, por partes de mediadores, com objetivo de promover e incentivar a escolha pela mediação e por outros métodos autocompositivos. Todavia, tal campanha apenas se tornou efetiva com o advento da lei processual (ALMEIDA, 2011, pp. 314-315).

No Brasil, a busca por uma postura mais colaborativa não foi diferente. Diante de uma crise no Poder Judiciário no tocante à sua eficiência –morosidade, ineficácia de decisões e altos custos processuais–, a mediação e a conciliação surgiram como um caminho alternativo, representando, por outro lado, procedimentos céleres, eficazes e de baixo custo, tendo como principal meta desafogar o referido Poder (SALES, 2012, p. 149).

Com a vigência da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) e do Novo Código de Processo Civil, o legislador enalteceu a proposta de consensualização do Poder Judiciário anunciada com o Movimento pela Conciliação e especialmente pela Resolução nº 210 do Conselho Nacional de Justiça.

O estímulo foi tão categórico que o referido Código, no seu artigo 334, parágrafos 4º e 8º, previu a participação compulsória das partes nas audiências de conciliação ou de mediação, sob pena de multa por ato atentatório à dignidade da justiça no caso de ausência injustificada, salvo se ambas manifestarem, expressamente, desinteresse na autocomposição (AZEVEDO, 2016, p. 29).

3. CONCEITO E DEMAIS CONSIDERAÇÕES ACERCA DO *CONTEMPT OF COURT*

O *contempt of court* pode ser conceituado, conforme Ada Pellegrini (2001, p. 221), como “a prática de qualquer ato que tenda a ofender um tribunal na administração da justiça ou a diminuir sua autoridade ou dignidade, incluindo a desobediência a uma ordem”. Outrossim, Araken de Assis (2003, p.3) o conceitua como “a ofensa ao órgão judiciário ou à pessoa do juiz, que recebeu o poder de julgar

do povo, comportando-se a parte conforme suas conveniências, sem respeitar a ordem emanada da autoridade judicial”.

Percebe-se, à vista dos conceitos acima, que a administração da justiça, com o fito de fornecer uma tutela jurisdicional efetiva, passou a desfrutar de particularidades que geralmente são atribuídas a seres humanos, como a dignidade e a honra. Isso porque o *contempt of court*, para melhor entendimento, nada mais é que uma espécie de desacato.

Desacato, dessa forma, é um crime cujo elemento objetivo do tipo consiste na prática de um ato que “signifique irreverência, menosprezo ou desprestígio para com o sujeito passivo”, isto é, o Estado, tendo como fundamento a sua “dignidade, prestígio e respeito devidos aos seus agentes no exercício de suas funções (JESUS, 2016, pp. 259-260)”.

Quanto às suas classificações, o *contempt of court* divide-se em: direto, indireto, civil e criminal. No *contempt* direto, o ato de desrespeito se dá na presença do juiz ou do tribunal, como o falso testemunho, por exemplo. Já no *contempt* indireto, o ato ofensivo não é praticado na presença do juiz ou do tribunal, ou seja, há uma ofensa indireta, como o descumprimento de uma ordem judicial. Diferentemente da classificação referente ao local do ato, temos a classificação de acordo com o seu propósito, sendo civil quando se busca o cumprimento de uma ordem judicial e, no entanto, penal, quando o objetivo é a punição pela conduta praticada (CARVALHO, 2012).

É importante salientar que as classificações do *contempt of court* não são estanques, podendo existir permuta entre as mesmas, em outras palavras, o *contempt of court* poderá vir a ser civil e indireto, como também penal e direto e vice-versa. Ademais, o procedimento adotado dependerá do tipo de *contempt* praticado.

Caso haja a prática de um *contempt* criminal (direto ou indireto), o procedimento será sumário, ou melhor, “o próprio juiz ofendido quem decide a respeito de sua aplicação (GRINOVER, 2001, p. 221)”. Em contrapartida, se houver a prática de um *contempt* civil direto, autoriza-se ao juiz proceder com a prisão imediata do ofensor; porém, se houver a prática de um *contempt* civil indireto, o procedimento será incidental, observando-se inúmeros requisitos processuais, como a oitiva da parte ofensora.

Diversas são as penalidades impostas ao *contemnitor* (quem pratica o *contempt*), variando conforme o grau de seriedade da

conduta, sendo elas: multa, prisão, perda dos direitos processuais e sequestro de bens. A respeito da multa, no *contempt* criminal ela apresenta caráter punitivo, sendo aplicada em valores fixos; já no *contempt* civil ela tem a finalidade de desestimular a conduta praticada, impondo-a em valores sujeitos a variações.

A prisão, do mesmo modo que a multa, tem no *contempt* criminal caráter punitivo, devendo ser decretada por um período determinado; e no *contempt* civil, caráter coercitivo, sendo decretada até o transgressor cessar sua conduta. As demais penalidades – perda de direitos processuais e sequestro de bens – são utilizadas em caráter excepcional, não existindo óbice à utilização de medidas atípicas, a depender da situação concreta. (GIUBERTI, 2017, pp. 353-354).

4. CONTEMPT OF COURT NO NOVO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO: O ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA

No atual Sistema Processual Civil brasileiro, o *contempt of court* equivale, sem sombra de dúvidas, ao instituto denominado ato atentatório à dignidade da justiça, voltado também, num primeiro momento, à proteção da função jurisdicional. Todavia, com o advento do novo Código de Processo Civil, ainda que se tenha mantido a estrutura de repressão de tais atos, os fundamentos principiológicos passaram a ser outros. Logo, consoante a doutrina de Marcelo Abelha (2016, p. 221):

[...] fixou-se como norma fundamental a boa-fé processual e o dever de cooperação *para todos os sujeitos do processo* de forma que todas as normas processuais deverão ser interpretadas e aplicadas segundo os ditames desses postulados fundamentais. Ainda que o legislador tenha mantido a estrutura de repressão – normalmente por multa – da conduta atentatória à dignidade da justiça, a previsão expressa da boa-fé e cooperação como *standards* de um comportamento processual é de veras importante.

Vale ressaltar que o ato atentatório à dignidade da justiça, apesar de notável semelhança, não é a mesma coisa que astreintes. Estas diferentemente daquela, diz respeito à multa cominatória, isto é, a multa que possui a finalidade de coagir o requerido ao cumprimento de alguma obrigação, não possuindo caráter de sanção ou pena. Ademais, como visto, o ato atentatório possui origem no

direito inglês; as astreintes, por outro lado, tem suas raízes fincadas no direito francês. (GONÇALVES, 2019, p. 832).

Diversa também do ato atentatório à dignidade da justiça é a litigância de má-fé, a qual apenas diz respeito a uma conduta ilícita praticada entre as partes, não existindo quaisquer ofensas ao juiz ou ao Poder Judiciário. Além disso, Didier (2015, p. 394) considera a litigância de má um ato ilícito indenizativo, ou melhor, “ato contrário ao Direito cujo efeito jurídico é o surgimento de um dever de indenizar”, em contrapartida, considera o ato atentatório à dignidade da justiça um ato ilícito culposos.

O atual Código Processual elencou esparsamente diversas condutas consideradas atos atentatórios à dignidade da justiça. No entanto, diverge totalmente do modelo adotado no direito inglês, já que além de não conter um rol taxativo de condutas atentatórias, possui procedimentos e sanções moldadas conforme nosso ordenamento jurídico. Veja-se, por exemplo, que no sistema anglo-saxônico, como explanado anteriormente, a pena de prisão poderá ser aplicada independentemente de o *contempt* ser civil ou penal. Aqui, entretanto, no âmbito civil, apenas se admite prisão no caso de dívida alimentar.

4.1. Procedimento

As condutas atentatórias possuem como sanção a aplicação de multa, num montante não superior a 20% (vinte por cento) do valor atualizado, a depender da situação, da causa, do débito da execução ou do bem, sem prejuízo de cumulação com outras sanções processuais civis ou penais.

Vale ressaltar que a multa deverá ser revertida, em regra, em favor da Fazenda Pública. Ademais, não ocorrendo o seu pagamento no tempo devido, a multa será inscrita como dívida ativa. Acerca do assunto, nos ensina Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 301):

De início, o infrator será advertido, logo após a prática do ato de resistência injusta, de que sua conduta poderá ser punida como ato daquela natureza (art. 77, § 1º). Mantida a postura infracional, o juiz lhe aplicará as sanções administrativas e penais cabíveis (§ 2º). Preconiza-se, dessa forma, uma postura de fiscalização e orientação, por parte do juiz, que poderá evitar penalizações imediatas, na esperança de que a advertência, por si só, ponha fim ao comportamento

inadequado do litigante. Insuficiente a admoestação, a sanção pelo atentado à dignidade da justiça será, então, aplicada pelo juiz.

Perceba que o procedimento adotado pelo juiz deriva de seu poder de polícia e, diferente do que ocorre no direito inglês, o procedimento, independentemente da conduta adotada, será sempre incidental, não havendo a possibilidade de aplicação imediata da multa. Assim dispõe o artigo 77 do atual Código de Processo Civil.

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

I- expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II- não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;

III- não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;

IV- cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;

V- declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;

VI- não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no *caput* de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

Finalmente, a multa poderá ser aplicada não somente às partes, mas também aos terceiros intervenientes, como peritos, oficiais de justiça, depositário etc. No entanto, se o ato atentatório for praticado por advogado, por Defensor Público ou membro do Ministério Público, deverá ser oficiado o respectivo órgão de classe ou corregedoria, com o fito de apurar o fato e aplicar sanções administrativas (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 302).

4.2 Atos atentatórios que podem ser praticados na fase de conhecimento

Na fase de conhecimento, existem três condutas atentatórias que estão elencadas no atual Código, quais sejam: resistência injustificada às ordens judiciais, prática de inovação legal no estado de fato de bem ou direito litigioso e não comparecimento injustificado à audiência de mediação ou de conciliação.

As duas primeiras condutas dizem respeito aos deveres elencados nos incisos IV e VI do supramencionado artigo 77. A terceira, por sua vez, está disposta no parágrafo 8º do artigo 334 do mesmo diploma. Vejamos:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. [...]

§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

Resistir injustificadamente a uma ordem judicial e praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso, significam não somente o descumprimento de um dever das partes (ou de quaisquer intervenientes), mas também configura uma afronta aos imperativos da boa-fé processual e da cooperação.

Sobre a primeira conduta, assevera Misael Montenegro (2016, p. 274) que “é evidente a necessidade do pronto cumprimento dos pronunciamentos quando produzirem efeitos imediatos, não se justificando que o vencido os ignore, fazendo tabula rasa do comando emanado de autoridade do Estado investida da função jurisdicional”. Acerca da segunda conduta, traz a seguinte exemplificação (2016, p. 276):

Exemplificativamente, pensemos na situação de réu de ação possessória que incorpora benfeitorias em bem imóvel, durante o processo, para dificultar a sua retomada pelo autor, sobretudo para que possa solicitar a sua retenção, justamente em decorrência da incorporação de benfeitorias.

O não comparecimento injustificado das partes à audiência de mediação ou de conciliação também é considerado ato atentatório à dignidade da justiça. Consoante o atual Código Processual, no supracitado artigo 334, após o juiz analisar os pressupostos e condições da ação, deverá designar, se cabível, audiência de conciliação ou de mediação.

Contudo, se houver manifestação expressa de desinteresse de ambas as partes, não poderá haver a aplicação de multa, caso designada a audiência e houver ausência das partes. Ressalte-se que somente se aplica a multa por ato atentatório, na hipótese aludida acima, quando se tratar de fase de conhecimento, visto que não há previsão legal para a ausência injustificada às audiências de mediação ou de conciliação na fase recursal,

4.3.3 Atos atentatórios que podem ser praticados na fase de execução

Na fase executória, conforme dispõe o artigo 774 do atual Código Processual Civil, são cinco os atos considerados atentatórios à dignidade da justiça, sendo eles: a fraude à execução, a oposição maliciosa à execução, com emprego de ardis e de meios artificiosos, o ato de dificultar ou embaraçar a realização da penhora e a não indicação dos bens sujeitos à penhora, assim como sua propriedade, localização e valores. Ademais, a resistência injustificada às ordens judiciais também pode ocorrer nesta fase. Vejamos:

Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que:

I - frauda a execução;

II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;

III - dificulta ou embaraça a realização da penhora;

IV - resiste injustificadamente às ordens judiciais;

V - intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exhibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus.

Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz fixará multa em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, a qual será revertida em proveito do exequente, exigível nos próprios autos do processo, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material.

Em resumo, fraude à execução diz respeito à prática de atos, pelo executado, de disposição de bens, com o fito de reduzi-lo à insolvência. Por outro lado, opor-se maliciosamente à execução diz respeito à insurgência efetivada por mecanismos ilegais. Dificultar ou embaraçar a realização da penhora, por sua vez, significa praticar condutas que atrapalhem a efetivação da penhora.

Por fim, já tendo sido explanada a resistência injustificada às ordens judiciais, a última hipótese de conduta atentatória refere-se ao “dever de indicação dos bens a penhorar e o da prestação das informações necessárias à sua realização (THEODORO JÚNIOR, 2020, p. 241)”.

4.4 Atos atentatórios que podem ser praticados na fase recursal

Somente uma conduta, na fase recursal, é considerada atentatória à dignidade da justiça, qual seja: a oposição de embargos manifestamente protelatórios. Embargo protelatório é aquele que tem o intuito de procrastinar o andamento do processo. Com efeito, a finalidade dos embargos de declaração – esclarecer determinado aspecto de uma decisão proferida – passa a ser desviada. Assim, portanto, dispõe o artigo 918 do CPC:

Art. 918. O juiz rejeitará liminarmente os embargos:

- I- quando intempestivos;
- II- nos casos de indeferimento da petição inicial e de improcedência liminar do pedido;
- III- manifestamente protelatórios.

Parágrafo único. Considera-se conduta atentatória à dignidade da justiça o oferecimento de embargos manifestamente protelatórios.

Além disso, importa dizer, segundo Elpídio Donizetti (2019, p.1445), que quando manifestamente protelatórios os embargos, o embargante será obrigado a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa (art. 1.026, § 2º). Todavia, na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito prévio do valor respectivo (art. 1.026, § 3º).

5. A MULTA POR AUSÊNCIA INJUSTIFICADA DAS PARTES À AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU DE MEDIAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO *CONTEMPT OF COURT* NO DIREITO INGLÊS

Tanto a mediação quanto a conciliação podem ocorrer judicialmente ou extrajudicialmente. No presente artigo, no entanto, importa tecer considerações apenas sobre a primeira modalidade, a judicial. Sem embargo, independentemente da modalidade adotada, consistem em procedimentos autocompositivos de resolução de conflitos, isto é, inexistente a participação de um terceiro com poder decisório. Logo, a composição do conflito é atribuição exclusiva das partes, devendo o facilitador – mediador ou conciliador, a depender do conflito – facilitar a comunicação entre os interessados.

No tocante à obrigatoriedade dos métodos autocompositivos de resolução de disputas, entende Fernanda Tartuce (2019, p. 339) que o ordenamento jurídico brasileiro adotou um modelo de voluntariedade com incentivos e sanções. Evidencia-se o incentivo quando não são devidas custas judiciais finais, se solucionado o conflito antes da citação do réu, conforme disposto no artigo 29 da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015). Já a sanção, por sua vez, é vislumbrada no caso da multa por ato atentatório à dignidade da justiça.

Assim como no Brasil, na Inglaterra também há a adesão ao modelo de voluntariedade com incentivos e sanções (*Voluntary Mediation with Incentives and Sanctions*). Nesse modelo, afirma Cebola (2017, p. 2), ao tratar de estudo feito por Giuseppe de Palo e Leonardo D’Urso, que “as partes em conflito são encorajadas a participar numa sessão de mediação através da consagração de incentivos ou da aplicação de sanções”. Ainda, conforme exemplo da referida autora (2017, p. 2), no Reino Unido, estabeleceu-se consequências para a ausência injustificada da parte à audiência de mediação. Nesse caso, penaliza-se o faltoso com o pagamento de taxas de justiça no final do processo judicial.

Isto posto, é inequívoco que tanto o direito inglês quanto o direito brasileiro adotam o mesmo modelo de implementação da autocomposição. A razão disso está no fato de que em ambos os ordenamentos jurídicos, concede-se amplos poderes aos juízes para determinar que as partes utilizem os meios alternativos de resolução de conflitos.

Em nosso Código Processual Civil, reza o artigo 139, inciso V, que ao juiz é devido promover, a qualquer tempo, a autocomposição¹. No Código de Processo Civil inglês (Civil Procedural Rules), por sua vez, no item 1.4, traz um rol de poderes do juiz, sendo um deles o de estimular o uso dos métodos alternativos de solução de conflitos (Alternative Dispute Resolution), se considerá-lo adequado ao caso².

Como antes esclarecido, no direito inglês também subsiste a multa por ausência das partes à audiência autocompositiva designada pelo juiz. Trata-se de um mecanismo advindo da ferramenta denominada *stay order*, da qual o magistrado se utiliza para tornar efetivo o estímulo aos métodos alternativos de resolução de disputas. O magistrado, portanto, incentiva as partes por meio do *mediation order* (ordem de mediação), ou seja, ordem judicial indicando a via que deve ser seguida pelos litigantes, qual seja: a autocomposição. Porém, como já dito, se houver a recusa da parte em participar da audiência autocompositiva designada, tal escolha poderá refletir na regra geral de sucumbência, com a aplicação do *cost order* (ALMEIDA, 2011, pp. 316-317).

Assim sendo, nos termos da lei processual inglesa³, o juiz, após a valoração da conduta das partes durante o procedimento autocompositivo, aplicará sanções àquela que for considerada desidiosa, dentre elas, a que provocar atraso no andamento das negociações e o não comparecimento às sessões designadas. Em um comparativo com o sistema processual brasileiro, assevera Daiha Filho (2020, p. 31):

Ao revés, o Brasil optou por uma intensidade legislativa que praticamente suprimiu do juiz qualquer exercício de critérios de oportunidade e conveniência em matéria de mediação e conciliação extrajudiciais, seja no início do processo e antes da citação do réu, seja na audiência de instrução e julgamento.

- 1 Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] V- promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; [...].
- 2 1.4 - (1) The court must further the overriding objective by actively managing cases. (2) Active case management includes [...] e) encouraging the parties to use an alternative dispute resolution(GL)procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure; [...].
- 3 44.3 [...] (3) The court will also have regard to – (a) the conduct of all the parties, including in particular – (i) conduct before, as well as during, the proceedings; and (ii) the efforts made, if any, before and during the proceedings in order to try to resolve the dispute; [...].

O poder conferido aos magistrados, no particular, mais se assemelha a um poder-dever, vinculado ao excessivo regramento hodiernamente existente, inclusive no que pertine à aplicação de sanções à parte faltosa, prévia e legalmente fixada.

As críticas elaboradas em torno da compulsoriedade da participação das partes em audiências autocompositivas, em ambos os ordenamentos jurídicos – inglês e brasileiro –, são as mesmas. Defende-se, em suma, levando-se em consideração que a voluntariedade da mediação se alia a incentivos e sanções, que “sendo a mediação um procedimento para viabilizar conversações, não é possível obrigar alguém a falar e/ou a negociar (TARTUCE, 2019, p. 340).

6. CONCLUSÃO

É possível concluir, primeiramente, que o *contempt of court* surgiu concomitantemente com o sistema anglo-saxônico de *common law*. Com o passar do tempo, todavia, percebeu-se uma flexibilização da *common law*, isto é, permitiu-se uma coexistência do sistema anglo-saxão com o sistema romano-germânico. Com efeito, o *contempt of court* assumiria uma nova roupagem, não se limitando apenas ao direito costumeiro, mas abrindo espaço para a criação de uma moderna concepção.

Tendo em vista ser o *contempt of court* a ofensa ao órgão judiciário ou à pessoa do juiz, sem dúvidas, a tutela jurisdicional efetiva, é a razão da existência do instituto. Para tanto, necessário se fez tratar a administração da justiça com honra e dignidade. Ademais, constatou-se a existência de duas modalidades de *contempt*: o civil e o criminal. Tais modalidades, ainda, subdividem-se em direto e indireto, variando conforme o procedimento adotado (incidental ou sumário), podendo em ambos os *contempts*, haver a aplicação das seguintes penalidades: multa, prisão e perda de direitos.

No Sistema Processual brasileiro, o *contempt of court* equivale ao instituto do ato atentatório à dignidade da justiça. Esse instituto, por sua vez, é norteado pelos princípios da boa-fé processual e da cooperação. O Código de Processo Civil, diferentemente do direito inglês, elenca esparsamente as condutas consideradas atentatórias assim como não prevê prisão em caso de ilícito civil. Ademais, para penalizar as condutas atentatórias apenas se admite a aplicação de multa, a qual não poderá ser imediata e restringe-se aos litigantes.

No que diz respeito ao objeto central do presente estudo, isto é, a ausência injustificada das partes à audiência de conciliação ou de mediação, viu-se que se trata de uma conduta atentatória praticada durante a fase processual de conhecimento e que, obviamente, é sancionada com pena de multa. Constatou-se também, no tocante ao comparecimento das partes às audiências autocompositivas, que o nosso ordenamento jurídico adota um modelo de voluntariedade com incentivos e sanções.

Outrossim, foi possível inferir que, assim como no Brasil, na Inglaterra também se adota o supramencionado modelo, penalizando também as partes em caso de ausência injustificada à audiência autocompositiva. Concluiu-se que a razão dessa aproximação está no fato de que em ambos os ordenamentos foram concedidos amplos poderes aos juízes com o objetivo de que incentivassem a utilização de meios alternativos de resolução de conflitos.

É possível afirmar que a multa por ato atentatório à dignidade da justiça por ausência injustificada das partes à audiência de mediação ou de conciliação originou-se do *contempt of court*, todavia, não possui a mesma essência que tal instituto, pois, atualmente, no direito inglês predomina, para essa conduta especificamente, a imposição de *cost order* (pagamento de taxas de justiça no final do processo judicial) advinda de uma *mediation order* (ordem de mediação).

Por fim, pode-se considerar, num primeiro momento, inadequada a classificação da ausência injustificada das partes à audiência de mediação ou de conciliação como um ato atentatório à dignidade da justiça (*contempt of court*). Entretanto, tendo em vista as modificações pelas quais passou o referido instituto, importa afirmar que se trata de uma adaptação deste a nossa realidade jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil* – 6ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530970765/>. Acesso em: 10 mar. 2020.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *O sistema jurídico nos Estados Unidos – common law e carreiras jurídicas (judges, prosecutors e lawyers): o que poderia ser útil para a reforma do sistema processual*

brasileiro? Revista de Processo, São Paulo, v. 41, nº 251, pp. 523-560, 2016.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *O case management inglês: um sistema maduro?* in Revista Eletrônica de Direito Processual Civil - REDP, José Carlos Barbosa Moreira (patrono), Ano V, vol. VII, UERJ, Rio de Janeiro, 2011.

ASSIS, Araken de. *O contempt of court no direito brasileiro*. Revista de Processo, nº 111, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Manual de mediação judicial*, 5ª ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira; NETO, Francisco Vieira Lima. *Anotações acerca do contempt of court no direito norte-americano*. Revista de Processo, vol. 36 nº 192, pp. 129-168, fev. 2011.

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 09 abril 2020.

CARVALHO, Fabiano Aita. *Multa e prisão civil: o “contempt of court” no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

CEBOLA, Cátia Marques. *Mediação voluntária ou obrigatória: eis a questão! Notícias Mediare – 3º newsletter*, Porto, 2017. Disponível em: <https://iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/3347/1/MEDIARE%20-%20newslette%2020%20-%20dez.jan2018%20%281%29.pdf>. Acesso em: 13 abril 2020.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento I*. 17ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. – 22ª ed. – São Paulo: Atlas, 2019. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020243/>. Acesso em: 29 mar. 2020.

DAIHA FILHO, Nelson Antonio. *Mediação e Conciliação Intra-Judiciais: um diálogo entre os direitos inglês, brasileiro e português*. Direito UNIFACS–Debate Virtual, nº 235, 2020.

GIUBERTI, Vander Santos. *Contempt of court: o que é e o que não é no novo sistema processual brasileiro*. In II Congresso de Processo Civil Internacional, 2018, Vitória. Tutela de direitos e novas técnicas processuais, 2017. pp. 345-362.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. – 10ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553608478/>. Acesso em: 10 mar. 2020.

JESUS, Damásio de. *Direito penal – parte especial: crimes contra a fé pública e crimes contra a Administração Pública*. - 19ª ed., vol. 4, São Paulo: Saraiva, 2016. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547201487/>. Acesso em: 11 mar. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação Crítica entre as Jurisdições de Civil Law e de Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil*. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, nº 47, pp.11-58, 2008.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil: de acordo com o novo CPC*. - 12ª ed. Reform. e atual. - São Paulo: Atlas, 2016.

SALES, Lilia Maia de Moraes. A evolução da mediação através dos anos – aprimoramento das discussões conceituais. In BRAGA NETO, Adolfo; SALES, Lilia Maia de Moraes (org.). *Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos*. - Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional*. - 6ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987497/>. Acesso em: 10 mar. 2020.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. - 5ª ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de*

conhecimento, procedimento comum. – 60ª ed. – [2. Reimpr.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984359/>. Acesso em: 28 mar. 2020

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil- vol. III.* – 53ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988838/>. Acesso em: 29 mar. 2020.

ZARONI, Bruno Marzullo. *Contempt of court, execução indireta e participação de terceiros no sistema anglo-americano.* Revista de Processo, São Paulo, v. 235, pp. 121-147, 2014.

O PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

César Barros Leal

Procurador do Estado do Ceará; Doutor em Direito pela Universidade Nacional Autônoma do México; Pós-doutor em Estudos Latino-americanos (Faculdade de Ciências Políticas e Sociais da UNAM); Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC); Presidente do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos.

1. INTRODUÇÃO

Mergulho no tempo para uma breve incursão histórica e relembro, em toda sua exuberância, o teor da Declaração francesa, que serviu de preâmbulo à Constituição da França de 1791 e que sinalizou, com letras douradas, a existência de princípios imutáveis que haveriam de se impor a todos os povos, em todos os tempos, indicando como direitos essenciais, imprescritíveis e universais, a liberdade, a segurança e a resistência à opressão.

Muito depois, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, inspirada nas constituições pioneiras do México de 1917 e de Weimar de 1919, ampliou anteriores declarações de direitos, indigitando não apenas os direitos tradicionais – civis e políticos –, senão também os direitos econômicos, sociais e culturais como o direito ao trabalho, ao descanso e ao lazer, à saúde, à educação, à habitação, à participação na vida cultural e à proteção especial da maternidade e à infância, direitos que consabidamente se agregam aos civis e políticos e os completam, uma vez que as duas categorias são interdependentes e indivisíveis. A dicotomia entre esses direitos, aliás, foi superada ulteriormente pela Declaração de Viena

Exuberante em sua dicção, a Declaração Universal dos Direitos do Homem afirma que todos nascemos livres e iguais em dignidade e direitos; que todos temos direito à vida, à liberdade e à segurança; que ninguém deve ser submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante; e que todo homem tem direito a ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei e merece assim seu amparo. É certo que, a partir dela, deu-se início à edificação de um novo ramo do direito (hoje reconhecidamente autônomo da ciência jurídica): o Direito Internacional dos Direitos Humanos (*International Human Rights Law*), iniciado timidamente após a 1ª Guerra Mundial, mas consolidado com o fim da 2ª Guerra e tudo o que ela representou de cruel, de terrível para a humanidade (em particular os horrores do nazismo, a barbárie dos campos de concentração), num processo de universalização dos direitos humanos que se materializou, em ponto grande, com a elaboração de tratados, convênios, pactos etc., de amplitude regional e global. É a fase legislativa desse direito de proteção que vem a ser o direito internacional dos direitos humanos, cristalizado nos documentos que compõem a Carta Internacional de Direitos Humanos da ONU.

Sublinhe-se que, após a proclamação em Paris da Declaração Universal dos Direitos Humanos, foram gradualmente surgindo os sistemas europeu, interamericano e africano de proteção dos direitos humanos¹, que se somaram aos sistemas nacionais de proteção, aos denominados direitos internos.

1 *O Sistema de Proteção Europeu*: Um dos mais antigos e evoluídos sistemas regionais, o sistema europeu de proteção dos direitos humanos, está fundamentado no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, com sede em Estrasburgo, França, também chamado Tribunal de Estrasburgo ou Corte Europeia de Direitos Humanos, órgão judicial com função consultiva e contenciosa ao qual se encaminham denúncias de violações dos direitos humanos previstos no Convênio Europeu de Direitos Humanos e nos Protocolos 1, 4, 6 e 7, ratificados por alguns Estados. Até o ano de 1998 eram dois os órgãos que compunham o sistema (o Tribunal e a Comissão Europeia de Direitos Humanos), porém o Protocolo nº 11, do Convênio Europeu de Direitos Humanos, suprimiu a Comissão como *filtro das demandas*, que passaram a ser diretamente apresentadas ao Tribunal. Este tem seu presidente, dois vice-presidentes e dois presidentes de seção com mandato de três anos. Em cada uma das quatro seções se formam, por um ciclo de doze meses, comitês de três juízes, encarregados de filtrar as denúncias. Há salas de sete membros dentro de cada seção que funcionam de modo rotativo e a Grande Sala, composta de dezesseis juízes, por um período de três anos.

O Sistema de Proteção Africano: A mais nova Corte regional, a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, começou a se tornar realidade. Ela se soma à Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, criada em 1987, um ano

Flávia Piovesan, procuradora do estado de São Paulo, Professora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Secretária Nacional de Direitos Humanos (no governo interino de Michel Temer), deixa claro, em diversos textos, que vislumbra, nessa progressiva internacionalização dos direitos humanos, o desenhar de uma cidadania universal, da qual emanariam direitos e garantias internacionalmente assegurados.

Com efeito, cidadãos do mundo, sujeitos de direito internacional: é o que somos e seremos sempre, na dimensão de nossa condição humana.

Tem sido, aliás, um longo caminho, uma trajetória de avanços e retrocessos, de passos ora lentos, ora rápidos, a partir do direito internacional clássico (que via o Estado como único sujeito de direito internacional) até o direito internacional dos direitos humanos. Hoje, os sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos estão cada vez mais fortalecidos, fazendo toda a diferença na afirmação e proteção desses direitos.

depois da entrada em vigor da Carta Africana (Banjul, Gâmbia). Seu Protocolo, adotado em 1998, está em vigência desde 25 de janeiro de 2004. Dois anos depois seus 11 juízes foram eleitos. Faltam-lhe a adoção do Regulamento e a definição de sua sede permanente (até agora compartilha a sede com a Comissão em Gâmbia). Tem-se notícia de que a Assembleia de Chefes de Estado e de Governo da União Africana aprovou uma Resolução que estabeleceu a fusão da Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos e a Corte Africana de Justiça.

O Sistema de Proteção Interamericano: O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos se compõe, *ex vi* do art. 33 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (em vigência desde 18 de julho de 1978), de dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (com sede em Washington) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (com sede em San José, Costa Rica). A Comissão Interamericana de Direitos Humanos: Órgão da OEA, criado em 1959, está integrado por sete membros, expertos de reconhecida autoridade moral e versados em direitos humanos, eleitos pela Assembleia Geral da OEA a partir de uma lista de candidatos propostos pelos governos dos Estados membros. Os comissionados, que não são representantes dos Estados nem dos governos, têm um mandato de quatro anos, prorrogável por uma única vez. A Corte Interamericana de Direitos Humanos: Órgão jurisdicional do sistema interamericano de proteção, criado em 1969, está integrado por sete juízes naturais de Estados membros da OEA (eleitos, segundo o art. 52 da Convenção Americana: a título pessoal entre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida autoridade em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais conforme a lei do país do qual sejam nacionais ou do Estado que os proponha como candidatos). (Texto colhido, com ajustes, do livro *Execução Penal na América Latina à Luz dos Direitos Humanos: Viagem pelos Caminhos da Dor*, Paraná: Editora Juruá, 2020, pp. 364-367)

Entre os instrumentos de proteção dos direitos humanos, criados a partir do surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU), além da Declaração Universal dos Direitos Humanos, cumpre citar: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), a Convenção Internacional contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), o Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos Destinado a Abolir a Pena de Morte (1989) e a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

De um dos instrumentos aludidos nos ocuparemos neste texto: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), centrando-nos em seu artigo 9º (3), que concorreu para a criação e o desenvolvimento de uma importante ferramenta de contenção do Estado Penal (limitação do *ius puniendi*) e de humanização do processo penal, o que implica uma boa dose de prevenção do crime (secundária e terciária) e o desafogo das prisões: a audiência de custódia.

2. O PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

Aprovado em 16 de dezembro de 1966 pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, com entrada em vigor aos 23 de março de 1976, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, compõe, junto com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ambos foram ratificados pelo Brasil em 1992) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a já mencionada Carta Internacional dos Direitos Humanos.

Dividido em seis partes com 53 artigos, tem-se na terceira parte (a mais extensa) o elenco dos direitos apelidados de primeira geração²,

- 2 Uma nomenclatura que julgamos inadequada, tal como explicitado na apresentação da revista nº 14 do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, firmada por mim e pelo Prof. Dr. Antônio Augusto Cançado Trindade, Juiz da Corte Internacional de Justiça: Há que destacar, em primeiro plano, a interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos (civis, políticos, econômicos, sociais e culturais). Ao propugnar por uma visão necessariamente *integral* de todos os direitos humanos, o IBDH

entre os quais se citam o direito à vida; a proibição da tortura; o direito à liberdade e à segurança; a vedação da prisão arbitrária; e o direito a tratamento digno e humano. A seguir, reproduzo alguns de seus artigos:

6.1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.

7. Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes...

9. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.

9.2. Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela.

9.3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

9.4. Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade por prisão ou encarceramento terá o direito de recorrer a um tribunal para

adverte para a impossibilidade de buscar a realização de uma categoria de direitos em detrimento de outras. Quando se vislumbra o caso brasileiro, dita concepção se impõe com maior vigor, porquanto desde seus primórdios de sociedade predatória até o acentuar da crise social agravada nos anos mais recentes, nossa história tem sido até a atualidade marcada pela exclusão, para largas faixas populacionais, seja dos direitos civis e políticos, em distintos movimentos, seja dos direitos econômicos, sociais e culturais. A concepção integral de todos os direitos humanos se faz presente também na dimensão temporal, descartando fantasias indemonstráveis como a das “gerações de direitos”, que têm prestado um desserviço à evolução da matéria, ao projetar uma visão fragmentada ou atomizada no tempo dos direitos protegidos. Todos os direitos para todos é o único caminho seguro. Não há como postergar para um amanhã indefinido a realização de determinados direitos humanos.

que este decida sobre a legalidade de seu encarceramento e ordene.

10. 1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.

10.2.a. As pessoas processadas deverão ser separadas, salvo em circunstâncias excepcionais, das pessoas condenadas e receber tratamento distinto, condizente com sua condição de pessoa não-condenada.

10.2.b. As pessoas processadas, jovens, deverão ser separadas das adultas e julgadas o mais rápido possível.

10.3. O regime penitenciário consistirá num tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e a reabilitação normal dos prisioneiros. Os delinquentes juvenis deverão ser separados dos adultos e receber tratamento condizente com sua idade e condição jurídica.

Deixo de consignar outros direitos porque não relacionados com a temática que nos ocupa, registrando, porém, que, conforme o artigo 2.1., os Estados Partes do Pacto se comprometem a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos nele reconhecidos, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra condição.

3. O PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS E O QUADRO PERVERSO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Regresso ao final do mês de outubro de 2005 quando, integrando a delegação brasileira, de caráter interministerial, participei da exposição e defesa, por parte do Governo Federal, do 2º Relatório do Brasil acerca do cumprimento do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ao Comitê de Direitos Humanos da ONU, em Genebra, Suíça (responsável pelo monitoramento da aplicação do Pacto). Cogitava-se da observância do disposto no art. 40, consoante o qual os Estados Partes se comprometem a apresentar relatórios sobre as disposições que hajam adotado e que deem efeito aos direitos reconhecidos no Pacto e sobre o progresso que hajam

logrado no concernente ao gozo desses direitos: a) no prazo de um ano a contar da data de entrada em vigor do Pacto, com respeito aos Estados-partes interessados; b) sucessivamente, cada vez que o Comitê venha a pedi-lo. Tais relatórios indicam os fatores e as dificuldades, se os houver, que afetem sua aplicação.

Na obra já citada, relato que, no *Palais Wilson*, tive de responder oralmente a perguntas acerca de três itens:

a) o plano de ação brasileiro relativo às condições prisionais inadequadas e à capacidade populacional insuficiente, assim como os critérios utilizados na dotação de recursos para os estabelecimentos penais estaduais (perguntava-se em que medida a capacidade e as condições desses estabelecimentos melhoraram e se pedia para que comentássemos sobre o projeto de estabelecer diretrizes para a administração das prisões em consonância com o Pacto);

b) as medidas tomadas para simplificar e acelerar os procedimentos de liberação de prisioneiros e de compensação pelo confinamento prolongado arbitrário, aclarando as razões desse “extraordinário” fenômeno;

c) a disponibilidade e a eficácia dos mecanismos de queixa relativamente a abusos sistemáticos cometidos contra os direitos humanos dos habitantes das prisões, cadeias públicas e outras formas de custódia.³

Percebeu-se, então, de forma manifesta, que a preocupação subjacente e prioritária dos membros do Comitê era o grande número de presos à espera de julgamento (em alguns casos alcançando níveis alarmantes), os quais habitam as prisões dos Estados-Membros das Nações Unidas, o que colabora desmedidamente para aviltar as condições dos centros de reclusão, em sua grande maioria precários e superpovoados, cenários de abandono, arbitrariedades, violência, torturas, num cabal desprezo à dignidade dos cativos e ao arrepio do que preconiza o Pacto.

A par das críticas feitas ao modelo decadente do sistema penitenciário brasileiro, prevaleceu o interesse de perseguir respostas para o enfrentamento de suas mazelas, de suas fragilidades, dos abusos nela cometidos, da tortura que persiste intramuros (sete anos depois, o Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes das Nações Unidas registrava

3 Execução Penal na América Latina à Luz dos Direitos Humanos: Viagem pelos Caminhos da Dor. Paraná: Editora Juruá, 2010, p. 113.

ter recebido “relatos repetidos e consistentes de torturas e maus-tratos em São Paulo e outras unidades federativas), acenando-se para um vasto leque de opções que abrangem não apenas a provisão de meios financeiros necessários à otimização dos equipamentos e dos serviços e, por consequência, o aprimoramento da administração prisional, senão também o estímulo às iniciativas e às boas práticas que permitam, v.g., humanizar o cárcere, diminuir o período de clausura e liberar aqueles que permanecem em seu interior além do tempo fixado na sentença, uma absurdidade que é mais frequente do que se imagina e foi enfatizada em Genebra.

4. A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

De acordo com cifras exibidas pelo Instituto Latino-americano das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente (ILANUD), fundado em 1975 e ligado ao Conselho Econômico e Social da ONU, com sede em San José, Costa Rica, mais de 70% dos presos, em um número expressivo de países da América Latina, são provisórios, o que confirma a utilização abusiva do aprisionamento, uma excrescência que nos incumbe erradicar a todo custo.

Muitas têm sido as medidas adotadas, em diferentes países, para intentar reduzir o número de presos provisórios: a despenalização dos delitos menores, é dizer, de menor gravidade; a ampliação da liberdade condicional, a liberdade vigilada, a liberdade antecipada e a prisão doméstica (em certos lugares, o emprego proporcional e equilibrado dos regimes semiaberto e aberto); o uso efetivo das sanções alternativas à pena privativa de liberdade, especialmente para certos grupos de sancionados (algo que, para muitos, deve ser feito com extremo cuidado, a fim de evitar a expansão da rede de controle que fortaleceria o caminho para a onipresença de um Estado policial); o monitoramento eletrônico a distância como instrumento de controle e alternativa à prisão⁴; a promoção de mecanismos de

4 Importante ter em conta: O substancial é a convicção que se sedimenta paulatinamente não apenas do estrepitoso fiasco e da consequente residualidade da privação de liberdade, o mais pesado elo de uma cadeia de punições que se perpetuam no tempo, mas também de que o monitoramento eletrônico não pode ser superficialmente categorizado como bom ou mau; é em seu emprego positivo ou negativo onde reside a resposta. Como diz Concepción Arenal, penitenciarista espanhola, inspetora de prisões femininas, um de cujos lemas era: “Odeie o delito e se compeça do delinquente”: “Não há que acusar as boas teorias das más práticas.”

conciliação, de mediação, de justiça restaurativa⁵ com reparação às vítimas; a remição da pena pelo trabalho, pela educação e pela leitura; a ampliação do quadro de defensores públicos que permitam, com o apoio dos juízes de execução, assegurar o direito dos presos a seus benefícios de pré-liberdade; a determinação de que o número de encarcerados não ultrapasse a capacidade da unidade penal, consoante limite de vagas e taxas de ocupação, que devem ser de conhecimento público, de conformidade com as boas práticas e os princípios estabelecidos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, assim como as recomendações das Regras de Mandela; e, por fim, a adoção excepcional da prisão preventiva, sendo bem-vinda a prática, exitosa em muitos países, da audiência de custódia.

Mas o que é a audiência de custódia?

(BARROS LEAL, César. *Vigilância Eletrônica à Distância: Instrumento de Controle e Alternativa à Prisão na América Latina*. Paraná: Editora Juruá, p. 123)

- 5 Leia-se: Ante o fiasco unanimemente reconhecido da pena privativa de liberdade (parafraseando Elías Neuman, ninguém pode cobrir com os dedos de uma mão os sóis desta evidência, visível como um escorpião num prato de leite), máxime em sua ilusória proposta de ressocialização, de reabilitação, além da inaptidão dos modelos hegemônicos e autoritários de controle e a notória incapacidade do direito penal convencional, de matiz repressivo, de vencer os desafios da criminalidade contemporânea (por isso o chamam “tigre de papel”) robustece-se cada vez mais, no processo penal e na execução da pena, a percepção de que se requer uma mudança significativa no paradigma da justiça criminal, com a adoção de novos conceitos, de estratégias mais eficazes e legítimas, entre as quais se incluem as formas ou vias alternas de punição e resolução de disputas (instâncias geralmente não judiciais, oficiosas, celebradas por autores como Eugenio Raúl Zaffaroni), em especial através de medidas construtivas, de consenso, como a conciliação e a mediação. Fazemos referência a uma prática de justiça muito diferente dos padrões ordinários da justiça penal, esta de corte nitidamente dissuasório, retributivo-punitivo, baseada no excesso de formalismos, na estrita legalidade, e uma relação traumática, adversarial, por vezes hostil (uma *cerimônia de degradação*, na linguagem de Garfinkel), marcada pelo distanciamento (um *diálogo entre surdos*), cujos atores principais são estatais – polícia, promotor de justiça e juiz – já que o delito é visto, num contexto bipolar (bidimensional), como uma desconformidade autor-Estado, *id est*, como uma ofensa contra o Estado (a presumida vítima, o principal lesado), pondo-se acento na ruptura das leis, na violação do bem jurídico tutelado e na culpa do agente, numa ótica retroativa, com ênfase no passado, “*esquecendo-se que, em sua base, há geralmente um conflito humano, gerador de expectativas outras, bem distintas, além da mera pretensão punitiva estatal*”. E ignorando-se, *ut retro*, quase por completo a vítima, desprezada em sua identidade e humanidade, sem voz na resposta penal/estatal, convertida em *estátua de pedra*. (BARROS LEAL, César. *Justiça Restaurativa: O Amanhecer de uma Era. Aplicação em Prisões e Centros de Internação de Adolescentes Infratores*. Paraná: Editora Juruá, 2010, pp. 49-50).

Inspirada no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (assim como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica), a audiência de custódia tem por fim garantir o contato da pessoa presa com a autoridade judiciária 24 horas depois da prisão em flagrante, embora na prática, por múltiplas razões, dificilmente esse prazo seja cumprido.

A audiência de custódia serve para que o juiz: analise a legalidade e a necessidade da prisão, bem como verifique eventuais maus-tratos ao preso (consta ser frequente este relato). No momento da audiência, com a presença do representante do Ministério Público e de um advogado/defensor público, o juiz poderá: relaxar a prisão em flagrante legal; decretar a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão; manter solta a pessoa de quem se suspeita haver cometido determinado delito, caso não seja preciso aplicar uma medida cautelar.

Diz o art. 9º (3) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966: Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência e a todos os atos do processo, se necessário for, para a execução da sentença.

Este artigo do Pacto foi reproduzido pelo art. 7º (5) da Convenção sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992: Toda pessoa, detida ou retida, deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu cumprimento em juízo.

Importa citar também: a) o art. 306 do Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941): A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. § 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu

advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. § 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas”; b) o art. 310 do mesmo Código: Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011) I - Relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011); II - Converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011); III. Conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). Parágrafo único: Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do *caput* do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011, que, aliás, não conseguiu mudar, como se esperava da reforma de 2011, o paradigma da prisão como *prima ratio*).

Ante o reconhecimento da insuficiência dos artigos apontados (na sistemática sob exame o juiz só tem contato com o cidadão preso na data de seu julgamento, o que pode verificar-se meses ou anos posteriormente à sua prisão), o projeto de lei (PLS 554/2011, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares⁶), ora tramitando

6 Leia-se: “[...]” § 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação. § 2º Na audiência de custódia de que trata o parágrafo 1º, o Juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos art. 310. § 3º A oitiva a que se refere parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado. § 4º A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os nomes das testemunhas. § 5º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu

no Congresso Nacional, prevê, com o fim de alterar o Código de Processo Penal (compatibilizando-o com o Pacto e a Convenção), a obrigatoriedade da apresentação do preso ao juiz e a realização da audiência de custódia (corrigindo, assim, uma gravíssima lacuna no sistema cautelar em vigor), vinte e quatro horas depois da prisão em flagrante, com indúvidas vantagens, referidas pelos estudiosos, entre as quais impende repisar: a) afiança ao preso o direito de ser julgado em um prazo razoável; b) garante o direito de defesa e o contraditório; c) inibe e protege o indivíduo de maus-tratos e da tortura durante e depois da prisão; d) assegura o respeito às suas garantias individuais e à sua dignidade como ser humano, pedra angular do instituto.

Nesta mesma linha, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), numa parceria com o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Ministério da Justiça, deu início ao projeto Audiência de Custódia (recomendando sua implantação em todo o território nacional), com a finalidade de viabilizar com a máxima rapidez a apresentação a uma autoridade judiciária dos presos em flagrante. Da audiência participam também o representante do Ministério Público e um advogado/defensor público. O projeto prevê, por igual, uma estrutura diversificada que inclui a criação/estruturação de centrais de alternativas penais; centrais de vigilância eletrônica; centrais de serviços e assistência social; e câmaras de mediação penal, incumbidas de apresentar à autoridade judiciária opções ao aprisionamento provisório.

Mediante a Resolução nº 213, de 15.12.2015, o CNJ havia disposto sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de vinte e quatro horas. Eis o preâmbulo que transcrevemos por sua riqueza e abrangência:

CONSIDERANDO o art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, bem como o art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica); CONSIDERANDO a decisão nos autos da Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental 347 do Supremo Tribunal Federal, consignando a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente; CONSIDERANDO o que dispõe a letra

advogado, ou, se não o tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no parágrafo 3º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código.”

“a” do inciso I do art. 96 da Constituição Federal, que defere aos tribunais a possibilidade de tratarem da competência e do funcionamento dos seus serviços e órgãos jurisdicionais e administrativos; CONSIDERANDO a decisão prolatada na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240 do Supremo Tribunal Federal, declarando a constitucionalidade da disciplina pelos Tribunais da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente; CONSIDERANDO o relatório produzido pelo Subcomitê de Prevenção à Tortura da ONU (CAT/OP/BRA/R.1, 2011), pelo Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária da ONU (A/HRC/27/48/Add.3, 2014) e o relatório sobre o uso da prisão provisória nas Américas da Organização dos Estados Americanos; CONSIDERANDO o diagnóstico de pessoas presas apresentado pelo CNJ e o INFOPEN do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DEPEN/MJ), publicados, respectivamente, nos anos de 2014 e 2015, revelando o contingente desproporcional de pessoas presas provisoriamente; CONSIDERANDO que a prisão, conforme previsão constitucional (CF, art. 5º, LXV, LXVI), é medida extrema que se aplica somente nos casos expressos em lei e quando a hipótese não comportar nenhuma das medidas cautelares alternativas; CONSIDERANDO que as inovações introduzidas no Código de Processo Penal pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, impuseram ao juiz a obrigação de converter em prisão preventiva a prisão em flagrante delito, somente quando apurada a impossibilidade de relaxamento ou concessão de liberdade provisória, com ou sem medida cautelar diversa da prisão; CONSIDERANDO que a condução imediata da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal, previsto no art. 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 2.1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; CONSIDERANDO o disposto na Recomendação CNJ 49 de 1º de abril de 2014; CONSIDERANDO a decisão plenária tomada no julgamento do Ato Normativo 0005913-65.2015.2.00.0000, na 223ª Sessão Ordinária, realizada em 15 de dezembro de 2015.

O art. 1º da Resolução é categórico ao determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja de modo obrigatório, em até 24 horas da comunicação do flagrante, apresentada à autoridade judicial

competente, e ouvida acerca das circunstâncias em que se deu sua prisão ou apreensão. Não nos deteremos na análise dos dezesseis artigos subsequentes (porque ultrapassaria o propósito deste artigo), mas chamamos a atenção do leitor para o Protocolo I (documento que tem por fim apresentar orientações e diretrizes sobre a aplicação e o acompanhamento de medidas cautelares diversas da prisão para aqueles apresentados nas audiências de custódia, contendo: os fundamentos legais e a finalidade das medidas cautelares diversas da prisão; as diretrizes para a aplicação e o acompanhamento das medidas cautelares diferentes da prisão; os procedimentos para acompanhamento das medidas cautelares e inclusão social) e o Protocolo II (documento que, por sua vez, visa a orientar tribunais e magistrados sobre procedimentos para denúncias de tortura e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, onde se consignam: a definição da tortura; as condições adequadas para a oitiva do custodiado na audiência; os procedimentos para coleta do depoimento da vítima de tortura; os procedimentos concernentes à coleta de informações sobre práticas de tortura durante a oitiva da pessoa custodiada; um questionário para auxiliar na identificação e registro da tortura durante oitiva da vítima; e as providências em caso de apuração de indícios de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes).

No estado do Ceará (sou cearense, o que explica a referência pontual), o Tribunal de Justiça instituiu, através da Resolução nº 14/2015 do Órgão Especial, *ad referendum* do Tribunal Pleno, obrigatoriedade da efetivação de audiência de custódia, presidida por autoridade judiciária competente, para apresentação da pessoa presa em flagrante delito. Reproduzo a seguir alguns de seus artigos:

Art. 1º Fica instituída, no âmbito da jurisdição da Comarca de Fortaleza, a obrigatoriedade da realização de audiência de custódia, para fins de apresentação à autoridade judiciária competente, assim definida nos termos do art. 7º, desta Resolução, de todas as pessoas presas em flagrante delito. Art. 2º A autoridade policial remeterá ao Juízo competente para a realização de audiências de custódia, em até 24 (vinte e quatro) horas após a prisão, o respectivo auto de prisão em flagrante, para o fim de atender à comunicação de que trata o art. 306, § 1º, do Código de Processo Penal. § 1º. Protocolizado na Secretaria do Juízo, esta certificará se o auto está devidamente instruído com nota de culpa e exame de corpo de delito da

pessoa presa, remetendo-o, em seguida, mediante despacho do juiz, à Central Integrada de Apoio à Área Criminal (CIAAC) para fins de pesquisa quanto aos antecedentes criminais e eventuais restrições à liberdade do flagranteado. § 2º. Antes de determinar a remessa do auto à CIAAC, o juiz poderá avaliar, à vista dos elementos presentes, se o caso comporta, desde logo, o relaxamento da prisão ilegal ou a concessão da liberdade, independentemente da apresentação do preso. § 3º. Devolvido o auto com as informações coletadas pela CIAAC, o que deverá ocorrer com a máxima brevidade possível, a pessoa detida será requisitada à autoridade policial para a realização da audiência de custódia e os autos de prisão aguardarão em Secretaria a realização da respectiva audiência. § 4º. Nas hipóteses em que a prisão em flagrante for comunicada durante finais de semana, feriados ou outros períodos em que funcione o regime de plantão, observar-se-á o previsto no art. 8º, inciso III, desta Resolução. Art. 3º Comparecendo o flagranteado, o juiz procederá a sua pronta oitiva, certificando-se, porém, que a ele tenha sido dada a oportunidade de, antes da audiência, ter contato prévio e razoável com defensor constituído, acaso assim tenha figurado por ocasião da lavratura do auto de prisão ou até o momento da abertura da audiência, ou, do contrário, com Defensor Público.

A primeira audiência de custódia no Ceará foi levada a efeito em 2016 pela Vara Única de Audiências de Custódia de Fortaleza. Tratava-se de um crime de receptação e a apresentação ocorreu apenas quatro dias depois da detenção. O preso, posto que tinha bons antecedentes, emprego e residência fixa, ganhou liberdade provisória. A experiência do Ceará foi objeto de debate no XXII Fórum Nacional de Direito Penitenciário: Audiência de Custódia, ocorrido de 20 a 21 de junho de 2016 pelo Centro de Estudos e Treinamento da Procuradoria Geral do Estado do Ceará, em associação com o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, órgão do Ministério da Justiça.

Nos dias subsequentes, de 22 a 24 de junho, o Conselho Nacional de Justiça levou a cabo, na sala de sessões da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), o 2º Seminário sobre Tortura e Violência no Sistema Prisional e no Sistema de Cumprimento de Medidas Socioeducativas – Atuação do Poder Judiciário no Enfrentamento à Tortura, com o objetivo de “fortalecer a atuação e o engajamento dos juízes na prevenção, identificação e combate à tortura, em especial quando detectadas em audiências de custódia”. No evento se promoveram oficinas para treinamento dos

juízes, assim como para intercâmbio de experiências dos diferentes tribunais das 27 unidades federativas. Informou-se, então que o CNJ registrou cerca de 2,7 mil denúncias de maus-tratos e torturas (excessos e abusos policiais) contra pessoas autuadas em flagrante em todo o país.

A ideia fundamental que preside a audiência de custódia é garantir a celeridade, prevista no Pacto e na Convenção, permitindo-se, tal como foi dito antes, examinar a prisão sob diferentes perspectivas (ocorrência de maus-tratos e tortura, legalidade, necessidade e adequação da permanência da prisão ou concessão eventual da liberdade), impondo-se ou não medidas cautelares. É sempre recomendável, neste contexto, excluir o ingresso de alguém por um tempo indeterminado no sistema penitenciário. Afinal, estar-se-á também desafogando as prisões, o que por si só é um mérito insofismável num país com mais de 600.000 reclusos, atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia nas cifras globais de encarceramento⁷, com déficit de vagas superior a 230 mil). Mas não só sobre redução do superpovoamento carcerário aqui se versa; o relevante é igualmente impedir que o indivíduo se submeta a toda sorte de influências negativas (prisionização) em espaços saturados onde tudo se potencializa, onde tudo se exacerba como, por exemplo, a falta de assistência material e jurídica, a minguada oferta de trabalho, os conflitos interpessoais, a violência (física, moral e sexual), o tráfico de drogas e a corrupção.

Entrevistado sobre o projeto, o Ministro Ricardo Lewandowski, Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, consciente da mudança de cultura provocada pela audiência de custódia, a qualifica como um “salto civilizatório” e aduziu: “Nós estamos, com esse passo, não apenas dando efetividade a um princípio importantíssimo, que é o da dignidade da pessoa humana, mas também cumprindo uma obrigação que o país assumiu ao assinar tratados internacionais” (entrevista publicada na Internet). O Ministro Luiz Fux, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240, proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil contra o CNJ (que o STF em boa hora julgou improcedente), afirmara em seu voto que as audiências de custódia demonstram ser eficientes na medida em que impedem prisões ilegais e desnecessárias.

7 A população carcerária do Brasil se converte na 3ª maior do mundo caso se considerem as pessoas que estão em prisão domiciliar.

Em numerosos países pertencentes à Organização dos Estados Americanos (OEA), têm-se tomado providências congêneres, de apresentação rápida em juízo: México (os suspeitos devem ser conduzidos a um juiz no prazo de 48 horas ou serem libertados), Colômbia (o prazo é de 36 horas), Chile (o prazo é de 12 horas para encaminhamento a um promotor, cabendo-lhe, por sua parte, conduzir a um juiz no prazo de 24 horas) e Argentina (o prazo vem a ser de 6 horas). Os nomes variam: audiência de flagrante, audiência de controle de detenção etc., mas a essência é a mesma e o mérito compartilhado pela maior parte das 35 nações que integram a Organização dos Estados Americanos (OEA).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para o já mencionado Comitê de Direitos Humanos da ONU, o lapso temporal entre a prisão de um acusado e seu comparecimento perante uma autoridade judiciária não deve ser largo, ou seja, o prazo há de ser razoável, nos termos do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal: No âmbito judicial e administrativo, são garantidos a todos a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Muitos se opõem à audiência de custódia, alegando ser um mero recurso para diminuir os índices da população prisional e assinalando que os juízes correm o risco de procederem a julgamentos apressados, sem terem muitas vezes à sua disposição elementos bastantes para uma decisão isenta de erros (à maneira de exemplo: a possibilidade de ausência de uma ficha criminal atualizada, que informe, de modo idôneo, a eventual existência de processos em outros estados). É evidente que isso ocorre; nada é perfeito. Mas, diga-se com realce, é notório o êxito dessa iniciativa que se desenvolve atualmente, com a garantia do contraditório e da ampla defesa, e que deverá resultar numa diminuição gradual e significativa do número de presos provisórios; e isso, em definitivo, terá, sem qualquer nesga de dúvida, uma fabulosa repercussão no sistema presidial, devendo ser aclamado com a ênfase que se exige na celebração das boas práticas.

Fazendo minha profissão de fé, com a ênfase determinada por minhas convicções, vejo a audiência de custódia não como uma panaceia (alguns incorrem neste equívoco), senão como uma resposta vigorosa, entre outras, para superar os impasses de uma área intensamente afetada pela negligência, pelo desmazelo com que

sempre foi tratada por quem deveria, ao revés, assumir a tarefa e a responsabilidade de operar mudanças.

Os que batalham para que a audiência de custódia se firme em nosso país, expurgando eventuais imperfeições (até porque estamos engatinhando em sua aplicação prática e um longo caminho se descortina, de contínua aprendizagem), apostam num tempo a médio e/ou longo prazo, em que os presos provisórios constituam uma mínima parcela da população intramuros. Lograr este objetivo é um grande passo para o enfrentamento de outras mazelas presentes neste universo, permitindo-nos sonhar com uma execução penal digna, respeitosa dos direitos humanos da massa de encarcerados.

Arremato, banhado de otimismo, com a reflexão de Eduardo Galeano, o excepcional escritor e jornalista uruguaio, autor de “As Veias Abertas da América Latina”, preso pela ditadura militar nos anos 70 e exilado na Espanha até 1985, tendo falecido em abril de 2015: “A utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar!”

FEDERALISMO ECOLÓGICO NO BRASIL PARA SUSTENTABILIDADE DA AMAZÔNIA LEGAL

Danilo Santos Ferraz

Doutorando em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal do Ceará (UFC); Mestre e Bacharel em Direito pela mesma Instituição; Professor da Graduação e da Pós-Graduação do Centro Universitário Christus (Unichristus); Oficial de Justiça Avaliador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região.

1. INTRODUÇÃO

A forma federativa de Estado é marcada pela pluralidade de membros e descentralização político-administrativa, gozando os seus componentes de tríplice autonomia (política, administrativa e financeiro-orçamentária), limitados os mesmos tão-somente pela Constituição Federal. Desta feita, os integrantes deste pacto possuem condições de gerenciar e normatizar sobre diversas temáticas, pois a capacidade administrativo-legislativa é consequência imediata de quem possui autonomia.

Geralmente é composta por dois entes (União e Estados, também chamados, em alguns locais, de Províncias, Cantões ou Länders), mas a República Federativa do Brasil, a partir de sua Constituição de 1988, introduziu em nosso ordenamento a figura do federalismo quadripartite, efetivando-se os entes locais como integrantes do pacto, garantindo-lhes o exercício de competências legislativas e administrativas próprias, além de modelos de compartilhamento (competências comum e concorrente). Já éramos diferentes das outras Federações, pois a Constituição Federal de 1967 trazia o modelo tripartite (União, Estados e Territórios), até ter incrementada a sua composição com quatro componentes, quais sejam, União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

Ademais, a repartição constitucional de competências nos três níveis de governo (federal, estadual e local – o distrital se faz pela junção

estadual-local) permitiu aos quatro entes federados administrar e legislar acerca de diversas matérias. Buscou-se, originariamente, um maior equilíbrio na gestão dos interesses públicos, importando-se ideias mescladas do constitucionalismo norte-americano (competências enumeradas para União e remanescentes para os Estados) e do alemão (competências horizontais e verticais – comuns e concorrentes). Há de ressaltar, contudo, que há competências enumeradas também para Estados e Municípios, mas em menor escala, comparado à União, que também possui competência residual (tributária), consoante o art. 154, I, da Constituição Federal.

A matéria ambiental está elencada constitucionalmente tanto na competência material comum dos entes federados (art. 23), quanto na legislativa concorrente (art. 24), isto é, os quatro integrantes da nossa Federação podem atuar tanto administrando quanto normatizando na preservação, proteção e responsabilização ambiental.

Há redutos naturais, como é o caso da Floresta Amazônica, que interligam diversos entes federados (vários Estados-membros e Municípios, além, claro, da União), necessitando de uma atenção especial por parte do Estado brasileiro, até por conta de suas repercussões fronteiriças (internacionais). Destarte, far-se-á uma breve análise acerca dos aspectos naturais e jurídicos da chamada Amazônia Legal, demonstrando-se a necessidade de uma reviravolta no trato de suas questões mais urgentes, a exemplo dos licenciamentos, desmatamentos, fiscalização e sua responsabilização, na tentativa de um controle mais efetivo de tais políticas.

O presente artigo não abordará os aspectos externos – afinal, são nove países que compartilham a realidade amazônica (Brasil, Peru, Colômbia, Equador, Bolívia, Venezuela, Suriname, Guiana e Guiana Francesa) - mas cuidar com efetividade de tal bioma é o primeiro passo para uma futura regulação internacional, que realçará a necessidade premente de uma proteção ambiental de apelo nacional e também regional.

Assim, cuidar-se-á, neste ensaio, de se criticar a atual postura constitucional dos entes federados brasileiros no processo de preservação ambiental do bioma referido, e se analisarão as possibilidades advindas do federalismo pátrio na consecução de políticas efetivas neste sentido, atreladas à legislação para proteger o bioma e punir os responsáveis pelos desrespeitos ao ecossistema amazônico. No Brasil, são quase oitocentas entidades políticas

reunidas neste universo (União, nove Estados e 775 Municípios), espalhados por três Regiões (Norte, Centro-Oeste e Nordeste). Neste tocante, garantir aos entes locais e regionais maior participação, principalmente por conta de sua maior proximidade e logística, além de elementos de solidariedade federativa na consecução de tais políticas, ecoa como um caminho alternativo e talvez mais eficiente para uma gestão ambiental mais proporcional e minimamente sustentável.

2. FEDERALISMO COOPERATIVO NO BRASIL E ATUAL GESTÃO AMBIENTAL

Desde 1891, com a promulgação de sua segunda Constituição, o Brasil adotou a forma federativa de Estado, originária dos Estados Unidos da América e marcada pela descentralização político administrativa, bicameralismo, vedação à secessão (pacto indissolúvel), mecanismo excepcional de intervenção federal, tribunal supremo para defender a Constituição federal, repartição constitucional de bens e competências (administrativas, legislativas e tributárias), dentre outras características. Ademais, esta forma estatal é regida pelos princípios básicos da autonomia plena dos entes federados e participação dos mesmos na formação da vontade nacional (Senado Federal).

A partir desta Constituição Federal dos Estados Unidos do Brasil, que refletiu um federalismo conhecido por “dual ou isolacionista”, as seguintes leis fundamentais do País mantiveram acesa por aqui a chama do princípio federativo, muito embora tenhamos passado por vários tipos de federalismo ao longo do século XX, a exemplo do cooperativo (1934 e 1946), do nominal (1937), do hegemônico (1967) e novamente do cooperativo, buscando um equilíbrio (1988)¹.

O federalismo cooperativo, modelo que se notabilizou na Alemanha do segundo pós-guerra, sobretudo a partir da Lei Fundamental de Bonn (1949), surgiu no Brasil após a crise do liberalismo no País, em meados dos anos 30 do século passado, resultante de acordos intergovernamentais para aplicação de programas, financiamentos, subvenções e auxílios conjuntos, com o objetivo de livre cooperação entre os entes da Federação. O Estado social que nascia por aqui acabou por facilitar a eclosão de um tipo menos

1 FERRAZ, Danilo Santos; MAIA, Daniel. *A Forma Federativa de Estado frente ao Municipalismo Brasileiro*. Fortaleza: Din-CE, 2012, pp. 150-152.

isolacionista de federalismo, afeito às preocupações socioeconômicas e de integração nacional. As relações intergovernamentais poderiam, assim, ser praticadas tanto vertical quanto horizontalmente, ou seja, entre a União e os Estados-Membros; entre a União e os Municípios; entre o Estado-Membro e os seus Municípios; os Estados-Membros entre si; e os Municípios entre si. Entes de mesma natureza jurídica gerariam consórcios, ao passo que entes de naturezas distintas, convênios. Trata-se, outrossim, de um tipo de federalismo que consagra mecanismos de aproximação, cooperação, auxílio entre os governos locais e central².

Conforme Pierson, a ideia central do cooperativismo federativo é a de que diferentes esferas de governo podem atuar sobre um mesmo espaço físico, mas a inexistência de uma limitação clara pode levar à fragmentação das políticas ambientais, que acabaria por gerar duas situações problemáticas: a ausência de ações governamentais ou a sobreposição das iniciativas de diferentes níveis de governo num mesmo tema; a atuação do governo federal, que é o ente federativo que mais congrega competências e, por via de consequência, possui o maior leque de possibilidades de ação, torna-se essencial para que haja o desenvolvimento de cooperação entre os entes federados, onde o conteúdo das decisões tomadas seja afetado em virtude dos interesses produzidos pelo governo federal³.

Enoch Rovira, citado por Gilberto Bercovici, afirma que:

O interesse comum viabiliza a existência de um mecanismo unitário de decisão no qual participam todos os entes integrantes do pacto federativo. Na realidade, há dois momentos de decisão na cooperação: o primeiro, em nível federal, quando se determina, conjuntamente, as medidas a serem adotadas, uniformizando-se a atuação de todos os poderes estatais competentes em determinada matéria; o segundo, em nível estadual ou local, quando cada ente federado adapta a decisão tomada em conjunto às suas peculiaridades e necessidades. Na cooperação, em geral, a decisão é conjunta, mas a execução se realiza de maneira separada, embora possa haver também uma atuação conjunta, especialmente no tocante ao financiamento das políticas públicas⁴.

2 RAMMÊ, Rogério Santos. O federalismo em perspectiva comparada: contribuições para uma adequada compreensão do federalismo brasileiro. *Revista eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 10, nº4, 3º quadrimestre de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica, p. 2309

Também Rovira, a partir do contexto da República Federal Alemã, concorda que o federalismo de nosso tempo só pode ser mesmo cooperativo, apresentando a planificação conjunta dos entes federados como técnica principal de realização de tal cooperativismo⁵.

O federalismo proposto em 1988 pela chamada Constituição Cidadã, que há mais de três décadas prometeu reequilibrar os poderes das esferas federativas no Brasil, a partir de um federalismo quadripartite e que engloba os entes locais como protagonistas do nosso diferenciado pacto federativo, não atingiu a promessa constituinte de que os quatro componentes estariam com autonomias correlatas (arts. 1º e 18, CF), pois não passou de mero formalismo, já que é notório deter a União as principais competências estabelecidas na Constituição, principalmente em se tratando de matéria ambiental, tendo seus órgãos e entidades um poder deveras desproporcional no trato desta seara, comparado aos das outras unidades federativas. Se, por um lado, a União detém maior capacidade técnica e financeira para atuar em questões ambientais, em comparação com os demais entes federados, seu distanciamento do epicentro das constantes agressões aos ecossistemas e imensidão territorial do País dificultam sobremaneira seu desempenho efetivo.

O artigo 225 da Constituição Federal de 1988 impõe ao Poder Público o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, incumbindo tomar todas as providências e medidas indicadas nos incisos do § 1º do mesmo artigo, para assegurar a efetividade do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. E resta claro que a expressão “Poder Público” se refere igualitariamente a todos os entes da Federação⁶. Cumpre destacar, conforme Herman Benjamin, que tal dispositivo constitucional funciona como uma espécie de mãe de todos os direitos ambientais consagrados na Lei Fundamental de 1988⁷.

No tocante à repartição constitucional de atribuições políticas na seara ambiental, o constituinte originário definiu, acertadamente,

5 ROVIRA, Enoch Albert. *La Planificación Conjunta en el Federalismo Cooperativo*. www.navarro.es./appsext/DescargarFichero/default.aspx?codigoAcceso=PdfRevistaJuridica&fichero=RJ_05_I_2.pdf. Acesso em 12 de jun. 2019, p. 08.

6 SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 77.

7 BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In CANOTILHO, Joaquim José Gomes; LEITE, José Rubens Morato (coords). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 104.

no artigo 23 da Lei Maior, que é de competência material comum dos quatro entes da Federação, dentre outras temáticas, “proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos”, além de “proteger o meio ambiente e combater as formas de poluição em qualquer de suas formas”, de “preservar as florestas, a fauna e a flora” e de “registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios”. Por fim, determinou-se, no parágrafo único do referido artigo, que “leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”. Neste diapasão, mais de duas décadas depois, surgiu, em 08 de dezembro de 2011, a Lei Complementar nº 140, que fixou normas para cooperação entre todos os componentes do nosso pacto federativo nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum, relativa à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção ao meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora.

Em razão da relevância do tema – e da inegável abrangência de interesses -, também se preocupou o legislador constituinte com a determinação de que os entes federados tivessem a competência legislativa concorrente para tratar de matéria ambiental. Apesar do *caput* do artigo 24 da Constituição Federal ser silente com relação aos Municípios, é pacífico que os mesmos poderão normatizar, de forma suplementar, onde houver interesse local, e não há dúvidas que a matéria ambiental é de interesse geral e de competência compartilhada, mas seguindo regras definidas pelos parágrafos deste artigo. Assim, poderão os quatro entes legislar concorrentemente sobre “florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição”, além da “responsabilidade por dano ao meio ambiente”, e de outras matérias.

Como a União ficou responsabilizada pela edição de lei geral sobre os temas do artigo 24 da Lei Fundamental, natural que as mais importantes normas em matéria ambiental sejam por ela criadas, mas estas deveriam se limitar a trazer conceitos e princípios gerais, além

de regulações e limitações mais amplas⁸, ficando a cargo dos demais entes federados suplementar tal legislação, com determinações mais específicas. À União resta uma posição de maior abrangência no que tange à proteção ambiental, pois a ela incumbe a política geral do meio ambiente, já materializada pela Lei 6.938/1981, recepcionada pela atual Constituição Federal. Mas a existência de diversas leis ambientais oriundas da União tratando de pormenores que a rigor deveriam ser tratados por leis estaduais ou municipais, a exemplo da Lei 6766/79 (Parcelamento do Solo Urbano) e o próprio Código Florestal (Lei 12.651/2012), prejudica tal pensamento constituinte.

A Constituição Federal de 1988, preocupada em alocar de uma forma equilibrada a gestão e normatização acerca de temáticas de interesses compartilhados, em especial na matéria ambiental, preconiza que compete aos quatro entes federados atuarem administrativamente na preservação dos ecossistemas nacionais, seja de forma individualizada ou conjunta, a partir de convênios e consórcios. Como já apontado, tais cooperações são oportunizadas pela Lei Complementar de número 140, que regula práticas conjuntas de atuação dos entes federados na proteção das paisagens naturais notáveis, do meio ambiente, no combate à poluição em todas as suas formas e na preservação das florestas, fauna e flora.

O artigo 4º da mencionada lei traz, em rol exemplificativo, alguns instrumentos de cooperação na seara ambiental, dentre eles, a delegação de atribuições e, também, de execução de ações administrativas de um ente federativo a outro. Ademais, consórcios públicos, convênios, acordos de cooperação técnica e outros instrumentos similares com órgãos e entidades do Poder Público, Comissão Tripartite Nacional, Comissões Tripartites Estaduais e Comissão Bipartite do Distrito Federal, fundos públicos e privados e outros instrumentos econômicos, são todas possibilidades de fomentar a gestão ambiental compartilhada e descentralizada entre os entes federativos.

Esta legislação privilegiou sobremaneira a atuação da União, deixando pouca margem de atuação para os demais entes federados. O objetivo de cooperação foi atenuado pelo ranço centralizador do Congresso Nacional. Vivencia-se uma crise ambiental no País, em especial no tocante à Amazônia, muito embora o Ministério do

8 Art. 24, §1º, CF: No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

Meio Ambiente afirme que houve redução no desmatamento deste estratégico bioma nos últimos anos, mas é preciso avançar bem mais para se protegê-lo com maior segurança e efetividade. Desta feita, serão apresentados os aspectos naturais e jurídicos da Amazônia Legal para, depois, demonstrar-se que é preciso avançar no cooperativismo federativo no trato da matéria ambiental, evoluindo-se para um verdadeiro federalismo ecológico, pautado pelos princípios da solidariedade e da sustentabilidade.

3. AMAZÔNIA LEGAL: ASPECTOS NATURAIS, JURÍDICOS E DE GESTÃO

A Amazônia - também conhecida por Floresta Amazônica, Selva Amazônica, Floresta Equatorial da Amazônia, Floresta Pluvial ou Hileia Amazônica – é uma floresta latifoliada⁹ úmida, que cobre a maior parte da Bacia Amazônica da América do Sul. Tal bacia abrange sete milhões de quilômetros quadrados, dos quais 5,5 milhões são cobertos pela floresta tropical. A maioria da Floresta Amazônica está contida em território brasileiro, com cerca de 60% do bioma, seguido pelo Peru (com 13%) e com partes menores na Colômbia, Venezuela, Equador, Bolívia, Guiana, Suriname e Guiana Francesa¹⁰. Representa mais da metade das florestas tropicais remanescentes no planeta, compreende a maior biodiversidade em uma floresta tropical no mundo, o maior banco genético e 20% da disponibilidade mundial de água potável.

O bioma amazônico é quase mítico: um verde e vasto mundo de águas e florestas, onde as copas de árvores imensas escondem o úmido nascimento, reprodução e morte de mais de 1/3 das espécies que vivem sobre a Terra. Os números são igualmente monumentais: Segundo o sítio do Ministério do Meio Ambiente do Brasil, a Amazônia é o maior bioma do País: num território de 4.196.943 milhões de km² (IBGE, 2004), crescem 2.500 espécies de árvores (ou um-terço de toda a madeira tropical do mundo) e 30 mil espécies de plantas (das 100 mil da América do Sul). A bacia amazônica é

9 Tipo de vegetação que apresenta folhas largas e grandes, geralmente presente em regiões quentes e úmidas para permitir a intensa transpiração das plantas.

10 A Guiana Francesa é um Departamento ultramarino e segunda maior região da França, na costa do Atlântico Norte da América do Sul, sendo o único território continental nas Américas que ainda está sob a soberania de um país europeu e é considerada a maior região ultraperiférica dentro da União Europeia.

a maior bacia hidrográfica do mundo: cobre cerca de seis milhões de km² e tem 1.100 afluentes. Seu principal rio, o Amazonas, nasce no Peru, passa pela Colômbia e corta a região norte brasileira para desaguar no Oceano Atlântico, lançando ao mar cerca de 175 milhões de litros d'água a cada segundo. As estimativas situam a região como a maior reserva de madeira tropical do mundo. Seus recursos naturais – que, além da madeira, incluem enormes estoques de borracha, castanha, peixe e minérios, por exemplo – representam uma abundante fonte de riqueza natural. A região abriga também grande riqueza cultural, incluindo o conhecimento tradicional sobre os usos e a forma de explorar esses recursos naturais sem esgotá-los nem destruir o habitat natural¹¹.

Toda essa grandiosidade não esconde a fragilidade do ecossistema local, porém. A floresta vive a partir de seu próprio material orgânico, e seu delicado equilíbrio é extremamente sensível a quaisquer interferências. Os danos causados pela ação antrópica são muitas vezes irreversíveis. Ademais, a riqueza natural da Amazônia se contrapõe dramaticamente aos baixos índices socioeconômicos da região, de baixa densidade demográfica e crescente urbanização. Desta forma, o uso dos recursos florestais é estratégico para o desenvolvimento da região.

No Brasil, para efeitos de governo e economia, a Amazônia é delimitada por uma área chamada Amazônia Legal, antes denominada “Hileia Amazônia”, ocupando mais da metade (cerca de 61%) do nosso território, envolvendo três Regiões (Norte, Centro-Oeste e Nordeste) e nove Estados-membros, a saber: Acre, Amapá, Amazonas, Pará, Rondônia, Roraima, Mato Grosso e partes dos Estados de Tocantins (98%) e Maranhão (79%), além de conter cerca de 20% do bioma Cerrado, sendo o maior dos seis biomas¹² terrestres do País. Sua população, entretanto, corresponde a 12,32% do total de habitantes do Brasil. Cumpre destacar que nela reside mais da metade da população indígena brasileira (55,9%), de acordo com a FUNASA (Fundação Nacional de Saúde). Foi criada pelo Governo Federal (Era Vargas) com a finalidade de melhor planejamento e execução de projetos de desenvolvimento social e econômico na região delimitada, através da Lei 1.806/1953. Simultaneamente, foi

11 Fonte: Ministério do Meio Ambiente. <http://www.mma.gov.br/biomas/amaz%C3%B4nia.html>

12 Amazônia, Cerrado, Caatinga, Mata Atlântica, Pantanal Mato-Grossense e os Pampas.

criada uma organização responsável pelas iniciativas de promoção dessa região (SUDAM – Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia), a partir da Lei 5.173/66, onde o conceito de Amazônia Legal fora reinventado para fins de planejamento. E pelo artigo 45 da Lei Complementar nº 31/1977, ela tem seus limites ainda mais estendidos. O extrativismo vegetal é uma das principais atividades econômicas da região, onde grandes empresas, nacionais e internacionais, utilizam as matérias-primas provenientes dessa região, na fabricação dos seus produtos¹³.

A Amazônia Legal é composta por 775 Municípios distribuídos pelos dez Estados-Membros supramencionados, fruto de um conceito político e não de um imperativo geográfico, isto é, da necessidade do Governo Federal de planejar e promover o desenvolvimento econômico-social da região, estabelecida legalmente independentemente se sua área pertenceria à bacia amazônica, se seu ecossistema seria de selva úmida ou qualquer outro critério semelhante. Está dividida em Amazônia Ocidental e Amazônia Oriental. A primeira se localiza no centro geográfico da Amazônia continental, ocupando uma área de mais de dois milhões de quilômetros quadrados (cerca de 25,7% do território brasileiro) e foi criada pelo Decreto-Lei 356/68, constituindo-se dos Estados do Acre, Rondônia, Roraima e Amazonas. Já a segunda, definida por exclusão (Pará, Amapá, Mato Grosso e áreas amazônicas de Tocantins e do Maranhão).

A Lei 11.952, promulgada em 25 de junho de 2009, dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras indígenas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal, compelindo os Estados componentes de tal região a aprovarem, mediante lei estadual, o respectivo Zoneamento Ecológico-Econômico, no prazo máximo de três anos, sob pena de ficarem proibidos de celebrar novos convênios com a União. Todos os nove entes regionais assim procederam.

Para fins de planejamento estratégico e de gestão, segundo dados coletados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Mapa Integrado dos Zoneamentos Ecológico-Econômicos (ZEE) dos Estados da Amazônia Legal tem como objetivo o planejamento territorial da região. Os zoneamentos ecológico-

13 O Estado do Pará, por exemplo, destaca-se por ser o maior produtor mundial do açaí, fruto nativo da região amazônica.

econômicos, fruto do trabalho de uma multiplicidade de profissionais e instituições, passam a ter função normativa e, mais do que isso, adquirem importância na indicação e na prospecção de alternativas de uso sustentável dos recursos naturais e do aproveitamento das potencialidades econômicas e sociais da Amazônia, respeitando a sua diversidade cultural e regional. O mapa mostra a divisão do território da Amazônia Legal em áreas com estrutura produtiva definida ou a definir; áreas que devem ser recuperadas e/ou reordenadas; áreas frágeis; áreas onde há manejo florestal; e as áreas de proteção ambiental já existentes e propostas. Serve de base também a um projeto mais ambicioso: o macrozoneamento ecológico-econômico¹⁴.

A atual gestão ambiental da Amazônia brasileira esbarra em alguns empecilhos, a saber: deficiências do planejamento e desenvolvimento organizacional; insuficiências na cooperação interinstitucional e na participação da população na gestão da política pública e no controle do processo de decisão; deficiências de formação profissional; e crônicas dificuldades de origem financeira¹⁵. Desta feita, torna-se premente a necessidade de um federalismo mais elaborado, que avance no já conhecido cooperativismo e desenvolva a ideia ecológica, para se vislumbrar em um futuro próximo, a realidade de um Estado verdadeiramente ambiental de direito.

4. FEDERALISMO ECOLÓGICO E AMAZÔNIA

O desequilíbrio do nosso pacto federativo, caracterizado pela histórica maior presença da União e de suas instituições na região amazônica inibiu, ou simplesmente afastou, o desenvolvimento das outras esferas de governo, especialmente nas demandas ambientais. As mudanças nesse quadro começaram a ocorrer com a redemocratização e a promulgação da atual Carta Magna, que trouxe razoável incremento nas competências dos Estados e dos Municípios em relação à política ambiental. Entretanto, tais entes federados ainda não dispõem de recursos materiais e humanos para o desempenho de suas tarefas constitucionais¹⁶. Encontramo-nos em um federalismo assimétrico, onde as diferenças regionais são relevantes e autorizam

14 Fonte: IBGE. <https://www.ibge.gov.br/geociencias/informacoes-ambientais/estudos-ambientais/15844-zee-amazonia-legal.html?=&t=o-que-e>.

15 MORAES, Raimundo; BENATTI, José Heder; MAUÊS, Antonio Moreira (organizadores). *Direito Ambiental e Políticas Públicas na Amazônia*. Belém: I.C.E., 2007. pag.07.

16 Idem, p. 08.

um tratamento diferenciado dos componentes do pacto, mormente no tocante à proteção ambiental.

A forma federativa de Estado é um instituto que permite manejo sob diversos enfoques. Por exemplo, o federalismo solidário existente na República Federal da Alemanha, determina, constitucionalmente, que os Länders economicamente mais fortes contribuam para o desenvolvimento dos Estados menos abastados. De acordo com Vicente B. Capella, um Estado Ambiental deve ser construído para efetivar o princípio da solidariedade econômica e social para alcançar um desenvolvimento sustentável¹⁷. Destarte, os Estados e Municípios brasileiros mais desenvolvidos (eixo sul e sudeste) poderiam contribuir com uma parcela mínima para o incremento de políticas públicas protetivas para a Amazônia. Nada que prejudique os já comprometidos orçamentos de tais entes, mas um percentual mínimo de ajuda poderia ser estipulado constitucionalmente, até porque os influxos do que ocorre no bioma amazônico chegam a todo o País. No momento, apenas existe o Fundo Amazônia, que é gerido pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e tem por finalidade captar doações para investimentos não-reembolsáveis em ações de prevenção, monitoramento e combate ao desmatamento, e de promoção da conservação e do uso sustentável das florestas no bioma amazônico, nos termos do Decreto nº 6.527/2008. Mas a incerteza dessas doações contrasta com as grandes necessidades financeiras para tão vasta área, daí a possibilidade de legislação no sentido de se obrigar os entes federados a contribuir para a proteção da Amazônia. Assim, não se verifica no Brasil a tendência já arraigada na cultura dos entes subnacionais, especialmente na Alemanha, de uma atitude solidária regional em prol da nação¹⁸.

A vivência comunitária na Amazônia, para preservá-la de um mundo cada vez mais tecnológico e mercadológico, requer o fomento da solidariedade. Essa é a natureza do impulso que nos faz ajudar e que pode ser encontrada na própria identidade de pertencimento a uma mesma nação¹⁹, estreitando os laços de identidade entre os

17 In MATIAS, João Luís Nogueira; MATTEI, Julia. Aspectos Comparativos da Proteção Ambiental no Brasil e na Alemanha. In *Nomos - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 34.2, jul./dez. 2014, p. 2289.

18 RAMMÊ, Rogério Santos. Op. cit. p. 2320.

19 CERVI, Jacson Roberto. Estado de direito socioambiental e seu ideal de justiça no Brasil. In *Democracia, Pluralismo e Derechos Humanos*. 500 años. Facultad

entes federados em nome de uma maior cooperação na salvaguarda de tamanha riqueza natural.

Quanto à política nacional de meio ambiente, quanto à descentralização e desconcentração do licenciamento ambiental, a Lei nº 6.938/81 prevê em seu artigo 10º que o licenciamento das atividades efetiva ou potencialmente causadoras de danos ao meio ambiente fosse realizado pelos Estados, sendo regulamentada pelo Decreto nº 99.274/90, uniformizaram o licenciamento ambiental em todo o território nacional, referendando a descentralização de sua outorga, que ficou entregue fundamentalmente aos órgãos estaduais competentes. A Resolução 237/1997 do Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA) regulamentou o licenciamento ambiental municipal nos artigos 6º e 20º, possibilitando que os entes locais efetivem tal procedimento administrativo licenciando a localização instalação e operação de empreendimentos que possam causar degradação ambiental, contando que tenham implementado os Conselhos de Meio Ambiente, possuam legislação pertinente e apresentem em seus quadros ou a sua disposição profissionais legalmente habilitados. Entretanto, sem a devida estruturação e qualificação dos municípios amazônicos para realizar o licenciamento, tais atribuições permanecerão inoperantes e comandadas pelos órgãos federais e estaduais, tão somente.

Assim, a fiscalização ambiental das atividades de impacto local deve ser fomentada através da celebração de convênios e consórcios entre os governos estaduais e os municipais, onde deverão ser definidas as atividades que cada município, especificamente, terá capacidade técnica instalada para licenciar. Esta política é admitida pelo SISNAMA (Sistema Nacional do Meio Ambiente), mas se faz necessária uma melhor preparação do pessoal e dos órgãos locais, a partir de cursos técnicos e aportes financeiros legalmente estabelecidos para tal desiderato. O IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis) teria um papel estratégico nessa nova política de fomento e suporte aos demais entes federados que se qualificariam sobremaneira para enfrentarem os desafios da proteção efetiva da Amazônia brasileira.

de Derecho. Universidade de Sevilla. X Años de Encuentros Hispano-Brasileños de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos BRAVO, Álvaro A. Sánchez (Director). Pamplona: Thomson Reuters – Aranzadi, 2019, p. 308.

Urge a construção de um verdadeiro Estado de Direito Ambiental, que continuará sendo um Estado de Direito e um Estado Democrático ao possuir três valores-base: justiça, segurança jurídica e sustentabilidade, onde este tripé axiológico servirá de mote para que o princípio da solidariedade e o valor sustentabilidade irradiem seus efeitos por toda a ordem jurídica, por conta da ecologização do Direito²⁰. A sustentabilidade é uma ideia relacionada à continuidade das sociedades humanas e da natureza, e o conceito de desenvolvimento sustentável apenas será significativo se relacionado com a ideia central de sustentabilidade ecológica²¹. E não é razoável desenvolver a região amazônica somente atrelada ao mantra do desenvolvimento sustentável desatrelado dessa ideia.

Na visão de J. J. Gomes Canotilho, o Estado constitucional, além de ser e dever ser um Estado de Direito, democrático e social, deve ser também um Estado regido por princípios ecológicos, que pressupõe uma concepção integrada ou integrativa do ambiente e, consequentemente, um direito integrado e integrativo do ambiente²². Assim, para alcançarmos no País essa realidade, mais do que decisões judiciais que vez ou outra entendem os direitos da natureza como fundamentais²³, ou que possam eventualmente reconhecer a natureza em si como sujeito de direitos²⁴, faz-se premente a necessidade de mudança constitucional atrelada a inovações legais que permitam uma maior segurança jurídica e efetividade federativa no trato de questões ambientais, especialmente no bioma amazônico brasileiro. Invocando-se Paulo Bonavides, para quem, há mais

20 BELCHIOR, Germana Parente Neiva; MATIAS, João Luís Nogueira. Fundamentos Teóricos do Estado de Direito Ambiental. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais/36/05_1225.pdf> Acesso em 19 jun. 2019.

21 BOSSELMAN, Klaus. *O Princípio da Sustentabilidade: Transformando Direito e Governança*. Trad. Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 27.

22 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada*. Coimbra: Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente (CEDOUA), 2001. p. 9.

23 O Supremo Tribunal Federal já reconheceu, mais de uma vez, a fundamentalidade do artigo 225 da Constituição Federal, compreendendo o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental de terceira geração (difuso), tendo natureza transindividual e transgeracional.

24 Em decisão inédita prolatada em 05 de abril de 2018, a Corte Suprema de Justiça da Colômbia reconheceu ser a Amazônia daquele país uma entidade sujeito de direitos. STC4360-2018 – Radicación nº 11001-22-03-000-2018-00319-01 – Magistrado ponente: Luis Armando Tolosa Villabona.

de quatro décadas afirmado, “o federalismo no Brasil é cada vez menos um problema de Estados e cada vez mais um problema de Regiões²⁵”. O contexto da época era a crise federativa majorada pela centralização do Regime Militar que começava a ruir no País, em que ele defendia o regionalismo político como forma de superar tal crise, trazendo à tona a questão socioeconômica do Nordeste e da SUDENE (Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste), mas não seria um exagero trasladar tal entendimento para os dias atuais e remetê-lo à causa amazônica, que é uma demanda sensível e de interesse direto de três das cinco regiões do País, sem olvidar de toda a problemática internacional oriunda de sua inapelável repercussão planetária.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que a União detém maior capacidade técnica e financeira para o implemento de qualquer política pública, especialmente em matéria ambiental, a partir de todo um aparato econômico, institucional e humano qualificados para tal desiderato. Mas é salutar que as esferas estaduais e municipais precisam ter consolidadas sua participação efetiva neste campo tão estratégico e vital, ainda mais em se tratando de bioma tão especial como o amazônico. Além de tais esferas governamentais internas, a nova gestão ecológica que se pretende aqui deve contar com a participação de parceiros internacionais e entidades não-governamentais: comunidades científica e acadêmica, associações civis, sindicatos, organizações e grupos de proteção da fauna e flora, etc. Redesenha-se um novo espaço público de gestão integrada, onde a participação efetiva de todos os entes federados envolvidos na realidade da Amazônia Legal, além da participação direta da sociedade civil – inclusive comunidades ribeirinhas e lideranças silvícolas – na tomada de decisões e na implementação das estratégias de atuação, são essenciais para a legitimação de tais políticas públicas e para a preservação ambiental para as presentes e futuras gerações. Isso tudo será facilitado quando a vontade política caminhar no sentido de se instaurar um verdadeiro Estado Ecológico de Direito no Brasil, onde o famigerado desenvolvimento sustentável cederia espaço à

25 BONAVIDES, Paulo. O Caminho para um federalismo das regiões. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 17, ano 65, jan/mar 1980, p 25.

“sustentabilidade do desenvolvimento”, seguindo padrões mais proporcionais e em harmonia com os direitos da natureza.

Assim, entende-se ser premente a necessidade de uma pontual reforma no pacto federativo brasileiro, a partir de uma compreensão mais acurada acerca da ideia de cooperativismo, pautando-se pelos princípios da solidariedade e da sustentabilidade, incorporando-se o aspecto ecológico, em especial no trato do bioma amazônico brasileiro, por toda a agressão humana que vem sofrendo há tempos, sem olvidar de seu grande impacto nacional e internacional. Defende-se, outrossim, a criação de proposta de emenda constitucional, além de lei complementar possibilitada pelo parágrafo único do artigo 22 da Constituição Federal, que reequilibre as forças dentro da Amazônia Legal, minimizando o atual protagonismo da União e elevando os demais entes federados envolvidos naquela realidade a um patamar de maior poder decisório, especialmente no tocante aos licenciamentos ambientais e na possibilidade de normatização com teor mandamental e até punitivo, a exemplo de legislação sobre crimes ambientais, que atualmente está a cargo privativo da União.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENJAMIN, Antônio Herman. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira*.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; LEITE, José Rubens Morato (coords). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva; MATIAS, João Luís Nogueira. Fundamentos Teóricos do Estado de Direito Ambiental. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais/36/05_1225.pdf.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento. Uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2015.

BONAVIDES, Paulo. O caminho para um federalismo das regiões. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 17, ano 65, jan/mar 1980.

BOSELMAN, Klaus. *O Princípio da Sustentabilidade: Transformando Direito e Governança*. Trad. Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada*. Coimbra: Centro de Estudos do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente (CEDOUA), 2001.

CERVI, Jacson Roberto. Estado de direito socioambiental e seu ideal de justiça no Brasil. In *Democracia, Pluralismo y Derechos Humanos*. 500 años. Facultad de Derecho. Universidade de Sevilla. X Años de Encuentros Hispano-Brasileños de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos BRAVO, Álvaro A. Sánchez (Director). Pamplona: Thomson Reuters – Aranzadi, 2019.

FERRAZ, Danilo Santos; MAIA, Daniel. *A Forma Federativa de Estado frente ao Municipalismo Brasileiro*. Fortaleza: Din-CE, 2012.

IBGE. <https://www.ibge.gov.br/geociencias/informacoes-ambientais/estudos-ambientais/15844-zee-amazonia-legal.html?=&t=o-que-e>. Acesso em 10 de jun. 2019.

MATIAS, João Luís Nogueira; MATTEI, Julia. Aspectos Comparativos da Proteção Ambiental no Brasil e na Alemanha. In *Nomos - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 34.2, jul./dez. 2014.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. <http://www.mma.gov.br/biomas/amaz%C3%B4nia.html>. Acesso em 14 de jun. 2019.

MORAES, Raimundo; BENATTI, José Heder; MAUÉS, Antonio Moreira (organizadores). *Direito Ambiental e Políticas Públicas na Amazônia*. Belém: I.C.E., 2007.

PIERSON, Paul. Increasing returns, path dependence, and the studies of politics. *American Political Science Review*, v. 94, nº 2, Jun. 2000. <https://doi.org/10.2307/2586011>. Acesso em 20 de jun. 2019.

RAMMÊ, Rogério Santos. O federalismo em perspectiva comparada: contribuições para uma adequada compreensão do federalismo brasileiro. *Revista eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 10, nº 4, 3º quadrimestre de 2015. www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em 21 de jun. 2019.

ROVIRA, Enoch Albert. *La Planificación Conjunta en el Federalismo Cooperativo*. www.navarro.es./appsext/DescargarFichero/default.aspx?codigoAcceso=PdfRevistaJuridica&fichero=RJ_05_I_2.pdf. Acesso em 12 de jun. 2019.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011.

CONVERGÊNCIA ADAPTATIVA ENTRE ALGORITMOS DE CARBONO (ADVOGADOS PÚBLICOS) E ALGORITMOS DE SILÍCIO (AGENTE ARTIFICIAL): CRIANDO UM AGENTE RACIONAL PARA VENCER NO TEATRO OPERACIONAL JURÍDICO

Fábio Hilário Martinez de Oliveira

Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul; Bacharel em Sistemas de Informação pela UNESA; Bacharel em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco; Pós-graduado em Direito do Estado e das Relações Sociais pela UCDB; Pós-graduado em Direito Tributário pela UNIDERP.

Não vivemos uma era de mudança, mas, sim, uma mudança de era, em função da consequente transformação dos órgãos de atuação jurídica em forças mecanizadas dotadas de capacidade estratégica aumentada.

É dentro deste cenário que se objetiva produzir uma perspectiva dos maiores desafios da Advocacia Pública no teatro operacional jurídico em que atuam não apenas agentes humanos, mas também agentes artificiais.

Este artigo apresenta uma análise acerca dos objetivos, estratégias, planos e intenções a serem alcançados para a manutenção das funções institucionais da Advocacia Pública, bem como para o êxito no enfrentamento de operadores humanos e não-humanos.

1. INTRODUÇÃO

O avanço da Inteligência Artificial em todas as esferas da realidade constitui dado empírico irrefutável. No campo jurídico, a referida constatação se revela em diversas iniciativas, adotadas de forma isolada, mas com potencial disruptivo, haja vista a

vantagem estratégica que tais comportamentos possibilitam aos seus idealizadores.

Não poderia ser diferente. O poder transformador dos algoritmos atingiu um patamar tão revolucionário que já se cogita, inclusive, na queda do homo sapiens como senhor do planeta terra.

Em Homo Deus, Yuval Noah Harari nos ensina que:

Desde a Revolução Industrial já se temia que a mecanização pudesse resultar no desemprego em massa. Isso nunca aconteceu porque, quando as velhas profissões se tornaram obsoletas, novas profissões se desenvolveram, e sempre havia algo que os humanos eram capazes de fazer melhor do que as máquinas. Mas isso não é uma lei da natureza, e nada garante que essa situação perdure. Os humanos têm dois tipos básicos de aptidão: as físicas e as cognitivas. Enquanto as máquinas competiam conosco meramente nas aptidões físicas, sempre haveria trabalhos cognitivos, em que os humanos apresentam melhor desempenho. Assim, as máquinas assumiram trabalhos puramente manuais, ao passo que os humanos se concentravam naqueles que requeriam algumas aptidões cognitivas. O que vai acontecer quando algoritmos nos suplantarem nas ações de lembrar, analisar e reconhecer padrões? A ideia de que os humanos sempre terão uma aptidão exclusiva, além do alcance de algoritmos não conscientes, é uma quimera. A atual resposta da ciência a esse sonho impossível pode ser resumida em três princípios simples: 1. Organismos são algoritmos. Todo animal – inclusive o Homo sapiens – é uma montagem de algoritmos orgânicos modelada pela seleção natural durante milhões de anos de evolução. 2. Cálculos algorítmicos não são afetados pelos materiais com os quais se constrói a calculadora. Quer se construa um ábaco de madeira, de ferro ou de plástico, duas contas mais duas contas sempre vem a ser igual a quatro contas. 3. Não há razão para pensar que algoritmos orgânicos possam fazer coisas que algoritmos não orgânicos não serão capazes de igualar ou de superar. Enquanto os cálculos continuarem válidos, o que importa se os algoritmos se manifestem em carbono ou em silício?¹

Diante de tal perspectiva, qual seja, a de uma possível superação dos algoritmos de carbono (Advogados Públicos) pelos algoritmos de silício, não há como ignorar a necessidade de busca de uma solução dirigida por aqueles (algoritmos de carbono/Advogados Públicos).

1 HARARI, Yuval Noah. HOMO DEUS.Uma Breve História do Amanhã. Companhia das Letras. p. 279

A convergência adaptativa é uma solução que se revela viável, justificando-se, inclusive, pela pressão seletiva similar (eficiência) exercida tanto sobre os Advogados Públicos quanto sobre os Agentes Artificiais (Algoritmos de Silício).

Em verdade, podemos falar também em coevolução em virtude da atuação dos algoritmos de carbono como agentes de seleção natural/artificial dos algoritmos de silício ao longo do processo evolutivo de ambos.

Perceba que os “programas” utilizados nas funções essenciais à justiça sempre correm o risco de serem substituídos por um modelo mais eficiente. E o mesmo pode ser dito em relação aos Agentes Humanos.

Em virtude da estabilidade (jurídica e empírica) hoje vivenciada pelos Advogados Públicos, muitos se revelam céticos em relação à possibilidade de completa ocupação pelos “robôs” dos trabalhos hoje executados por agentes humanos.

Ocorre que a teoria do “equilíbrio pontuado”² revela que há períodos com mudanças rápidas nos seres vivos após ciclos de estabilidade.

Mais uma vez o alerta de Harari se revela inevitável:

As últimas décadas assistiram a um avanço imenso na inteligência de computadores, mas o avanço na consciência dessas máquinas foi nulo. Até onde sabemos, computadores não são, em 2016, mais conscientes do que seus protótipos na década de 1950. No entanto, estamos à beira de uma grave revolução. Humanos correm o perigo de perder seu valor porque a inteligência está se desacoplando da consciência. Até hoje, uma grande inteligência sempre andou de mãos dadas com uma consciência desenvolvida. Apenas seres conscientes podiam realizar tarefas que exigissem alto grau de inteligência, como jogar xadrez, dirigir automóveis, diagnosticar doenças ou identificar terroristas. Entretanto, estão em desenvolvimento novos tipos de inteligência não consciente capazes de realizar essas tarefas muito melhor que os humanos. Tais tarefas baseiam-se em padrões de reconhecimento, e algoritmos não

2 Perceba que “segundo essa linha de pensamento, a evolução de uma espécie não ocorre de forma constante, mas alternada em períodos de escassas mudanças, com súbitos saltos que caracterizam alterações estruturais ou orgânicas adaptadas e selecionadas”. - <https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/biologia/gradualismo-equilibrio-pontuado.htm> - Acesso em 21/04/2019

conscientes podem rapidamente superar a consciência humana no que diz respeito a esses padrões.³

A busca de uma convergência adaptativa ou de uma coevolução está presente no planejamento de competidores e aliados estratégicos das Advocacias Públicas.

A título de exemplo, destaca-se o desenvolvimento do Projeto “VICTOR” do Supremo Tribunal Federal, utilizado para separação e classificação das peças do processo judicial e identificação dos principais temas de repercussão geral. Nas palavras do Presidente do Supremo, “o trabalho que custaria ao servidor de um tribunal entre 40 minutos e uma hora para fazer, o software faz em cinco segundos”.⁴

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por exemplo, utiliza inteligência artificial para elaboração de parecer em demandas relacionadas a tratamentos oncológicos.⁵

A movimentação dos atores jurídicos descritos acima evidencia a efetivação de comportamentos guiados a simbiose entre algoritmos de carbono e algoritmos de silício, em plena aceitação, muitas vezes implícita, de uma convergência adaptativa ou coevolução, propiciando uma preparação para o desempenho em todas as direções da esfera jurídica, considerando o período de oportunidade estratégica decorrente da ausência de utilização em massa das novas tecnologias.

Como as funções essenciais à justiça ainda não utilizam, em larga escala, agentes artificiais, surge uma janela de oportunidade para o desenvolvimento e aperfeiçoamento de ferramentas construídas com base em Inteligência Artificial.

Percebe-se, inclusive, uma crença na ausência da eficácia das ferramentas jurídicas convencionais diante da precisão das forças artificiais habilitadas pela informação, com o consequente reconhecimento da mudança de padrão na dialética jurídica.

A referida linha de ação reflete o conceito de capacidade centrada em rede, ou seja, a utilização de uma força/sistema capaz de

3 HARARI, Yuval Noah. HOMO DEUS.Uma Breve História do Amanhã. Companhia das Letras, p. 272

4 <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393522> – notícia veiculada em 23/10/2018. Acesso em 20/01/2019.

5 <https://www.tjce.jus.br/noticias/judiciario-estadual-usa-inteligencia-artificial-para-auxiliar-processos-de-pacientes-com-cancer/> - notícia veiculada em 10/03/2020.Acesso em 13/06/2020.

usar tecnologia de informação avançada e sistemas de comunicação para ganhar vantagem operacional e consciência situacional no teatro operacional jurídico.

O ciberespaço jurídico tornou-se um novo pilar do desenvolvimento e um novo domínio da segurança das funções essenciais à justiça e dos órgãos com estrutura de Poder, de tal modo que a ausência de adoção de condutas tendentes a concretizar a IA na esfera laboral representa a não adoção do conceito de paralisia estratégica.

De acordo com o Ministério da Defesa,

O conceito de paralisia estratégica foi largamente utilizado, no século XX, por teóricos contemporâneos como John Boyd, que concebeu o ciclo OODA (observar, orientar-se, decidir e agir); e John Warden, que criou o modelo dos cinco anéis estratégicos (liderança, elementos orgânicos essenciais, infraestrutura, população e forças desdobradas), sendo a liderança o elemento central dos círculos⁶.

O reconhecimento e o desenvolvimento cibernético permitem aos Advogados Públicos coletar dados técnicos e operacionais para inteligência e planejamento operacional, em especial, para conter ações cibernéticas oriundas de competidores estratégicos. Isto porque os acessos, táticas, técnicas e procedimentos para reconhecimento cibernético se traduzem naqueles também necessários para a elaboração de ações pelos atores em posição de antagonismo aos Advogados Públicos.

De igual modo, com a imersão em condutas de convergência adaptativa e de coevolução entre os algoritmos de carbono e os algoritmos de silício aos quadros da Advocacia Pública do Brasil, potencializar-se-á uma mineração de dados eficiente, garantindo-se a revelação de padrões, os quais possibilitarão a avaliação da probabilidade (análise preditiva) de um evento futuro, bem como as possíveis consequências (análise prescritiva) de cada ação no teatro operacional jurídico (processo), ao contrário da mera análise descritiva de dados.⁷

6 MINISTÉRIO DA DEFESA. EXÉRCITO BRASILEIRO. *Doutrina para o Sistema Militar de Comando e Controle* – MD31-M-03. 3.ed.2015. Disponível em: https://www.defesa.gov.br/arquivos/doutrina_militar/lista_de_publicacoes/md31_m_03_dout_sismc_3_ed_2015.pdfAcesso em 01.02.2019

7 <http://www.bigdatabusiness.com.br/conheca-os-4-tipos-de-analises-de-big-data-analytics/> -

2. DOS COMPETIDORES ESTRATÉGICOS NO TEATRO OPERACIONAL JURÍDICO

O processo de recrutamento de membros da Advocacia Pública por meio de concurso público garante, hodiernamente, a paridade de forças perante as outras funções essenciais à justiça e aos órgãos com estrutura de Poder. É fato certo que mediante o concurso público de provas e títulos são selecionados candidatos dotados de elevada carga cognitiva e de conhecimento, nivelando os agentes das carreiras de Estado.

Hoje, basicamente, a materialização da função institucional depende quase exclusivamente da ação de algoritmos de carbono (membros da Advocacia Pública).

O equilíbrio de forças tende a sofrer alteração com a perspectiva de ingresso de agentes não humanos na elaboração de petições (iniciais, defesas, recursos e outras peças jurídicas). Sob essa ótica, a anulação dos benefícios do processo de recrutamento de agentes por concurso público de provas e títulos é evidente, já que possível se revela, no futuro, que os agentes artificiais (algoritmos de silício) tenham maior capacidade de processamento que os agentes humanos.

Ciente da possibilidade de desequilíbrio de forças, e conforme restaram delineadas acima diversas funções essenciais à justiça,

Análise preditiva

A partir da identificação de padrões passados em sua base dados, esse tipo de análise permite aos gestores o mapeamento de possíveis futuros em seus campos de atuação. A ideia é deixar de tomar decisões baseadas unicamente na intuição, conseguindo estabelecer um prognóstico mais sólido para cada ação.

Conhecida por “prever” o futuro, a análise preditiva usa mineração de dados, dados estatísticos e dados históricos para conhecer as futuras tendências.

Análise prescritiva

Muito confundida com a análise preditiva, a análise prescritiva trabalha com a mesma lógica, porém com objetivos diferentes. Enquanto a análise preditiva identifica tendências futuras, a prescritiva traça as possíveis consequências de cada ação.

Análise descritiva

Compreensão em tempo real dos acontecimentos é o que define a análise descritiva. É a mineração de dados na base da cadeia de Big Data.

Análise diagnóstica

Enquanto a análise descritiva busca detalhar uma base de dados, a análise diagnóstica tem como objetivo compreender de maneira causal (Quem, Quando, Como, Onde e Por que) todas as suas possibilidades. Se uma empresa executa uma ação de marketing, por exemplo, a análise diagnóstica é o caminho mais curto e eficiente para que os profissionais avaliem os impactos e o alcance dessa ação após sua realização.

além de órgãos com estrutura de poder, estão se movimentando para garantir que a “balança” penda a seu favor.

É importante perceber que o mesmo órgão (função essencial à justiça ou ao órgão com estrutura de poder) pode ser classificado como competidor estratégico ou como aliado estratégico – tudo a depender da espécie de direito pleiteado em juízo, bem como do impacto que eventual procedência/improcedência pode acarretar.

No caso dos competidores estratégicos, é possível imaginar um cenário onde um único agente artificial, potencialmente, pode executar o trabalho de todos os membros de uma determinada instituição. O impacto, em referida situação hipotética, seria exponencial.

O ajuizamento diário de dezenas de milhares de ações ou, então, de ações coletivas, porém instrumentalizadas com informações sedimentadas em estatísticas, dados técnicos sensíveis, análises preditivas e prescritivas poderiam inviabilizar a execução do trabalho dos membros da Advocacia Pública ou acarretar na elaboração de defesas sem o revestimento exegético necessário.

O quadro que se apresenta, ainda que em potencial (isto porque não há como estabelecer, com precisão, que transformações efetivamente vão ocorrer) seria o de agentes humanos da Advocacia Pública enfrentando agentes artificiais (ferramentas de inteligência artificial/robôs/forças mecanizadas) no teatro operacional jurídico (processo). As assimetrias e desvantagens são evidentes.

Urge, assim, modernizar a Advocacia Pública para vencer no teatro operacional jurídico do século XXI.

3. DA TRANSIÇÃO DO EXERCÍCIO DAS MISSÕES INSTITUCIONAIS. DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DOS ADVOGADOS PÚBLICOS NO CONTROLE DOS AGENTES ARTIFICIAIS. DAS ADVOCACIAS PÚBLICAS ALGORÍTMICAS

A Advocacia Pública deve empregar suas capacidades cibernéticas para estabelecer o domínio da informação nos estágios iniciais da massificação do emprego de agentes artificiais, restringindo as ações dos competidores estratégicos.

É importante destacar que a utilização de agentes dotados de IA, e não de algoritmos tradicionais, propicia análises preditivas e prescritivas fundamentais para uma gestão *data-driven*:

Aplicativos de Inteligência Artificial (IA) se baseiam na geração de previsões. Diferentemente dos tradicionais algoritmos programados de computador, desenhados para tomar dados e seguir uma trajetória determinada para produzir um resultado, o aprendizado computacional, a abordagem mais comum de IA hoje em dia, envolve algoritmos que se desenvolvem por diferentes processos de aprendizagem. Dados e resultados são fornecidos à máquina, que busca por associações e, com base nessas associações, busca novos dados nunca utilizados e prevê um novo resultado.⁸

Na busca de tal desiderato, deve-se cultivar um ambiente de assimilação da “capacidade centrada em rede” e de incorporação das melhores técnicas de *legaltechs* e *lawtechs*.

Um dos resultados possíveis (existem outros, que não serão o foco deste trabalho) diz respeito à mutação completa da forma como é exercida a missão institucional dentro de uma determinada organização, ao ponto de os agentes artificiais exercerem, por completo, as atividades que hoje são realizadas pelos agentes humanos (Advogados Públicos), porém, sob a tutela, fiscalização e chancela destes (agentes físicos).

A revolução industrial proporcionou a automação do trabalho mecânico. A Revolução tecnológica permitiu a automação do trabalho intelectual e a revolução do aprendizado de máquina (*machine learning*) possibilitará a automação da automação.

A inteligência artificial, como tecnologia exponencial e no contexto da revolução do aprendizado de máquina, permitirá que, no futuro, o mesmo trabalho que hoje é realizado por agentes humanos (no caso específico, Advogados Públicos) seja efetivado por agentes artificiais (Algoritmos de silício). Dito de outro modo, tal previsão não implicará o fim das atividades dos Advogados Públicos, isto porque estes continuarão a exercer a missão para a qual foram recrutados, porém de forma completamente diferente do modo que é realizado hoje.

Os Advogados Públicos atuarão no processo de construção, aperfeiçoamento e fiscalização dos algoritmos de silício que realizarão, no futuro, o trabalho que hoje é feito pelos Advogados Públicos, em plena convergência adaptativa ou coevolução.

8 Harvard Business Review. “O trade-off que toda empresa do segmento de inteligência artificial enfrentará - <https://hbrbr.uol.com.br/trade-off-inteligencia-artificial/> - publicado em 09/08/2018. Acesso em 01/02/2019.

Neste cenário, teríamos as Advocacias Públicas Algorítmicas, ou seja, módulos específicos de atuação de agentes artificiais com segmentação similar a existente hoje.

A Advocacia Pública Algorítmica em Direito Tributário, por exemplo, poderia ficar responsável pelas mesmas matérias que hoje estão inseridas no rol de atribuições das Procuradorias/Advocacias Fiscais, Fazendárias ou Tributárias, com a elaboração e protocolo de peças processuais pelos agentes artificiais integrantes do Módulo respectivo, sob o desenvolvimento e fiscalização de Agentes Humanos (Advogados Públicos) especialistas no Código Fonte dos agentes inteligentes do Módulo Fiscal.

O ganho em eficiência e produção será inestimável. Advogados Públicos não terão mais que se preocupar com atividades que demandam tempo, muitas vezes repetitivas. Ao contrário, haverá apenas a preocupação (criação e controle) com o agente que realiza tais atividades.

De igual modo, as Advocacias Modulares Artificiais (Agentes Artificiais/Algoritmos de Silício) permitirão o enfrentamento e superação dos competidores estratégicos, garantindo, assim, o estado da arte na materialização das funções institucionais da Advocacia Pública. Desse modo, as capacidades cibernéticas servirão como um multiplicador de força quando acopladas com capacidades convencionais, decorrentes do emprego da força humana.

A transição para as Advocacias Algorítmicas deve ocorrer de forma paulatina, mediante agregação continuada de tecnologias, seja pelo desenvolvimento de arquitetura própria ou, então, pelo estabelecimento de convênio com órgãos públicos detentores da *Know how* inerente ao desiderato pretendido.

4. DA AUTOMAÇÃO DOS EXECUTIVOS FISCAIS. INICIANDO O PROCESSO DE TRANSIÇÃO DO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES

A transição do exercício das atividades institucionais deve ocorrer, em um primeiro momento, nas execuções fiscais.

Justifica-se o início do período transicional pelas execuções fiscais em virtude dos ganhos decorrentes da utilização dos Agentes Artificiais (protocolo quase que automático das petições e aumento da quantidade de peças a serem protocoladas), potencializando de forma substancial a arrecadação.

Apenas a título de exemplo, a 12ª Vara de Fazenda Pública do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, valendo-se de técnicas de IA⁹, “de uma só vez e em tempo recorde [...] bloqueou bens de devedores em 6.619 execuções, gerando uma eficiência arrecadatória sem precedentes no país. O total arrecadado foi de R\$ 32.000.000,00 (trinta e dois milhões).”

De igual modo, a “árvore de decisão”¹⁰ na execução fiscal apresenta menor quantidade de nós e folhas em relação as outras matérias inseridas no rol de atribuições de Advocacia Pública.

Destaca-se, por oportuno, que instituições públicas poderiam fornecer o suporte para a implementação da automação da execução fiscal, por meio de convênio, instante em que alunos (da graduação ou pós-graduação) poderiam se unir a equipe a ser formada por servidores de TI da Advocacia Pública respectiva.

É possível sinalizar, ainda, que os alunos, ao fazerem parte do “time” que irá desenvolver o Projeto de automação da execução fiscal logrem êxito em se beneficiar de bolsas de estudo a serem fornecidas pela instituição interessada.

A equipe a ser formada deverá ser multidisciplinar, composta por Técnicos da Área Jurídica (assessores e Procuradores) e da área de tecnologia (Ciência da Computação, Engenharia da Computação, Sistemas de Informação, Engenharia de Software, Mestrado em Inteligência Artificial, Mestrado em Ciência da Computação ou área compatível).

O time em questão deverá atuar em todas as etapas da construção do agente inteligente (Advogado Modular Artificial ou Advogado Público Algorítmico): levantamento de requisitos; análise de requisitos; projeto; implementação; testes; implantação.

Finalizado o projeto, este deverá ser aprovado e sua atuação objeto de regulamentação, isto porque o mesmo passará a praticar atos administrativos eletrônicos automáticos nas execuções fiscais.

9 <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5771753> - notícia veiculada em 14/08/2018. Acesso em 01/02/2019.

10 RUSSEL, Stuart. NORVIG, Peter. Inteligência Artificial. 3ª Ed: “Depois de formular alguns problemas, precisamos resolvê-los. Uma solução é uma sequência de ações, de modo que os algoritmos de busca consideram várias sequências de ações possíveis. As sequências de ações possíveis que começam a partir do Estado Inicial formam uma árvore de busca com o estado inicial na raiz; os ramos são as ações, e os nós correspondem aos estados no espaço de estados do problema”

5. DA NECESSIDADE DE DIFERENCIAÇÃO ENTRE RACIONALIDADE E ONISCIÊNCIA

A “paciência estratégica” representa “*conditio sine qua non*” para o sucesso do Agente Racional/Artificial (Advogado Público Modular/Advogado Público Algorítmico) que se pretende construir.

A proposta apresentada neste ensaio busca a criação de um agente racional, e não de um agente onisciente. Nesse ponto de vista, é importante estabelecer a diferença existente entre racionalidade e onisciência.

Sobre o tema, Stuart Russel e Peter Norvig doutrinam o seguinte:

Um agente onisciente sabe o resultado real de suas ações e pode agir de acordo com ele; porém, a onisciência é impossível na realidade. Considere o exemplo a seguir: estou caminhando nos Champs Elysées e de repente vejo um velho amigo do outro lado da rua. Não existe nenhum tráfego perto e não tenho nenhum compromisso; assim, sendo racional, começo a atravessar a rua. Enquanto isso, a 10.000 metros de altura, a porta do compartimento de carga se solta de um avião e, antes de chegar do outro lado da rua, sou atingido. Fui irracional atravessar a rua? É improvável que a notícia de minha morte seja “idiota tenta cruzar rua”.

Esse exemplo mostra que racionalidade não é o mesmo que perfeição (onisciência). A racionalidade maximiza o desempenho esperado, enquanto a perfeição maximiza o desempenho real. Fugir à exigência da perfeição não é apenas uma questão de ser justo com os agentes.¹¹

A racionalidade maximiza o desempenho esperado. A onisciência, por sua vez, maximiza o desempenho real (perfeição). De fato, não se objetiva a construção de um agente onisciente, perfeito. O que se pretende é a construção de um agente racional, que maximize o desempenho esperado no que se refere à execução fiscal estadual.

Assim, é natural a presença de intercorrências (ruídos) em projetos com a envergadura daquele que se propõe. Vivemos no tempo da falta do tempo, porém, a criação do agente racional que se propõe exige, necessariamente, paciência estratégica.

¹¹ Russel, Stuart. Norvig, Peter. Inteligência Artificial. 3ª ed. Elsevier, p. 35.

De igual modo, o desempenho esperado não envolve a criação de um agente racional que execute todas as funções de um Advogado Público. O Desempenho esperado diz respeito, apenas, a uma fração do trabalho desenvolvido pelos Advogados Públicos, com a vantagem da elevação da produção e de análises preditivas e prescritivas justamente na área que acarreta maior arrecadação.

É impossível garantir que nenhuma intercorrência (ruído) irá afetar a prestação do serviço a ser desenvolvido pelo Agente Racional. Note, por exemplo, que mesmo o trabalho realizado pelos Agentes Humanos sofre intercorrências. Se fosse possível afastar a possibilidade de ruídos, teríamos um cenário de perfeição, inclusive com os Agentes humanos.

Ainda assim, mesmo com a presença de ruídos, considerando a capacidade de processamento dos Agentes Racionais em relação aos humanos, o desempenho esperado do Agente Artificial irá superar, e muito, o desempenho –esperado– dos agentes humanos.

Mais uma vez, a abordagem da Harvard Business Review é fundamental para o perfeito entendimento da matéria:

Não existe uma resposta pronta para o que significa “bom o suficiente” para máquinas inteligentes. Na verdade, existe um *trade-off*. O sucesso com máquinas inteligentes depende de levar a sério esse *trade-off* e de como abordá-lo estrategicamente.

A primeira pergunta que as empresas devem fazer é qual o grau de tolerância delas e de seus clientes ao erro. Temos um elevado grau de tolerância para algumas máquinas inteligentes e baixo para outras...À medida que mais empresas procuram obter vantagens com as máquinas inteligentes, esse é um risco que terão que assumir cada vez mais.¹²

Os agentes racionais produzirão atos administrativos eletrônicos automáticos, objeto do próximo capítulo.

6. DOS ATOS ADMINISTRATIVOS ELETRÔNICOS AUTOMÁTICOS

Cumpridas todas as etapas necessárias a criação do Agente Inteligente (Advogado Público Algorítmico), a produção dos atos

12 Harvard Business Review. “O trade-off que toda empresa do segmento de inteligência artificial enfrentará - <https://hbrbr.uol.com.br/trade-off-inteligencia-artificial/> - publicado em 09/08/2018.

administrativos eletrônicos automáticos por este demandará regulamentação.

Acerca do tema, a doutrina expõe o seguinte:

Para efeito da presente exposição, utilizaremos a expressão ato administrativo eletrônico como gênero, que, por sua vez, subdivide-se nas seguintes espécies: a) ato administrativo eletrônico tradicional, que é aquele ato emanado por um agente público, cuja forma é eletrônica; b) ato administrativo eletrônico automático, que é aquele ato administrativo cuja forma é também eletrônica, mas que foi gerado pelo próprio sistema informático de modo automático, sem a intervenção imediata do servidor. Neste caso a intervenção do servidor acontece no ato-programa, que, a rigor, funciona como um pressuposto procedimental ou processual do ato. Por seu turno, o ato administrativo eletrônico automático poderá ainda apresentar duas outras subespécies: b.1) ato administrativo eletrônico totalmente automático; e b.2) ato administrativo eletrônico parcialmente automático. Por vezes não será possível a automatização completa de um ato administrativo, sendo possível apenas parcialmente. A completa automatização dos atos administrativos eletrônicos encontra limitações sobretudo no que se refere à discricionariedade¹³

O ato administrativo eletrônico totalmente automático possibilita a elaboração de um ato administrativo diretamente pelo agente racional. A participação do Advogado Público se dá no momento da elaboração do código, ou seja, em instante anterior a confecção do próprio ato.

7. DA NECESSIDADE DE QUALIFICAÇÃO DOS MEMBROS DA ADVOCACIA PÚBLICA. DA DESMATERIALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DO TRABALHO A DISTÂNCIA

A criação, manutenção e fiscalização dos Advogados Públicos Algorítmicos exigirão a qualificação dos Agentes Físicos em atividade na Advocacia Pública.

A qualificação criará uma força técnica altamente habilitada e pronta para atuar no cenário criado pela revolução do aprendizado de máquina e pela indústria 4.0.

¹³ Revista de Direito Administrativo. Vol. 237. Jul/Set 2004, p. 252.

O aperfeiçoamento dos agentes físicos pode ocorrer através de cursos a distância (EAD) mas também, e principalmente, pela participação em cursos de pós-graduação, mestrado e doutorado, Congressos, Hackathon, Hackajus, intercâmbio e outras formações equivalentes.

Neste cenário, os agentes humanos a serviço da Advocacia Pública deverão ter flexibilidade no horário e no local de exercício das funções institucionais, caso em que o trabalho a distância representa uma das principais ferramentas para esta qualificação constante. Isto permite que o colaborador participe, por exemplo, de mestrado/doutorado (governo eletrônico, direito eletrônico, inteligência artificial e outros.) que ocorre em regime integral em qualquer unidade da federação, realizando, também, o trabalho para o qual foi designado.

Assim, o trabalho remoto possibilita, ao mesmo tempo, a qualificação e o pleno exercício das funções institucionais.

O trabalho a distância já é amplamente adotado nos órgãos que compõem o ordenamento jurídico brasileiro. O Conselho Nacional de Justiça regulamentou o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário através da Resolução nº 227 de 15 de junho de 2016.

Dentre os objetivos citados pela resolução constam: aumento da produtividade, melhoria de programas socioambientais como diminuição de poluentes e a redução do consumo de água, esgoto, energia elétrica e papel utilizados pelo Poder Judiciário.

Ora, caso implementado na Advocacia Pública, além da possibilidade de simultaneidade na qualificação e exercício do trabalho pelos Advogados Públicos (agentes humanos), o Poder Executivo reduziria o consumo de água, energia, esgoto, papel e poluentes. Considerando a crise financeira ainda não superada (potencializada pelo COVID) a adoção do trabalho remoto atenderia a eficiência na gestão dos recursos.

O trabalho remoto está inserido em um contexto maior, que é o da desmaterialização da administração pública, proporcionando a mudança do “controle do meio” para o “controle do resultado”. Tanto é verdade que “os tribunais que adotaram o teletrabalho, metodologia regulamentada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) desde 2015,

tiveram aumento de produtividade nas atividades administrativas, de acordo com o CNJ”¹⁴

No conceito de administração centrada em rede, a atuação dos agentes humanos potencializa a eficiência em virtude da ampla mobilidade (física e cibernética) que estes possuem. A possibilidade de, ao mesmo tempo, exercer o trabalho e também se qualificar nos centros de excelência espalhados pelo país garante um ativo estratégico fundamental para o sucesso dos Algoritmos de Silício da Advocacia Pública, que sempre dependerão da qualificação dos agentes humanos.

As Advocacias Públicas Algorítmicas serão menores e menos dependentes da sede de recursos, mas, ao mesmo tempo, estarão completamente interligadas a Unidade Central /Data-Driven.

8. CONCLUSÃO

A atuação simultânea de algoritmos de carbono (agentes Humanos) e agentes racionais (algoritmos de silício) no teatro operacional jurídico, dotados de “capacidade centrada em rede”, proporcionará à Advocacia Pública Nacional análises preditivas e prescritivas fundamentais para o sucesso na revolução do aprendizado de máquina.

Portanto, temos de capitalizar e direcionar nossas forças para a construção do Advogado Público Algorítmico, aniquilando as fraquezas verificadas na ação dos agentes humanos, investindo pesadamente nas oportunidades criadas pelo Agente Racional, para, finalmente, neutralizar as ameaças decorrentes da ação de competidores estratégicos (análise SWOT), concretizando, assim, um cenário de plena convergência adaptativa ou de coevolução.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIG DATA BUSSINESS. *Tipos de análise de Big Data: você conhece todos os 4?* Disponível em: <<http://www.bigdatabusiness.com.br/conheca-os-4-tipos-de-analises-de-big-data-analytics/>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

14 <http://blogs.correiobraziliense.com.br/servidor/tribunais-o-teletrabalho-aumenta-produtividade-do-judiciario/> - publicado em 13/04/2018. Acesso em 02/02/2019.

BLOG DO SERVIDOR. *Tribunais: o teletrabalho aumenta produtividade do judiciário*. Disponível em: <<http://blogs.correiobraziliense.com.br/servidor/tribunais-o-teletrabalho-aumenta-produtividade-do-judiciario/>> Acesso em: 02 de fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inteligência artificial: Trabalho judicial de 40 minutos pode ser feito em 5 segundos*. Brasília, 23 out. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393522>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

HARIRI, Yuval Noah. *HOMO DEUS. Uma Breve História do Amanhã*. Tradução Paulo Geiger. -1ª ed. -São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HARVARD BUSINESS REVIEW. *O trade-off que toda empresa do segmento de inteligência artificial enfrentará*. Disponível em: <<https://hbrbr.uol.com.br/trade-off-inteligencia-artificial/>>. Publicado em 09/08/2018.

MINISTÉRIO DA DEFESA. EXÉRCITO BRASILEIRO. *Doutrina para o Sistema Militar de Comando e Controle – MD31-M-03*. 3ª ed. 2015. Disponível em: https://www.defesa.gov.br/arquivos/doutrina_militar/lista_de_publicacoes/md31_m_03_dout_sismc_3_ed_2015.pdf Acesso em 01.02.2019

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE CEARÁ. *TJCE*. Disponível em <<https://www.tjce.jus.br/noticias/judiciario-estadual-usa-inteligencia-artificial-para-auxiliar-processos-de-pacientes-com-cancer>> .Acesso em 13/06/2020.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *TJRJ adota modelo inovador nas cobranças de tributos municipais*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5771753>>. Acesso em: 01 fev. 2019.

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO. Vol. 237. Jul/Set 2004.

RIBEIRO, Krukembrghe Divino Kirk da Fonseca. *Biologia Evolutiva – Gradualismo e Equilíbrio Pontuado*. Disponível em <https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/biologia/gradualismo-equilibrio-pontuado.htm>. Acesso em: 21/04/2019.

RUSSEL, Stuart J; NORVIG, Peter. *Inteligência Artificial*. 3ª ed. Tradução Regina Célia Simille. – Rio de Janeiro: Elvisier, 2013.

ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL, JORNADA SEMANAL SUPERIOR A 60 HORAS E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Francisco Antonio Nogueira Bezerra

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará (UFC); Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Ceará (UFC); Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR); Professor do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR); Advogado. Procurador do Estado do Ceará (PGE-CE).

Ricardo Facundo Ferreira Filho

Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR); Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Candido Mendes; Advogado da União (AGU).

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade fazer uma interseção entre a acumulação de cargos públicos pelos servidores públicos federais, a jornada de trabalho superior a 60 horas semanais e a improbidade administrativa, a fim de discutir o enquadramento da acumulação de cargos, nas circunstâncias citadas, em improbidade administrativa que implica violação aos princípios da administração pública.

O tema é de profunda importância pela constante recorrência do enquadramento dos servidores públicos em ato de improbidade administrativa em decorrência de acumulação de cargos públicos, com farta lista de precedentes sobre a temática nos tribunais superiores, principalmente no Supremo Tribunal Federal (STF) e no Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Nos primeiro e segundo tópicos, serão explorados, respectivamente, o conceito de improbidade administrativa, suas espécies e o elemento subjetivo, e as normas constitucionais e

infraconstitucionais relativas à acumulação de cargos públicos pelos servidores públicos federais, além da questão da limitação da jornada de trabalho a 60 horas semanais, a fim de contextualizar a discussão que protagoniza o presente trabalho.

No terceiro e último tópico, será enfrentada a problemática proposta, que circunda ao redor do seguinte questionamento: a acumulação de cargos públicos cuja jornada de trabalho total é superior a 60 horas semanais se enquadra em ato de improbidade administrativa prevista no artigo 11 da Lei nº 8.429/92?

Oferecer uma resposta ao questionamento em questão, a partir do conceito de improbidade administrativa e da jurisprudência atual do STF e do STJ, é o cerne que protagoniza o presente trabalho.

A pesquisa foi essencialmente bibliográfica, a partir de livros, artigos científicos, doutrina nacional e decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Busca ela conferir uma abordagem qualitativa, ao apresentar um resultado preciso e considerando os elementos relevantes, e descritiva da temática, com a descrição detalhada da problemática proposta.

2. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, SUAS ESPÉCIES E ELEMENTO SUBJETIVO

A improbidade administrativa encontra manancial constitucional, uma vez que foi citada pelo parágrafo quarto do artigo 37 da Constituição Federal, além de algumas penalidades para a prática desse tipo de atos terem sido enumeradas nesse mesmo dispositivo, a saber: suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário (BRASIL, 1988).

Há, ainda, outros dispositivos constitucionais com conteúdo correlato à improbidade administrativa, por exemplo, *caput* do artigo 37, que faz referência à moralidade como princípio regente da administração pública; o parágrafo quinto deste mesmo artigo, que estipula a imprescritibilidade aos ilícitos que causem prejuízo ao erário; e o inciso V do artigo 85, que enquadra como crime de responsabilidade do Presidente da República por ato que atente contra a probidade na administração (CARVALHO FILHO, 2012).

A criação do regime jurídico de responsabilização dos agentes públicos e pessoas privadas por meio da improbidade administrativa tem por finalidade a tutela da probidade e da moralidade

administrativa. A doutrina, em geral, diverge quanto às distinções de probidade e de moralidade, de modo que parte dela entende que probidade é um subprincípio da moralidade (MARTINS JÚNIOR, 2001; BITTENCOURT NETO, 2005), outra parte entende que probidade é um conceito mais amplo do que o de moralidade (GARCIA; ALVES, 2011) e outra que sustenta que as expressões equivalem, tendo a Constituição, em seu contexto, mencionado a moralidade como princípio e a improbidade como lesão ao mesmo princípio (CARVALHO FILHO, 2012).

Necessário entender o que se tem entendido como improbidade administrativa para fins de alcançar o propósito do presente trabalho. Para Garcia e Alves (2011, p. 125), a improbidade trata-se “de um conceito mais amplo que abarca não só componentes morais com também os demais princípios regentes da atividade estatal, o que não deixa de estar em harmonia com suas raízes etimológicas”.

Por sua vez, Osório (2012) entende que não pode haver um conceito de improbidade articulado a partir da violação aos tipos abertos da própria Lei nº 8.429/92, afirmando que o seu conceito está ligado a dois pilares fundamentais da ética pública na pós-modernidade: as noções de grave ineficiência funcional e grave desonestidade. Explica que, na raiz etimológica da expressão, reside a proteção da honra institucional no setor público, sendo que os fenômenos de má gestão pública remontam à Antiga Roma (OSÓRIO, 2012).

Porém, a improbidade administrativa não pode se confundir, necessariamente, com ilícitos apenas dolosos ou intencionais nem com ilegalidades em geral, pois ela denota sintomas específicos que podem remeter o intérprete a um caminho mais sólido, qual seja, aquele que visualiza a gravidade intrínseca da infração, suas modalidades dolosas e culposas, sua origem constitucional e sua inserção na teoria da má gestão pública (OSÓRIO, 2012).

A lei não pune tão somente os atos desonestos *stricto sensu* e nem toda lesão ao erário ou mesmo aos princípios da administração pública hão de transformar-se em um ato típico de improbidade. Então, o ato ímprobo há de ser grave e deve atender ao princípio da fragmentariedade do Direito Sancionador, exigindo uma hermenêutica restritiva, até para evitar alcance irrazoável, teratológico ou absurdo dos tipos abertos previstos na lei (OSÓRIO, 2012).

Então, a existência de ações ou omissões de agentes públicos no desempenho de suas atribuições ou em razão delas e

o desvalor do resultado e da ação (conduta) constituem requisitos basilares do conceito de improbidade. O elemento subjetivo é requisito indispensável à configuração da improbidade, devendo ser comprovado dolo ou culpa (OSÓRIO, 2012).

O dolo e culpa são facetas da responsabilidade subjetiva, de maneira que o dolo abrange elementos factuais e jurídicos da conduta proibida e a culpa abrange a inobservância de deveres objetivos de cuidado em relação a evitar certos comportamentos considerados nocivos aos bens jurídicos protegidos (OSÓRIO, 2012).

O dolo é necessário nas hipóteses de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito e que atentam contra os princípios da administração pública, ao passo que para as que causam prejuízo ao erário, é suficiente a comprovação da culpa, embora também comporte dolo. Essa é a linha do entendimento formado pelo Superior Tribunal de Justiça a partir da interpretação dos dispositivos da Lei nº 8.429/92, podendo ser citado o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.230.039/MG (BRASIL, 2012a).

Este último julgado pontua a necessidade de demonstração do dolo genérico para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu no artigo 11 da Lei nº 8.429/92. Ou seja, “é necessária a demonstração de que houve a vontade, ou a assunção consciente do risco, por parte do agente, de concretizar as características objetivas do tipo” (FERREIRA, 2019, p. 4).

Por sua vez, no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa do julgado da Ação de Improbidade Administrativa (AIA) nº 30/AM (BRASIL, 2011), não é suficiente para a configuração da improbidade a irregularidade ou a ilegalidade do ato. Isso porque não se pode confundir ilegalidade com improbidade, pois a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente.

Então, percebe-se que o STJ tem encampado em seus julgados um conceito de improbidade administrativa alinhado com a doutrina majoritária, o qual está ligado à ilegalidade qualificada pelo elemento subjetivo próprio desse tipo (FERREIRA, 2019). Ainda, esse elemento subjetivo deve ser analisado conforme as circunstâncias do caso concreto e os delineamentos doutrinários sobre a temática, a exemplo dos ensinamentos de Osório (2012) acima pontuados.

Desse modo, os elementos conceituais acima desenvolvidos serão de extrema valia no capítulo subsequente ao próximo.

3. REGIME JURÍDICO CONSTITUCIONAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS QUANTO À ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS

A Constituição Federal dedicou trecho para dispor sobre regras gerais sobre o regime jurídico dos servidores públicos de todas as esferas, tendo disciplinado, dentre elas, a questão da cumulação de cargos públicos. O inciso XVI do artigo 37 prescreve a vedação de acumulação remunerada de cargos públicos como regra geral (BRASIL, 1988).

Essa vedação aplica-se tanto para ocupantes de cargo público, quanto para os ocupantes de emprego público. Ou seja, ela alcança a administração direta, a administração indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mistas, suas subsidiárias e fundações) e as sociedades controladas, direta e indiretamente, pelo Poder Público (OLIVEIRA, 2016).

A acumulação ilegal de cargos, empregos e funções públicas constitui falta disciplinar e pode render ensejo à demissão, conforme tipificação no inciso XII do artigo 132 da Lei nº 8.112/90, que disciplina o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais (BRASIL, 1990).

Ocorre que a penalidade de demissão, no âmbito federal, não é aplicada de forma automática. Uma vez detectada a acumulação ilegal de dois cargos, o servidor será notificado para optar por um dos cargos dentro do prazo de dez dias. Se a opção for feita no prazo, restará configurada a boa-fé do servidor e ele será exonerado do outro cargo, sem aplicação de penalidade (BRASIL, 1990).

3.1. Hipótese de acumulação lícita

Não obstante a regra geral, o próprio inciso XVI do artigo 37 estipula situações em que pode haver a cumulação lícita de cargos, empregos e funções públicas, a saber: i) a de dois cargos de professor; ii) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; e iii) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas (BRASIL, 1988).

Com efeito, a Emenda Constitucional nº 101, 3 de julho de 2019, acrescentou um parágrafo ao artigo 42 da Constituição, deixando expresso que todo inciso XVI do artigo 37 é aplicado aos

militares estaduais, de modo que as hipóteses de acumulação acima citadas também se aplicam a estes (BRASIL, 2019).

No caso dos militares das Forças Armadas, a Emenda Constitucional nº 77, 11 de fevereiro de 2014 inseriu, no artigo 142, parágrafo terceiro, inciso VIII, a menção à alínea “c” do inciso XVI do artigo 37, permitindo expressamente que eles acumulem cargos ou empregos de profissionais da saúde (BRASIL, 2014).

Além dos casos previstos no inciso supramencionado, a acumulação remunerada lícita é permitida também em outras hipóteses expressamente previstas na Constituição: i) acumulação de cargo, emprego ou função com o mandato de vereador, desde que haja compatibilidade de horários (artigo 38, inciso III); ii) acumulação do cargo de juiz com um de magistério (artigo 95, parágrafo único, inciso I); e iii) acumulação do cargo de membros do Ministério Público com um de magistério (artigo 128, parágrafo 5º) (BRASIL, 1988).

Contudo, deve-se ressaltar que, dentro desses restritos casos de acumulação, somente é possível acumulação de dois cargos, empregos ou funções, não sendo possível a acumulação de três ou quatro, por exemplo (OLIVEIRA, 2016).

3.2. Limitação da jornada de trabalho a 60 horas semanais

Importante chamar atenção para o fato de que a acumulação de cargos ou empregos públicos somente é permitida se houver compatibilidade de horários. Assim, se as jornadas de trabalho forem coincidentes, no todo ou em parte, não será possível a acumulação (OLIVEIRA, 2016). A partir desse requisito para a cumulação de cargos, surgiu a dúvida acerca da limitação da jornada de trabalho.

O Superior Tribunal de Justiça, por longo período, vinha reconhecendo a impossibilidade de acumulação remunerada de cargos ou empregos públicos quando a jornada de trabalho fosse superior a 60 horas semanais. Segundo esse entendimento do tribunal, ausência de fixação da carga horária máxima para a cumulação de cargo não significa que esse acúmulo esteja desvinculado de qualquer limite, não legitimando, portanto, jornadas de trabalhos exaustivas, ainda que haja compatibilidade de horários, uma vez que não se deve perder de vista os parâmetros constitucionais relativos à dignidade humana e aos valores sociais do trabalho, previstos no artigo 1º, incisos III e IV da CF, inclusive em favor do próprio trabalhador (BRASIL, 2014).

Essa linha de entendimento pontuava também que os direitos constitucionais dos trabalhadores à duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho (inciso XIII do artigo 7º) e ao repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos (inciso XV do artigo 7º) são extensíveis aos servidores públicos por força do artigo 39, parágrafo terceiro, da Constituição, de modo que limitavam a jornada de trabalho em caso de acumulação de cargos (BRASIL, 2014).

Além disso, a Lei nº 8.112/90, em seu artigo 19, fixou para o servidor público federal a jornada de trabalho de, no máximo, 40 horas semanais, com a possibilidade de duas horas de trabalho extras por jornada. Tomando-se como base esse preceito legal, o STJ reconheceu que o Acórdão TCU nº 2.133/2005 e o Parecer GQ nº 145/98, ao fixarem o limite de 60 horas semanais para que o servidor público federal se submeta a dois ou mais regimes de trabalho, deveriam ser prestigiados, uma vez que atendem aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade (BRASIL, 2014).

Dentro desse raciocínio, as citadas disposições constitucionais e legais eram interpretadas considerando a proteção do trabalhador, e do cidadão tomador do serviço público respectivo, a fim de se afastar os riscos à segurança do trabalho, a saúde dos profissionais e dos cidadãos por eles atendidos (BRASIL, 2014).

Então, para o STJ, o requisito da compatibilidade de que trata o texto constitucional para acumulação de dois cargos públicos não deve ser interpretado meramente com base na colisão de horários, deve considerar, também, a possibilidade efetiva de cumprimento de jornada, sem prejuízo ao desempenho do cargo ou à saúde do trabalhador (BRASIL, 2014).

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal sustentava seu entendimento em sentido oposto, afirmando que a acumulação de cargos públicos, prevista no artigo 37, inciso XVI, da CF/88, não se sujeita ao limite de 60 horas semanais previsto em norma infraconstitucional, pois inexistente esse requisito na Constituição Federal. Então, o único requisito estabelecido para a acumulação é a compatibilidade de horários no exercício das funções, cujo cumprimento deverá ser aferido pela administração pública.

Esse entendimento foi sistematicamente afirmado no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº

1.094.802/PE, oriundo da primeira turma (BRASIL, 2018), e no julgado do Segundo Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.023.290/SE, oriundo da segunda turma (BRASIL, 2017).

A partir da reiteração desse entendimento do STF, o STJ alinhou o seu entendimento ao daquela corte constitucional, passando a decidir acumulação de cargos públicos de profissionais da área de saúde, prevista no artigo 37, inciso XVI, da CF/88, não se sujeita ao limite de 60 horas semanais previsto em norma infraconstitucional, pois inexistente esse requisito na Constituição Federal (BRASIL, 2019).

Dessa maneira, percebe-se que houve um alinhamento de entendimentos acerca da limitação da jornada de trabalho em caso de acumulação de cargos públicos, de modo que, atualmente, tanto o STJ quanto o STF entendem pela possibilidade de a jornada ser superior a 60 horas semanais, desde que haja compatibilidade de horários.

4. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS COM JORNADA SUPERIOR A 60 HORAS SEMANAIS E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Como visto, a acumulação de cargos públicos é uma regra excepcional e somente poderá ocorrer nos casos excepcionados expressamente pela Constituição. Via de regra, a acumulação é um ilícito administrativo, que poderá render ensejo à penalização do servidor público federal com demissão ou cassação de aposentadoria.

Por ser um ato ilícito, o STJ possui entendimento no sentido de que a acumulação de cargos públicos fora das hipóteses constitucionais pode render ensejo a configuração de ato de improbidade administrativa por violação ao artigo 11 da Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 2012b).

Contudo, o referido tribunal ressalva que, se consignada a efetiva prestação de serviço público e a boa-fé do servidor, deve-se afastar a violação do artigo 11 da Lei nº 8.429/92, sobretudo quando as premissas fáticas evidenciam mera irregularidade, sem elemento subjetivo convincente (BRASIL, 2013). Ou seja, a comprovação do dolo é fundamental para a configuração da improbidade administrativa, uma vez que ela faz parte do elemento conceitual deste, conforme foi exposto no primeiro tópico.

A questão que se cinge no presente trabalho, então, é a seguinte: sendo lícita a acumulação de dois cargos públicos cuja jornada

de trabalho total é superior a 60 horas semanais, é possível o seu enquadramento em ato de improbidade administrativa prevista no artigo 11 da Lei nº 8.429/92? Essa pergunta se faz pertinente porque o próprio STJ, enquanto entendia ser ilícita a acumulação naqueles termos, sustentava que havia prática de improbidade administrativa.

Para avançar na discussão proposta, é imprescindível a análise dos elementos integrantes do conceito de improbidade administrativa. O elemento que mais interessa é a própria conceituação do STJ, que, seguindo a doutrina majoritária, entende que a improbidade administrativa é uma ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente.

A partir desse conceito, percebe-se que, no caso de acumulação de cargos públicos com jornada superior a 60 horas semanais, está ausente a própria qualificação da ilegalidade, pois essa categoria de acumulação é compatível com o texto constitucional, desde que haja a compatibilidade de horários.

Então, o STJ, ao alinhar o seu entendimento jurisprudencial ao do STF, impossibilitou o reconhecimento de improbidade administrativo por acumulação de cargos cuja jornada fosse superior a 60 horas semanais, pois ele não se configura sequer no conceito de improbidade delineado pelo próprio tribunal, já que ausente a ilegalidade.

Além disso, pode-se, com base nas lições de Osório (2012), afirmar que também não está presente o elemento da grave desonestidade, uma vez que não há como atribuir o elemento subjetivo de dolo no caso de uma conduta lícita e compatível com o texto constitucional.

Dessa forma, percebe-se que, com o alinhamento de entendimentos do STJ e do STF no sentido da legalidade da jornada de trabalho superior a 60 horas semanais, ficou impossibilitado o enquadramento como improbidade administrativa da acumulação de dois cargos públicos com a jornada total na citada circunstância.

5. CONCLUSÕES

Era recorrente o enquadramento dos servidores públicos em ato de improbidade administrativa em decorrência de acumulação de cargos públicos, inclusive pela jornada de trabalho ultrapassam 60 horas semanais, com farta lista de precedentes sobre a temática nos tribunais superiores, principalmente no Superior Tribunal de Justiça.

Contudo, com a dissonância dos entendimentos jurisprudenciais do STJ e do STF, cingia a polêmica sobre a própria legalidade da acumulação nas circunstâncias referidas, de modo que não havia uniformidade quanto ao enquadramento em ato de improbidade administrativa que violasse princípio da administração pública.

Ocorre que, com o alinhamento de entendimentos do STJ e do STF no sentido da legalidade da jornada de trabalho superior a 60 horas semanais, ficou impossibilitado o enquadramento como improbidade administrativa da acumulação de dois cargos públicos com a jornada total na citada circunstância, uma vez que o próprio elemento da ilegalidade não está presente, o que também inviabiliza a comprovação do elemento subjetivo necessário do dolo exigido pelo artigo 11 da Lei nº 8.429/92.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. *Diário Oficial da União, Brasília, 18 abr 1990*.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 77, de 11 de fevereiro de 2014. Altera os incisos II, III e VIII do § 3º do art. 142 da Constituição Federal, para estender aos profissionais de saúde das Forças Armadas a possibilidade de cumulação de cargo a que se refere o art. 37, inciso XVI, alínea “c”. *Diário Oficial da União, Brasília, de 12 fev 2014*.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 101, de 03 de julho de 2019. Acrescenta § 3º ao art. 42 da Constituição Federal para estender aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios o direito à acumulação de cargos públicos prevista no art. 37, inciso XVI. *Diário Oficial da União, Brasília, de 04 jul 2019*.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Ação de Improbidade Administrativa nº 30/AM*. Ação de improbidade originária contra membros do tribunal regional do trabalho. Lei 8.429/92. Legitimidade

do regime sancionatório. Edição de portaria com conteúdo correcional não previsto na legislação. Ausência do elemento subjetivo da conduta. Inexistência de improbidade. Relator: Teori Albino Zavascki. Brasília, DF, 28 set 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001579966&dt_publicacao=28/09/2011. Acesso em: 16 jun 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.230.039/MG. Administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Improbidade administrativa. Violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência. Inversão do ônus da prova. Revisão do critério do juiz. Reexame de provas. Inadmissibilidade. Violação do art. 47 do CPC não caracterizada. Ausência de hipótese de litisconsórcio passivo necessário. Lei de improbidade. Aplicabilidade a vereador. Decreto-lei nº 201/67. Incidência concomitante com a lei nº 8.429/92. Possibilidade. Elemento subjetivo. Exigência do dolo, nas hipóteses dos artigos 9º e 11 da lei 8.429/92 e culpa, pelo menos, nas hipóteses do art. 10. Tribunal de origem que consigna abuso no gasto de verba de gabinete de vereador. Revisão. Impossibilidade. Súmula nº 7/STJ. Caracterização de lesão a princípios administrativos e enriquecimento ilícito. Arts. 9º e 11 da LIA. Desnecessidade de intenção específica. Suficiência do dolo genérico de se conduzir deliberadamente contra as normas. Relator: Benedito Gonçalves. Brasília, DF, 02 fev 2012a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1114955&num_registro=201002241020&data=20120202&formato=PDF. Acesso em: 16 jun 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.227.849/PR*. Administrativo. Improbidade administrativa. Acumulação indevida de cargos públicos. Violação aos princípios da administração pública. Art. 11 da lia. Dolo genérico. Aresto recorrido. Reexame de provas. Súmula 7/STJ. Relator: Castro Meira. Brasília, DF, 13 abr 2012b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100015110&dt_publicacao=13/04/2012. Acesso em: 26 jun 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.171.721/SP*. Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Acumulação indevida de cargos. Mera irregularidade. Fraude à licitação. Revisão das justificativas da dispensa do certame.

Elemento subjetivo. Súmula 7/STJ. Fundamento da demanda. Art. 11 da lia. Dispensa de dano. Prejuízos decorrentes da fraude. Relator: Herman Benjamin. Brasília, DF, 23 mai 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200902450146&dt_publicacao=23/05/2013. Acesso em: 26 jun 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança nº 19.336/DF*. Administrativo. Servidor público federal. Mandado de segurança. Acumulação de cargos privativos de profissionais de saúde. Jornada Semanal superior a 60 (sessenta horas). Ausência de direito líquido E certo. Segurança denegada. Relator: Eliana Calmon. Brasília, DF, 14 out 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202256377&dt_publicacao=14/10/2014. Acesso em: 25 jun 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.767.955/RJ*. Administrativo. Recurso especial. Servidor público. Acumulação de cargos públicos remunerados. Área da saúde. Limitação da carga horária. Impossibilidade. Compatibilidade de horários. Requisito único. Aferição pela administração pública. Precedentes do STF. Recurso especial a que se nega provimento. Relator: Og Fernandes. Brasília, DF, 03 abr 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201800125472&dt_publicacao=03/04/2019. Acesso em: 25 jun 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Segundo Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.023.290/SE*. Recurso extraordinário – acumulação de cargos públicos – profissionais da área de saúde – limitação da jornada semanal a 60 (sessenta) horas por norma infraconstitucional – requisito não previsto na constituição da república – inviabilidade da restrição com base unicamente nesse critério, devendo averiguar-se a compatibilidade de horários – agravo interno improvido. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 06 nov 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13975833>. Acesso em: 25 jun 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.094.802/PE*. Agravo interno. Recurso extraordinário. Decisão agravada em consonância com a jurisprudência do supremo tribunal federal. Relator: Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 24 mai 2018. Disponível em: <http://redir.stf>.

jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14872013.
Acesso em: 25 jun 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

FERREIRA, Vivian Maria Pereira. O dolo da improbidade administrativa: a busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 15, nº 3, pp. 1-31, 2019.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Método, 2016.

OSÓRIO, Fábio Medina. Conceito e tipologia dos atos de improbidade administrativa. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, nº 50, out. 2012. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Fabio_Osorio.html. Acesso em: 15 jun. 2020.

CRISE AUTOIMUNITÁRIA NA AUTOPOIESE JURÍDICA DA SOCIEDADE MUNDIAL

Guerra Filho

Professor Titular do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO); Professor e Coordenador.

Willis Santiago

Professor do Núcleo de Pesquisa em Direitos Humanos do Programa de Estudos Pós-Graduados da PUC-SP; Pesquisador das Universidades Presbiteriana Mackenzie e Paulista (UNIP).

O processo de globalização nos leva a perceber o mundo todo como uma sociedade, a “sociedade mundial” (*Weltgesellschaft*) a que se referiu Niklas Luhmann em artigo de 1971. Nesta sociedade mundial em que vivemos, com sua hipercomplexidade e multicentralidade, tal como descrito pela teoria de sistemas sociais autopoieticos, encontraremos uma crescente diversidade de culturas convergindo de forma sem paralelo em tempos passados. O que se segue é uma proposta de, primeiro, considerar um tal estado de coisas observando-o através do ponto de vista do atual estágio de diferenciação dos sistemas na sociedade multicultural que está em formação atualmente, e segundo, estimular o desenvolvimento de uma avaliação segundo o que podemos denominar uma abordagem crítica desconstrutivista.

A teoria de sistemas sociais autopoieticos considera a sociedade mundial como um sistema, digamos, global, de comunicação, integrado por outros sistemas parciais, cada um com sua forma específica de comunicação. Temos naquele sistema, o sistema global, assim como nos outros, ditos parciais, um “núcleo” (ou “centro”) e uma “periferia”. “Central” deve ser a parte mais envolvida e, por isso, também mais avançada, “desenvolvida”, da sociedade mundial, que se caracteriza como democrática e capitalista, enquanto as outras permanecem “periféricas”, até que atinjam sua integração na “sociedade econômica mundial” (*wirtschaftliche Weltgesellschaft*).

Não se deve pensar aqui em termos de países, ou conjunto deles, desde que o centro e a periferia podem ser fisicamente qualquer lugar, na medida em que suas características são percebidas. Mas se seguirmos as indicações de Luhmann em seu grande trabalho final de 1997, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, "A Sociedade da Sociedade" (2 vols.), quando ele afirma que os protestos sempre advêm da periferia contra o centro, pela pretensão de estarem fora da sociedade. Então, nós chegamos à conclusão que enquanto a "sociedade da sociedade" autopoieticamente se dobra sobre si mesma, a distância entre os desejos e as satisfações tendem a desaparecer, algo que as célebres conferências parisienses de Kojève sobre a "Fenomenologia do espírito" de Hegel poderia apoiar, pois neste último vamos encontrar a ideia (herderiana) de "*geistige Tierreich*", ou seja, "reino animal do espírito", aquele a que chegaríamos quando a sociedade civil, isto é, em termos atuais, o mercado, viesse a nos satisfazer plenamente as necessidades, digamos, corpóreas, tirando-nos o estímulo para continuar perseguindo novas realizações e banalizando-nos a vida.

Relembrando, temos que um dos sistemas sociais, como é bem sabido, é aquele jurídico, o qual, enquanto autopoietico, é a um só tempo separado e articulado frente aos demais, de modo que irritações entre eles são absorvidas pelo que se denomina, por influência de teóricos como Maturana e Varela, "acoplamento estrutural", o qual se dá entre o centro e a periferia dos sistemas que se acoplam, a fim de que se mantenha, simultaneamente, a estabilidade e crescimento de ambos, autonomamente. Os sistemas do direito e da política são conectados através de um meio particular de operatividade fechada chamado constituição do Estado. As Supremas Cortes Constitucionais emergem do núcleo do sistema do direito e dessa forma pertencem ao centro desse sistema, por decidirem, em última instância, o que é e o que não é jurídico, bem como aceitável que se faça, no exercício do poder, tornando-se corresponsáveis pela operação do código binário de ambos os sistemas, ou seja, o código da licitude ou ilicitude no caso do sistema jurídico, e o de sobreposição - dos detentores de poder (*Machtüberlegen*) - ou submissão (*Machtunterlegen*), a partir da diferença entre governo e oposição, no caso do sistema político. Isto se dá graças à centralidade das definições acerca da constitucionalidade nas normas jurídicas tanto no sistema jurídico quanto no político.

Portanto, agora devemos nos confrontar com a questão do risco que tais desenvolvimentos apresentam, como Luhmann no último

livro seu publicado quando ainda vivo, já citado, advertiu, referindo-se ao livro de Dieter Grimm sobre o futuro das Constituições. Está em causa a manutenção da autopoiese no sistema global, se nós considerarmos o sistema jurídico como proposto por Luhmann em “O Direito da Sociedade”, ou seja, como um tipo de sistema imunológico da sociedade, com a tarefa de vaciná-la contra as doenças sociais que seriam os conflitos, aí incluídos com destaque aqueles resultantes das violações e colisões de direitos humanos, através da representação desses conflitos em prescrições a serem seguidas pelas cortes, concebidas de maneira idealizada como imunes contra a política. E o principal risco aqui mostra-se, então, como sendo o da autoimunidade, no sentido trabalhado por Derrida, no que teria um débito para com Luhmann.

Havemos, então, de assim buscar meios para superar as doenças autoimunes que nos acometem enquanto corpo social mundial, nos termos de Roberto Esposito, das quais a atual “crise alérgica” da União Europeia é um exemplo claro e menos grave do que aquele da Alemanha nazista, analisada por este autor, em que a enfermidade decorre da tentativa de isolamento dos contatos que põem a política a serviço da vida e não a vida a serviço de uma política mortífera, ou seja, a biopolítica transformada em tanatopolítica.

As questões que nos propomos a enfrentar no presente ensaio traz consigo a necessidade de que se pratique de forma tão intensa quanto possível a interdisciplinaridade, o que exige, então, que tenhamos um paradigma unificador, uma perspectiva integradora em epistemologia, capaz de articular explicações de natureza sociológica, econômica, jurídica, biológica, filosófica e, até, teológica. Um paradigma com essa característica “uni-totalizante” (*Ein- und Allheit*, para empregar expressão que remonta a Schelling, filósofo idealista alemão do séc. XIX) é o que se vem desenvolvendo por aqueles, como Edgar Morin na esteira de Ilya Prigogine, que defendem a superação do tradicional paradigma simplificador das ciências clássicas, modernas, em favor de um *paradigma da complexidade*, em que se inserem “ciências transclássicas”, pós-modernas, como são a *cibernética* e a *teoria de sistemas*. Tratam-se de teorias holísticas, de aplicação generalizada no âmbito de ciências formais e empíricas, tanto naturais como sociais, e que toma como distinção fundamental não mais aquela entre sujeito-do-conhecimento-como-observador-objetivo e objeto-do-conhecimento-observado-independentemente, mas sim outras, como aquela entre “sistema” e seu “meio ambiente”,

para explicar tudo a partir dessa distinção, entre o que pertence a determinado sistema e o que está fora, no ambiente circundante, embora circule dentro do sistema – que não é fechado “para” e sim “com” o ambiente.

A teoria sistêmica luhmanniana pretende se desenvolver a partir de um conceito de sociedade que não é nem “humanista” nem “regionalista”, adotando assim uma posição que, de partida, evita dois dos maiores – se não forem mesmo os dois maiores – pressupostos incitadores da crise “epistemo-ecológica” antes referida. Isso significa que para a teoria ora em apreço a sociedade não é formada pelo conjunto de seus integrantes, os seres humanos, assim como não há para ela uma sociedade delimitada por critérios geopolíticos - a “sociedade brasileira”, “latino-americana”, “europeia” etc. Sociedade para a teoria de sistemas luhmanniana é a “sociedade mundial”, que se forma modernamente. O que a compõe não são os seres humanos que a ela pertencem, mas sim a *comunicação* entre eles, que nela circula de várias formas, nos diversos subsistemas funcionais (direito, economia, política, ética, mídia, religião, arte, ciência, educação etc.).

A diferenciação sistêmica entre “sistema” e “meio ambiente”, então, é o artifício básico empregado pela teoria para se desenvolver em simetria com aquilo que estuda, como seu “equivalente funcional”. Essa diferenciação é dita sistêmica por ser trazida “para dentro” do próprio sistema, de modo que o sistema total, a sociedade, aparece como meio ambiente dos próprios sistemas parciais. *Sistema autopoiético* é aquele dotado de organização autopoiética, onde há a (re)produção dos elementos de que se compõe o sistema e que geram sua organização, pela relação reiterativa, circular («recursiva») entre eles. Esse sistema é autônomo porque o que nele se passa não é determinado por nenhum componente do ambiente, mas sim por sua própria organização, formada por seus elementos. Essa autonomia do sistema tem por condição sua clausura, quer dizer, a circunstância de o sistema ser «fechado», do ponto de vista de sua organização, não havendo «entradas» (*inputs*) e “saídas” (*outputs*) para o ambiente, pois os elementos interagem no e através dele - não se trata, portanto, de uma “autarquia” do sistema, pois ele depende dos elementos fornecidos pelo ambiente.

Só a comunicação se autoproduz, donde se qualificar como autopoiéticos os sistemas de comunicação da sociedade. O sentido da comunicação varia de acordo com o sistema no qual ela está sendo veiculada e as pessoas são meios (*media*) dessas comunicações, assim

como computadores, faxes, telefones, etc. Esses componentes, contudo, não pertencem aos sistemas sociais e, sim ao seu meio ambiente. Os seres humanos, enquanto seres biológicos, são sistemas biológicos autopoieticos e enquanto seres pensantes, são também sistemas psíquicos autopoieticos. Sem a consciência decorrente do aparato psíquico, é claro, não haveria comunicação e logo também não haveria sistemas sociais. Sem a rede neuronal não haveriam pensamentos. O que não há é uma relação causal entre imagens e pensamentos como os que temos, enquanto seres humanos, como demonstra o fato de que os demais seres portadores de redes neuronais não dispõem de uma elaboração simbólica como nós. É a linguagem, então a primeira condição para que se dê o acoplamento (estrutural) entre sistemas auto(conscientes) e sistemas sociais (autopoieticos) de comunicação. Os sistemas sociais, como todo sistema, se mantêm sem dissipar-se no meio-ambiente em que existem enquanto se mantêm sua estrutura e enquanto for apto para diferenciar-se nesse meio ambiente, com o qual “faz fronteira”. Sistemas psíquicos (biológicos) e sistemas de comunicação (sociais), por mais que estejam cognitivamente abertos para o meio ambiente, para dele se diferenciarem, fecham-se em um operar, o que significa reagir ao (e no) ambiente por autorreferência, sem contato direto com ele.

Postular que a sociedade contemporânea, organizada em escala mundial, “globalizada”, é o produto da diferenciação funcional de diversos (sub)sistemas, como os da economia, ética, direito, mídia, política, ciência, religião, arte, ensino etc. - sistemas autopoieticos, que operam com autonomia e fechados uns em relação aos outros, cada um com sua própria “lógica” -, postular isso não implica negar que haja influência (ou “perturbações”) desses sistemas uns nos outros. Entre eles dá-se o que a teoria de sistemas autopoieticos denomina “acoplamento estrutural”. Assim, o sistema da política acopla-se estruturalmente ao do direito através das constituições dos Estados, enquanto o direito se acopla à economia através dos contratos e títulos de propriedade, e a economia, através do direito, com a política, por meio dos impostos e tributos, e todos esses com a ciência, através de publicações, diplomas e certificados, cabendo a uma corte constitucional, em última instância, deliberar sobre a “justeza” desses acoplamentos, em caso de dúvidas ou contestações, que os ameace, ameaçando, assim, a autopoiese do sistema global e, logo, sua permanência, sua “vida”.

Está em causa a manutenção da autopoiese no sistema global, se nós considerarmos o sistema jurídico como proposto por Luhmann em “O Direito da Sociedade”, ou seja, como um tipo de sistema imunológico da sociedade, com a tarefa de vaciná-la contra as doenças sociais que seriam os conflitos, através da representação desses conflitos em prescrições a serem seguidas pelas cortes, concebidas de maneira idealizada como imunes contra a política. E o principal risco aqui mostra-se, então, como sendo o da autoimunidade, no sentido trabalhado por Derrida.

A questão que se coloca, então, é de como sobreviveria um tal sistema, o sistema social global, que é a sociedade mundial, diante de um ataque por componentes dele mesmo, como para alguns ocorreria no setor financeiro do sistema econômico, diante do excesso de especulação, ou de cidadãos que ao invés de participarem politicamente por meio do voto optam por protestos cada vez mais violentos, ou quando pessoas se tornam suspeitas e, mesmo, praticantes do que se vem qualificando como terrorismo, sendo destratados como portadores de direito, na situação descrita por Giorgio Agamben com uma figura do antigo direito penal romano do *homo sacer*, que é a de uma vida puramente biológica e, enquanto tal, matável sem mais.

Eis como o sistema (jurídico) imunológico da sociedade pode ser confrontado com um problema similar ao de um organismo que sofre de uma disfunção autoimune. A autoimunidade é uma aporia: aquilo que tem por objetivo nos proteger é o que nos destrói. O paradoxo da autopoiese do direito terminando em autoimunidade revela o paradoxo da inevitável circularidade do Direito e suas raízes políticas nas constituições.

Derrida acredita que o conceito de autoimunidade, ao perturbar este mau uso tradicional e prevalente das definições, a começar pelas mais corriqueiras, como a de “mundo”, pode abrir possibilidade para novos tipos de pensamento político. É apenas se abrindo ao outro, com a ameaça da autodestruição daí decorrente, que o organismo tem a chance de, recebendo o outro, se tornar outrem, de modo a permanecer o mesmo, i.e., vivo. Isto explica a solução que ele propõe sob o nome de hospitalidade, a qualidade de hóspede, que é “gramatologicamente” ao mesmo tempo similar e antitético à de refém e hostilidade, uma circunstância também referida por Lyotard em seus “escritos políticos”, quando ele apresenta uma hospedagem secreta como aquela “para a qual cada singularidade é refém”. Isto

se deve à problemática analogia na origem comum de ambas as palavras, “hostilidade” e “hospitalidade”, na mesma palavra latina: *hostis*. A hospitalidade carrega dentro de si o perigo da hostilidade, mas igualmente toda hostilidade retém uma chance de hospitalidade. Se a hospitalidade carrega internamente sua própria contradição, a hostilidade, ela não é capaz de se proteger de si mesma e é atingida por uma propensão autoimune à autodestruição.

Neste contexto, evidencia-se que a magistratura se torna de importância central para a eficiência da ordem legal nas presentes sociedades com organização política democrática, submetidas a tais condições sociais. A legislação não mais se adéqua às linhas mestras de um tratamento judicial satisfatório de questões como estas de um elevado grau de novidade, na atual sociedade, hiper complexa, questões que não contam com previsões que as regulem satisfatoriamente pelo ordenamento jurídico. E isto também indica uma necessária ênfase na importância crescente das leis processuais, tanto por regularem o exercício do poder judiciário, como por fornecerem a dilação temporal de que cada vez mais necessita o direito, donde ocorrer o que teórico do direito frankfurtiano Rudolf Wiethölter qualificou como sua “procedimentalização”, exercendo assim grande influência em outro frankfurtiano, Jürgen Habermas, em suas incursões na filosofia jurídica. Tal conceito é congenial à célebre tese de Luhmann da “legitimidade pelo procedimento” e para Teubner ambos, Luhmann e Wiethölter, podem ter suas concepções aproximadas da de Derrida, que de fato referiu-se diversas vezes à desconstrução como equivalente à justiça.

Deve-se, então, passar a uma consideração contextualizada, caso a caso, pois como diria Rawls, o melhor que podemos fazer, pelo direito, é assegurar um procedimento isento, de modo a alcançar decisões aptas a equalizar todos os interesses e/ou valores em conflito. Isto ocorre principalmente pela “ponderação” (*Abwägung*) destes interesses e/ou valores de acordo com o “princípio da proporcionalidade” (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*), tal como apontado por Karl-Heinz Ladeur, em sua concepção teórica do direito por ele mesmo qualificada de pós-moderna, a qual, nesse ponto, endossamos e procuramos desenvolver.

Nós podemos considerar este um bom exemplo do “loop hierárquico” de Hofstadter, na medida em que tal princípio, de estatura constitucional, portanto localizado no mais alto nível da hierarquia normativa, pode vir a ser aplicado para decidir conflitos

concretos e problemas legais específicos, trazendo harmonia para as múltiplas possibilidades de solucioná-los, inclusive de modo que não esteja previamente regulado. Isto significa que este princípio é válido, não somente devido ao seu status constitucional, mas também porque valida a solução que é oferecida à regência do caso específico, da situação concreta, por meio de um concerto entre as diversas possibilidades, muitas vezes dissonantes, por conflitantes os princípios que nela incidem. Mas o princípio da proporcionalidade, ao mesmo tempo, também é responsável pela introdução de uma exceção no sistema, no que o puxa perigosamente “para baixo”, levando-o próximo à negação do direito, pela violência e arbitrariedade. Daí a extrema importância de bem entendê-lo e aplicá-lo, ao aplicá-lo. Concluo, então, indicando dois autores que, de último, abordaram a questão com excelentes desenvolvimentos próprios, nos termos em que a vimos enfrentando: Dimas Macedo e Joaquim Eduardo Pereira, nos trabalhos abaixo referidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

BUNGE, M. “System Boundary”, In *International Journal of General Systems*, nº 20, London, 1990.

DERRIDA, Jacques. *Of Grammatology*, G. C. SPIVAK (trad.), Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1976.

DERRIDA, Jacques. *Politiques de l’amitié*, Paris: Galilée, 1994.

DERRIDA, Jacques, “Force of Law: The Mystical Foundations of Authority” In GIL ANIDJAR (ed.), *Acts of Religion*, New York: Routledge, 2002.

DERRIDA, Jacques. *Rogues: Two Essays on Reason*, PASCALE-ANNE BRAULT/MICHAEL NAAS (trad.), Stanford: Stanford University Press, 2005.

ESPOSITO, Roberto. “Filosofia e Biopolítica”, In *ethic@*, vol. 9, nº 2, Florianópolis, 2010.

FORSTER, Michael N. “Das geistige Tierreich”, In <http://philosophy.uchicago.edu/faculty/files/GeistTier.pdf>, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Potência crítica da ideia de direito como um sistema social autopoietico na sociedade mundial contemporânea", In GERMANO SCHWARTZ (org.) *Jurisdicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

HEGEL, G. W. F. *Phänomenologie des Geistes*, E. MOLDENHAUER/K. M. MICHEL (eds.), Frankfurt a.M./Suhrkamp, 1970.

HOFSTADTER, D. *I am a strange loop*, New York: Basic Books, 2007.

KOJÈVE, Alexandre. *Introduction à la lecture de Hegel*, Paris: Gallimard, 1976.

LADEUR, Karl-Heinz. " 'Abwägung' - ein neues Rechtsparadigma? Von der Einheit der Rechtsordnung zur Pluralität der Rechtsdiskurse", In *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, nº 69, Stuttgart, 1983.

LADEUR, Karl-Heinz. "Perspektiven einer post-modernen Rechtstheorie: Zur Auseinandersetzung mit Niklas Luhmanns Konzept der 'Einheit des Rechtssystems' ", In *RECHTSTHEORIE*, nº 16, Berlim, 1985.

LUHMANN, Niklas. *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1969.

LUHMANN, Niklas. "Die Weltgesellschaft", In *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Stuttgart, nº 57, 1971.

LUHMANN, Niklas. "Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft", In *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1981.

LUHMANN, Niklas. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, trad. IGNACIO DE OTTO PRADO, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

LUHMANN, Niklas. *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, 3ª ed., Frankfurt am Main Suhrkamp, 1987.

LUHMANN, Niklas. *"Die Stellung der Gerichte im Rechtssystem"*, In *Rechtstheorie*, nº 21, Berlin, 1990.

LUHMANN, Niklas. *"Verfassung als evolutionäre Errungenschaft"*, In *Rechtshistorisches Journal*, nº 9, Frankfurt am Main, 1990.

LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main Suhrkamp, 1993.

LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 2 vols., Frankfurt am Main Suhrkamp, 1997.

LUHMANN, Niklas. *"Why Does Society Describes Itself as Postmodern?"* In *Observing Complexity*, W. RASCH/C. WOLFE (eds.), 2000.

LYOTARD, Jean-François. *Political Writings*, B. READING/K. GEIMAN (trad.), Minneapolis, MN: The University of Minnesota Press, 1993.

MACEDO, Dimas. *"Willis Filho: Filósofo do Direito"*, In *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará*, nº 18, Fortaleza, 2009/2010.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *De maquinas y seres vivos. Autopoiesis: La organización de lo vivo*, Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1973.

MUNCH, E. *"The Dynamics of Societal Communication"*, In *The Dynamics of Social Systems*, P. COLOMY (ed.), Sage: Londres, 1992.

NASS, Michael. *"'One Nation...Indivisible': Jacques Derrida on the Autoimmunity of Democracy and the Sovereignty of God"*, In *Research in Phenomenology*, nº 36, 2006.

PEREIRA, Joaquim E. *"Um modo de olhar e situar o princípio da proporcionalidade"*, In MARCELO L. R. ZOVICO (org.), *Filosofia do Direito: Estudos em Homenagem a Willis Santiago Guerra Filho*, São Paulo: Clássica, 2012.

PLUTH, E. *"Alain Badiou, Kojève, and the Return of the Human Exception"*, In *Filozofski vestnik* vol. XXX, nº 2, 2009.

PROTEVI, John. *Political Physics: Deleuze, Derrida, and the Body Politic*, London: Athlone Press, 2001.

RAWLS, John (1972) *A Theory of Justice*, Cambridge, MA: Harvard University Press.

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. "Derrida, Luhmann e a questão da justiça", In GERMANO SCHWARTZ (org.) *Jurisdicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SPENCER-BROWN, G. "Selfreference, Distinctions and Time", In *Teoria Sociologica*, vols. 2-3, nº 1, Londres, 1993-1994.

TEUBNER, G. "Reflexives Recht: Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive", In *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, nº 68, Stuttgart, 1982.

TEUBNER, G. "Substantive and reflexive elements in modern Law", In *Law & Society Review*, vol. 17, nº 2, Denver, 1983.

TEUBNER, G. "Economics of Gift – Positivity of Justice: The Mutual Paranoia of Jacques Derrida and Niklas Luhmann", In *Theory, Culture & Society*, vol. 18, nº 1, Londres, 2001.

TEUBNER, G. "Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter". Trad. Iain L. Fraser, In OREN PEREZ/GUNTHER TEUBNER (eds.), *Paradoxes and inconsistencies in the law*, Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing, 2006.

A VIGENTE SITUAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL COMO AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Iago Almeida Barroso

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

Nelson Ricardo Gesteira Monteiro Filho

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

1. INTRODUÇÃO

O estudo pormenorizado do princípio inquebrantável da dignidade da pessoa humana, valor constitucional supremo e de seu respeito no cumprimento de sanção penal, de responsabilidade exclusivamente estatal, são essenciais para realizar comparação com a realidade fática, de sorte a descobrir se há correspondência entre tais contextos.

É com esse intuito que, inicialmente, far-se-á a contextualização histórica da restrição de liberdade como punição, identificando, em significativas civilizações, o papel do cárcere, sua evolução e suas consequências sociais, e citando o propósito do instituto prisão-pena. Dessa forma, será desenvolvido o conceito simplificado do princípio em apreço, inclusive com menção a Immanuel Kant, e exposta sua grandeza no âmbito constitucional, demonstrando que ele se expressa, frente ao Estado, como tarefa e como limite.

Em seguida, analisar-se-á a observação do cânone na execução penal, de modo a assinalar possíveis causas para a deturpação do princípio e, conseqüentemente, da função da cadeia moderna.

Além do mais, faz-se uma exploração sobre as funções que a pena deve cumprir no Estado brasileiro, respeitando e dando consecução ao princípio matriz do ordenamento jurídico nacional, a fim de possibilitar a ressocialização e a reeducação daquele que vai ao cárcere. Percebe-se, no entanto, que tais preceitos não estão sendo

cumpridos em solo pátrio, mormente nas penitenciárias, malsinando a dignidade do preso, o que impossibilita sua recivilização.

2. METODOLOGIA

A metodologia utilizada na elaboração da análise constitui-se em estudo descritivo-analítico mediante pesquisa bibliográfica e documental, de natureza qualitativa, utilizando a doutrina pátria e internacional, bem como a legislação brasileira, e, quanto aos fins, de natureza exploratória e explicativa.

3. DESENVOLVIMENTO

Parte I – Contexto histórico da evolução da privação da liberdade como sanção penal

Desde os primórdios, os homens estabelecem punições aos infratores das regras. Dos tempos em que imperava a autotutela, um conspícuo exemplo de documento repressor de descumprimentos é o Código de Hamurabi, baseado na Lei de Talião, a qual determina que a punição deve ser o espelho do crime. A figura da prisão está presente desde o Egito Antigo, quando não tinha essencialmente o caráter de sanção penal, de sorte a privar a liberdade, mas sim com o fito de conter os apenados para garantir a execução da verdadeira penalidade. No período medievo, a pena, mediante maus tratos, era utilizada como meio de manter o controle social, visando espalhar o medo. A crueldade na aplicação das penas continuou durante o Absolutismo, quando, inclusive, eram tratadas como um verdadeiro espetáculo, chamado suplício. O sistema penal baseado no sofrimento do condenado e a pena de morte começaram a enfraquecer junto com o modelo absolutista, uma vez que os meios utilizados para conter as massas não tinham eficácia contra a crescente criminalidade. É pertinente mencionar as correntes iluministas e humanitárias, que eram defendidas por Rousseau, Montesquieu e Voltaire e reprovavam os excessos abusivos da legislação penal da época.

Com fulcro nos ideais humanísticos, nasceu a instituição “prisão-pena”, que simboliza o efetivo acesso à benevolência da justiça penal. Esse modelo, até hoje relevante, propôs a moralização dos condenados através do trabalho, da instrução, da religião, de recompensas, de reduções de penas, entre outras. Nas prisões de modelo panóptico, baseadas no binômio vigilância-reclusão,

dispensando grades, correntes ou barras para a dominação, a meta era impedir a reincidência e permitir a correção. Assim, a privação da liberdade deixou de ser um instrumento arbitrário do absolutismo.

O auge da pena privativa de liberdade ocorreu quando se adotou o regime progressivo, após a Primeira Guerra Mundial. O citado modelo, conforme leciona Bitencourt, baseia-se em:

[...] distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador [...]. A meta do sistema tem dupla vertente: de um lado pretende constituir um estímulo à boa conduta e à adesão do recluso ao regime aplicado, e, de outro pretende que esse regime, em razão da boa disposição anímica do interno, consiga paulatinamente sua reforma moral e a preparação para a futura vida em sociedade. (Bitencourt, 2011, p. 79).

No que concerne ao cenário pátrio, o Brasil só criou legislação penal própria em 1830, com o Código Criminal do Império, o qual introduziu a prisão simples e a prisão com trabalho. Antes disso, eram comuns penas de morte, castigos corporais (açoite, queimaduras e mutilação), confisco de bens e humilhação pública. Ademais, não existia a previsão do cerceamento e privação de liberdade, consequentemente os presídios eram apenas locais de custódia.

Parte II – Aplicabilidade do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no Cumprimento das Penas no Brasil

A dignidade da pessoa, embora muito complexa para ser reduzida a uma definição, pode ser entendida como a garantia primordial de tutela e respeito ao indivíduo, em seus sentidos físico, psíquico e social, de modo a representar um limite e uma tarefa à atuação estatal e de particulares. É um valor constitucional supremo, podendo-se asseverar que sobrepaira toda a Constituição. Demonstra tamanha relevância a ponto de Ingo Sarlet considerá-la o “núcleo essencial de nossa Constituição formal e material” (SARLET, 2010, p. 71). A sua força jurídica começa a espargir efeitos desde o ventre materno, perdurando até a morte. Logo, é inerente à natureza humana, universal, comum a todos os seres humanos. Outrossim, envolve questões espirituais, como a autonomia de cada um, e

valores materiais, quais sejam saúde, alimentação, lazer, moradia e educação.

Nesse contexto, faz-se mister salientar que há um linde à execução das sanções penais pelo Estado: o princípio da dignidade da pessoa humana. As penas desumanas e bárbaras, características dos séculos anteriores, são incompatíveis com o Estado Constitucional Contemporâneo por malsinarem o aludido princípio.

Assim, há um mínimo existencial, que abarca direitos imprescindíveis a uma vida digna (saúde, educação fundamental e moradia), a ser respeitado, visto que, por ser uma norma-regra, tem jaez imperativo, de sorte a não permitir graduações. Sob outra ótica, o princípio da dignidade da pessoa humana é uma tarefa, uma vez que, por seguir a reserva do possível, busca o máximo resultado com o mínimo desgaste. Determinados direitos são concretizados tanto quanto permitam as disponibilidades materiais do Estado. Assim, a ponderação acerca da alocação de recursos e áreas a serem beneficiadas depende de certa política pública de redistribuição de renda.

Immanuel Kant, insigne filósofo do século XVIII, versou importantes apontamentos sobre o princípio em comento. Nos dizeres de Kant: “Agora eu afirmo: o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade.” (KANT, 2000, p. 58). Portanto, é vedada a instrumentalização do ser humano, sob pena de deturpar sua característica essencial.

Também defendia o autor que o homem é capaz de juízos éticos e morais; por isso detém autonomia da vontade para escolher entre o imperativo categórico e o hipotético. Essa autodeterminação potencial é a base da racionalidade humana e o substrato da dignidade da pessoa humana.

No que se refere à aplicabilidade do princípio na execução das penas privativas de liberdade, fica evidente que o sistema penitenciário nacional, em decorrência de diversos fatores, não propicia ao detento o ambiente ideal, o que impossibilita a efetivação da finalidade a que se destina a reclusão. O mais grave aspecto é o elevado contingente de presos. De acordo com dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, o Brasil tem a quarta maior massa carcerária do mundo, contando, em dezembro de 2014, com 622.202 presos, número superior à população de Aracaju.

Esse cenário, aliado à falta de investimento e manutenção das penitenciárias e presídios, tem por resultado um ambiente desumano, que estimula insurreições. É comum que as celas abriguem mais do que suas capacidades, acarretando problemas de ventilação, de repouso e de necessidades fisiológicas. Também há enorme risco de epidemias, já que o ambiente é fétido.

Ademais, a maneira como a sociedade vê os apenados muito contribui para a perpetuação do problema. A população externa ao ambiente prisional em geral não está preocupada com as condições às quais os detentos estão submetidos, uma vez que, segundo o Datafolha, em levantamento a pedido do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), divulgado em 3 de novembro de 2016, 57% dos brasileiros concordam com a frase “bandido bom é bandido morto”.

Isso respalda a omissão estatal quanto à manutenção das prisões. Um político prefere, tendo em vista sua reeleição, destinar recursos ao aumento da frota de viaturas, a título de exemplo, por ser um investimento mais visível ao eleitorado. É comum que se iniciem discussões acerca do meio carcerário quando eclodem rebeliões e mortes, todavia as opiniões majoritárias revelam medo de um dia cruzar nas ruas com um egresso do sistema prisional e ser dele uma vítima em potencial, o que comprova a dificuldade de ressocialização do ex-presidiário.

Em vez de debater reformas a serem implantadas, com supedâneo na dignidade da pessoa humana e na busca da reinserção social do apenado, o povo pede o enrijecimento da repressão penal, consistente no “Direito Penal do terror”, o qual se concretiza por intermédio dos fenômenos da inflação legislativa – representada dilatação excessiva da legislação penal – e da hipertrofia do Direito Penal – geradora de aumento de pena desmedido e injustificado dos tipos penais –, semeando tão-somente efeitos simbólicos, designados aos cidadãos, erigindo em suas mentes falsa sensação de segurança, e aos governantes, que são ludibriados pela impressão de estarem caminhando à paz pública.

Toda essa dissertação dá indícios do porquê de o Brasil ter um dos mais altos índices de reincidência do planeta. Assim, resta evidente que a capital função da cadeia hodierna, que é caracterizada pela conjugação entre punir e reinserir, vem sendo, no cenário brasileiro, alarmantemente desvirtuada.

Parte III – A Incongruência entre o Sistema Penitenciário Pátrio Vigente e o Efetivo Respeito às Funções da Pena e ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O Estado utiliza a pena para facilitar e regulamentar a convivência dos homens em sociedade, sendo unânime, no mundo da ciência do Direito Penal, a afirmação segundo a qual ela se justifica por sua necessidade. Nesse sentido, tornar-se-ia impossível a harmonia entre os seres sociais sem que a pena fosse consagrada dentre os institutos de regularização da normalidade sociológica. No escopo de encontrar seu fundamento de validade, surgiram diversas teorias para explicar o sentido, a função e a finalidade da sanção penal.

A primeira delas é a teoria absoluta ou retributiva da pena, nascida no Estado absolutista, em que o regime impunha pena a quem, agindo contra a figura do soberano, rebelava-se também contra o próprio Deus, o que dava fundamento a sanções arbitrárias de natureza grave, desvirtuando a possibilidade de defesa do réu em prol do juízo discricionário do governante. Sob a óptica desse período, a pena passa a ser concebida como a retribuição à perturbação da ordem jurídica, com o único fim de se realizar o ideal de justiça, passando a ser um fim em si mesma.

Acerca dessa lógica, assevera Bitencourt (2011, p. 119) que “com a aplicação da pena consegue-se a realização da justiça, que exige, diante do mal causado, um castigo que compense tal *mal* e retribua, ao mesmo tempo, o seu autor”. Verifica-se, assim, que a sanção penal coincide com o castigo físico e psicológico ao detento. Demonstrando a fraqueza dessa concepção, não se pode compreender racionalmente como é possível eliminar um mal (o delito) com outro mal (a pena no sentido retributivo), afirmando esse ideal ser consequência do impulso de vingança humano, o qual é incapaz de resolver os problemas sociais.

Por conseguinte, surgem as teorias relativas ou preventivas da pena, as quais possuem imensa diferença perante as teorias absolutas, tendo em vista que “buscam fins preventivos posteriores e fundamentam-se na sua necessidade para a sobrevivência do grupo social” (BITENCOURT, 2011, p. 132). Para a tese em comento, a pena não visa a retribuir o fato delitivo cometido – como o fazia a absoluta –, mas sim prevenir sua realização, defendendo que a pena se impõe para que o agente não volte a delinquir. Essa teoria divide-

se em prevenção geral e prevenção especial. A primeira argumenta ser por meio da ameaça gerada pelo tipo penal aos cidadãos que se cumpre a finalidade última da pena, pois os cidadãos se absteriam de cometer delitos; é, pois, uma “coação psicológica”, com a qual se pretende evitar o fenômeno delitivo. Sob a óptica dessa ideia, substituir-se-ia o poder físico, poder sobre o corpo, pelo poder sobre a alma, sobre a psiquê. Não obstante tenha trazido importantes inovações à Ciência do Direito Penal, por si só, não logra efetividade, como sustenta Bitencourt (2011, p.35):

É possível aceitar que o homem médio em situações normais seja influenciado pela ameaça da pena. Mesmo assim, a experiência confirma, isso não acontece em todos os casos, estando aí como exemplos os delinquentes profissionais, os habituais ou os impulsivos ocasionais. Resumindo, “cada delito já é, pelo só fato de existir, uma prova contra a eficácia da prevenção geral.

A prevenção especial, por sua vez, também busca evitar a prática do delito, mas, ao contrário da prevenção geral, dirige-se exclusivamente ao delinquente em particular, objetivando que este não volte a delinquir. Nesta tese, para que seja possível impedir a reincidência, a pena obedece a uma ideia de ressocialização e reeducação do apenado. Um dos grandes méritos da teoria preventivo-especial é o fato de chamar atenção à pena sob dupla perspectiva: pragmática e humanizadora. Assim, sendo necessária uma mudança de perspectiva na razão daquele que atentou contra algum dos bens jurídicos considerados essenciais à manutenção da ordem social, torna-se indispensável uma pena de caráter humanizador, que seja capaz de efetivar o fim de reeducação do criminoso, transfigurando o delinquente em cidadão, capaz de ser reinserido no meio social.

A Carta Magna brasileira traz expresso o princípio da humanização das penas em seu art. 5º, XLIX, segundo o qual “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”, vedando o tratamento cruel e, por corolário, a unilateralidade da perspectiva retributiva da penalidade. Embora seja vital a qualquer entidade sociológica, ainda é grande obstáculo à ideia ressocializadora a dificuldade de colocá-la em prática.

Finalmente, ainda no que concerne às funções desempenhadas pela sanção penal, firmou-se, majoritariamente, no Estado brasileiro, a teoria mista ou unificadora da pena, que busca recolher os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas. Entende-se que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são aspectos de

um mesmo e complexo fenômeno: a pena. Esse aspecto tríplice da sanção penal deveria demonstrar-se consolidado em três momentos. No primeiro, mediante a conversão de fato determinado em norma penal, estar-se-ia a garantir a prevenção geral, por produzir nos cidadãos coação psicológica, atuando contrariamente à prática delituosa. No segundo, concretizada a conduta penalmente defesa, e respeitado o devido processo legal, mormente no que concerne à ampla defesa e ao contraditório, aplica-se a retribuição, consistente na aplicação da pena em concreto, no tocante aos limites do tempo a ser cumprida, ao tipo de regime e à culpabilidade. No terceiro e último instante, aplicar-se-ia, na fase da execução penal, isto é, durante o cumprimento do regime privativo de liberdade, a reeducação e a ressocialização do apenado, com o fito de repô-lo, devidamente, no âmbito social.

Sob esse viés, percebe-se na legislação de execução penal brasileira, abordada na Lei nº 7.210/84, disposições que coadunam os três aspectos da pena, dando especial atenção àquele capaz de atingir a finalidade última da Ciência do Direito, tocante à paz social: o preventivo-especial, referente à ressocialização. Recivilizando o indivíduo que cometeu um ilícito penal, torna-se possível a convivência harmônica na presente relação entre o ex-detento e a comunidade, pois aquele não torna a ferir os princípios desta. Ademais, respeita e dá consecução aos fins colimados pelo princípio matriz do Direito Constitucional pátrio: a dignidade da pessoa humana, já explicitada neste texto.

Pertinentemente à Lei de Execução Penal e às diretrizes mandamentais por ela impostas, é oportuno prospectar certos dispositivos considerados essenciais para o respeito aos direitos humanos, notadamente os consagrados como fundamentais pelo constituinte de 1988, os quais são de observância compulsiva, sob pena de malsinar a própria condição de Estado Constitucional Contemporâneo. Exemplificativamente, nas penitenciárias – as quais se destinam ao cumprimento de pena de reclusão, em regime fechado – é garantido que:

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana. b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

Não obstante o dispositivo traga à tona o respeito à dignidade da pessoa humana e, por decorrência, a possibilidade de lograr efeitos quanto à ressocialização e à reeducação do executado penalmente, não ocorre dessa maneira na prática.

Com efeito, diametralmente oposta é a facticidade dos presídios pátrios. Conforme dados estatísticos, divulgados pelo Ministério da Justiça, enquanto são ofertadas 371.459 vagas nos sistemas prisionais, o número de presos é 615.933. Tal superlotação, além de ir de encontro à aludida norma, gera a impossibilidade da realização do fim preventivo-especial da pena, por ser improvável a reeducação do preso nessas condições. Por fim, no Brasil, a pena não cumpre sua tríplice função, cingindo-se ao “Direito Penal do terror” e à retribuição, o que nos faz retornar à égide das teorias absolutas. Tal cenário reforça o pensamento de Ferdinand Lassalle (2000, p. 25), que obtempera “[...] mais dia menos dia, a constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá, necessariamente, perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país.”

CONCLUSÃO

Elaborado o conceito de dignidade da pessoa humana, fica evidente que tal preceito não está, no cenário brasileiro, funcionando como obstáculo aos abusos do Estado na execução penal. Os apenados, ao serem submetidos a condições cruéis e degradantes, são desrespeitados em seus aspectos físico, psíquico e social, bem como obsta efetividade das funções colimadas pela teoria da pena. Dessa forma, a missão da reclusão é gravemente corrompida, de sorte a fazer que o Brasil, quanto ao cumprimento de pena, malsine um fundamento da Carta de Outubro de 1988.

Um relevante fator causador dessa mazela é o pensamento da sociedade em geral sobre o detento, que, não obstante corrobore com a omissão estatal na manutenção das penitenciárias, obstaculiza a ressocialização do indivíduo, aumentando a reincidência e elevando o número de presos. Cabe à sociedade como um todo refletir sobre suas opiniões, tendo em vista que o princípio não deve ser observado apenas pelo Poder Público. Essa consciência mostra-se essencial à efetividade do princípio em comento.

Outro problema é o do caráter “folha de papel” dos comandos normativo-penais e constitucionais brasileiros, que são frontalmente descumpridos nos presídios. Dentre essas prescrições que sucumbem

à facticidade pátria, cite-se as finalidades às quais se destinam a sanção penal, fortemente abaladas pelo modo que são tratados os detentos no hodierno sistema penitenciário nacional, sendo mais um empecilho à recivilização do apenado, donde exsurge a teoria preventivo-especial, que é matriz à convivência social entre os indivíduos, de sorte a impedir futura transgressão à norma penal, concretizando a tese preventivo-geral. Diante desses fatos, sobra, como alternativa, a via da responsabilização internacional da União Federal, por meio da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para buscar a efetivação do vital princípio constitucional.

REFERÊNCIAS

1. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
2. BRASIL. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1988.
3. BRASIL. Lei nº 7.210. Lei de Execução Penal. Brasília, DF, Senado, 1984. Publicada no Diário Oficial da União.
4. KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. São Paulo: Ediouro, 2000.
5. LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
6. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
7. Número de presos dobra em 10 anos e passa dos 600 mil no país. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/numero-depresos-dobra-em-10-anos-e-passa-dos-600-mil-no-pais.html>> Acesso em: 6 de mai. de 2020.
8. Número de presos no Brasil mais que dobra em 14 anos. Disponível em: <<https://www.ufjf.br/ladem/2016/04/27/numero-de-presos-no-brasil-mais-que-dobra-em-14-anos/>> Acesso em: 6 de mai. de 2020.
9. Para 57% dos brasileiros, “bandido bom é bandido morto”, diz Datafolha. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/11/para-57-dos-brasileiros-bandido-bom-e-bandido-morto-diz-datafolha.html>> Acesso em: 7 de mai. de 2020

O ENFRAQUECIMENTO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E O BRASIL

Igor de Albuquerque Pereira Cavalcante

Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas; Especialidade em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;
Pós-graduando em Direito e Relações Internacionais pela Universidade de Fortaleza; Membro da Comissão de Direito Internacional da OAB/CE.

1. INTRODUÇÃO

O presente ensaio jurídico intitulado “O Enfraquecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o Brasil” possui como objetivo principal promover a análise e debate, de certo modo ineficaz na atualidade, acerca da possibilidade de, frente ao atual sistema político brasileiro responsável pelas decisões de limitação da atuação do Sistema Interamericano dos Direitos Humanos, buscar promover e preservar a garantia eficiente dos direitos humanos frente a graves violações constatadas. A atual situação no cenário internacional de apreensão da população com relação à pandemia, instabilidade econômica e postura política indevida de alguns governos na garantia de direitos humanos, predominantemente na garantia dos direitos sociais da população, são alguns dos desafios e perspectivas no horizonte.

Ponderando-se esta situação, para que haja uma lógica formal e cronológica de análise, a abordagem do tema será iniciada com a apreciação dos fundamentos, evolução histórica e definição do Direito Internacional Público e do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Assim, no Capítulo I, será analisada a concepção, a evolução, a classificação e principais documentos dos direitos humanos, sua estruturação normativa, a atuação da ONU e os principais desafios. Será abordada ainda a relação dos direitos humanos com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

O Capítulo II, por sua vez, fará uma elaborada digressão e análise histórica da proteção internacional dos direitos humanos no Brasil, desde os primeiros atos normativos adotados até posicionamentos e críticas diversas da política brasileira ao longo da história no que se refere aos desafios enfrentados pela defesa e preservação dos direitos humanos no país.

O Capítulo III versará sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e sua relação com o Brasil, considerando-se o início da participação do Brasil neste sistema e a recente política brasileira. Serão feitas reflexões e críticas sobre a postura do atual Governo Federal diante das políticas públicas e comportamentos adotados com relação aos problemas enfrentados no cenário nacional atualmente, podendo significar violações graves de direitos humanos e o enfraquecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Neste sentido, o presente ensaio científico configura-se como um trabalho eminentemente conceitual e reflexivo, voltado à análise teórica do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e como tem sido sua relação com o Brasil, em especial no presente contexto brasileiro e internacional de crise econômica e instabilidade social causada pela pandemia.

1. O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E OS DIREITOS HUMANOS

Dentre os diversos ramos do direito, o Direito Internacional Público é, sem dúvida, um dos mais fascinantes. Sua formação histórica e desenvolvimento normativo e institucional são objetos de estudo do maior grau de riqueza e complexidade jurídica. Neste sentido, seu caráter evolutivo apresenta-se como uma de suas características mais especiais e intrínsecas, perpassando sua complexidade, independentemente da especificidade da matéria que dentro de sua seara intente-se discutir e estudar.

Partindo dessa premissa, o Direito Internacional, denominado Direito das Gentes (*ius Gentium*) no período clássico-jurídico romano, é a vertente do campo das Ciências Sociais Aplicadas, subdividindo-se em Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado. Define-se o Direito Internacional como sendo o direito oposto à sociedade internacional, ou seja, o direito que se aplica às relações jurídicas firmadas entre os Estados e as Organizações

Internacionais enquanto sujeitos de Direito Internacional. Há parcela da doutrina internacionalista, entretanto, embasada em uma concepção humanista e ampliada do Direito Internacional, este também se aplica às relações jurídicas estabelecidas entre os Estados, as Organizações Internacionais e os indivíduos, igualmente assim considerados, portanto sujeitos de Direito Internacional (TRINDADE, 2006).

Contudo, o atual estágio evolutivo no qual se encontra o Direito Internacional em relação ao escopo de seus sujeitos e de suas características fundamentais nem sempre foi uma realidade. Ao contrário, dentro da teoria clássica do Direito Internacional, autônoma e sistematizada, sobretudo, a partir do final do século XVII, após a assinatura dos tratados de Munster e Osnabruck, conhecidos como Tratados de Paz de Westfália, apenas o Estado era considerado sujeito de Direito Internacional (TRINDADE, 2006).

Nesse contexto, sob a lógica da igualdade formal soberana, na qual todos os Estados que compunham a sociedade internacional, ao se relacionarem jurídica ou diplomaticamente com seus pares, eram considerados igualmente dotados de soberania e, portanto, a estes nada poderia ser imposto que não na medida exata de sua respectiva vontade, interesse e prévia anuência, o Direito Internacional caracterizava-se por ser um sistema jurídico voluntarista, de coordenação horizontal dos anseios estatais e baseado, fundamentalmente, no consentimento.

Com o passar dos séculos e, especialmente, após a ocorrência da I e da II Guerras Mundiais, referidas características foram revisadas à luz de, pelo menos, quatro novas tendências que levaram o Direito Internacional a um movimento de transformação evolutiva, porém sem ocasionar a absoluta superação e rompimento da relação estatal tradicional. No campo normativo, o movimento de codificação do Direito Internacional, através da celebração de um vasto número de tratados internacionais pelos Estados e pelas Organizações Internacionais, com destaque para os tratados constitutivos de Organizações Internacionais, bem como para os tratados temáticos em áreas específicas de interesse global (direitos humanos, segurança internacional, direito humanitário, meio ambiente, comércio internacional, por exemplo), configura-se como o primeiro grande fator atual de transformação do Direito Internacional. Neste sentido, em relação às Organizações Internacionais, fica evidente a atribuição a elas de personalidade jurídica internacional, elevando-as

à categoria de um dos principais e mais atuantes sujeitos de Direito Internacional.

Não obstante, o fenômeno da regionalização do Direito Internacional, em oposição a seu caráter tradicionalmente universalizador, caracteriza-se como sua segunda tendência evolutiva materializada na criação de espaços regionais Organização internacional desta natureza, com a intenção de aprofundar laços de cooperação e solidariedade em diversas áreas de interesse e em diferentes regiões do mundo. O exemplo mais latente é, certamente, o da União Européia (UE), com suas diversas e consolidadas instituições e normas endereçadas à regência e aprofundamento do processo de integração, alavancadas e embasadas, sobretudo, no processo de globalização neoliberal (MARQUES; JESUS, 2008).

O terceiro e, talvez, mais relevante elemento transformador da concepção clássica do Direito Internacional, de introspecção necessária à adaptação deste aos novos desafios da agenda e das relações internacionais, é a sua humanização. A partir do surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH) e posteriores documentos internacionais de proteção à pessoa humana – que estabeleceram, inclusive, órgãos jurisdicionais de proteção e defesa dos interesses dos indivíduos – a humanização do Direito Internacional, tanto em relação às conquistas materiais e substantivas de proteção alcançadas, quanto em se tratando da elevação dos seres humanos ao status de sujeitos de Direito Internacional, é uma vitória para a humanidade. Sedimentou-se, em muito, o modelo setecentista da superioridade unívoca do Estado em regime de subordinação jurídica a seus cidadãos.

A jurisdicionalização do Direito Internacional é, por fim, o quarto e catalisador fenômeno que demonstra a evolução atual do Direito Internacional Contemporâneo (LAGE, 2008). Configura-se como consequência lógica e acumulativa dos outros três desdobramentos modernizadores do Direito Internacional já mencionados, e, de maneira destacada, contribui, fundamentalmente, para proteção internacional dos indivíduos frente às graves e generalizadas violações de direitos humanos que, nos ditames de Valério Mazzuoli, se dão da seguinte forma:

Na medida em que se desenvolvem as regras de proteção internacional dos direitos humanos, avulta de importância a criação de tribunais internacionais de variada natureza para declararem sobre

as mais diversas questões envolvendo aspectos ligados a violações de direitos humanos. Procura-se, cada vez mais, superar os regimes das cláusulas facultativas rumo à institucionalização e imposição da jurisdição internacional obrigatória (MAZZUOLI, pp. 35-36, 2007).

O Direito Internacional dos Direitos Humanos estabelece as obrigações dos governos de agirem de determinadas formas ou de se absterem de certos atos, a fim de promover e proteger os direitos humanos e as liberdades de grupos ou indivíduos.

A expressão formal dos direitos humanos ocorre através de normas internacionais de direitos humanos, que consistem, principalmente, de tratados e costumes, bem como declarações, diretrizes.

Na Roma Antiga, existia o conceito jurídico da concessão da cidadania romana a todos os romanos. O cristianismo, durante a Idade Média, afirmou a defesa da igualdade de todos os homens numa única dignidade. Durante esta época ainda, os filósofos cristãos desenvolveram a teoria do direito natural, em que o indivíduo está no centro de uma ordem social e jurídica justa, mas a lei divina tem prevalência sobre o direito laico tal como é definido pela autoridade civil presente.

Na segunda metade do século XIV surgiu na Itália um movimento filosófico, literário e estético denominado Humanismo. Este movimento exaltava o valor humano como meio e finalidade. O Humanismo difundiu-se por toda a Europa e caracterizou o início da cultura moderna.

De acordo com o pensamento humanista tradicional, o valor fundamental de uma doutrina é o homem, seu sentimento, sua originalidade e sua superioridade sobre os outros animais. O homem passa a ser visto como um ser que pode construir seu próprio destino, um ser que constitui o centro do universo (antropocentrismo).

O Humanismo foi um aspecto fundamental do Renascimento, mais precisamente o aspecto em virtude do qual o Renascimento é o reconhecimento do valor do homem em sua totalidade e a tentativa de compreendê-lo em seu mundo, que é o da natureza e da história (ABBAGNANO, 2003).

É possível identificar três fases distintas do movimento humanista: a fase precedente (1304-1374), que prenunciava o Humanismo na sua versão mais primitiva e pouco pragmática, com destaque nesta fase para Francesco Petrarca (1304-1374), considerado o “Pai do Humanismo”, e Giovanni Boccaccio (1313-1375), escritor

de literatura humanista precursora denominada “Decameron”; a fase intermediária (1374-1494), marcada pela queda de Constantinopla e morte do filósofo Pico della Mirândola (1463-1494); e o período áureo do Humanismo (1494-1564), marcado pelo término do Concílio de Trento, a contraposição da cultura antiga com a escolástica da Idade Média e o contributo de Erasmo de Roterdã para a Reforma Protestante, momento de tensão ideológica entre o homem e os dogmas.

Atualmente, o Humanismo pode ser entendido como qualquer movimento filosófico que tome como fundamento a natureza humana ou os limites e interesses do homem. Ser humanista significa, portanto, valorizar o ser humano, defendendo-o das injustiças sociais impostas pela ordem vigente. Significa, ainda, colocar o homem e sua dignidade acima de tudo na complexidade das relações sociais. É o homem sobrepondo-se aos dogmas, preconceitos e instituições injustas.

Muitos filósofos e historiadores do direito consideram que não se pode falar de direitos humanos até a modernidade no Ocidente. A sociedade baseava-se em grupos como a família, a linhagem ou as corporações laborais, não sendo considerada a singularidade do ser humano. Na verdade, a ideia então concebida era de que qualquer faculdade do indivíduo derivava da família ou da sociedade.

É importante destacar que a ideia atual de direitos subjetivos foi objeto de debates durante os séculos XVI, XVII e XVIII, sendo a afirmação dos direitos humanos produto de progressivos avanços e retrocessos na evolução histórica da luta burguesa contra o Antigo Regime. Suas raízes podem ser encontradas tanto no mundo clássico quanto na afirmação do cristianismo da dignidade moral do homem enquanto pessoa.

Com a Idade Moderna, os racionalistas dos séculos XVII e XVIII, reformularam as teorias do direito natural deixando este de estar submetido a uma ordem divina. Para os racionalistas, todos os homens são, por natureza, livres, e têm certos direitos inatos de que não podem ser despojados enquanto em sociedade, ideia que inspirou posteriormente o sistema internacional de direitos humanos.

A discussão destas teorias produziu frutos na Inglaterra e EUA. A Magna Carta (1215), que limitou a arbitrariedade do poder do monarca, influenciou diversos documentos, como o Habeas Corpus (1679), que foi a primeira tentativa para impedir as detenções ilegais. A Declaração Americana da Independência surgiu no dia 4 de julho de 1776, constando os direitos naturais do ser humano que o poder

político deve respeitar. Esta declaração teve a base da Declaração de Virgínia, proclamada em 12 de junho de 1776, onde estava expressa a noção de direitos individuais.

Outros documentos importantes surgiram posteriormente a exemplo da Petição de Direito (1628), elabora pelo Parlamento Inglês e enviado para Carlos I como uma declaração de liberdades civis, limitando decisões do monarca sem a autorização do Parlamento.

Após a Revolução Gloriosa, em 1689, o Parlamento impôs a Guilherme III da Inglaterra, no *Bill of Rights* (Declaração dos Direitos dos Cidadãos dos Estados Unidos), uma série de princípios sobre os quais os monarcas não podiam decidir. Com 10 emendas, a declaração de direitos foi fundamental para a fundação dos EUA como um país, sendo parte integrante da Constituição Americana em vigor.

No século XVII e XVIII, filósofos europeus, destacando-se John Locke, desenvolveram o conceito de direito natural. Os direitos naturais, para Locke, não dependiam da cidadania nem das leis de um Estado, nem estavam necessariamente limitadas a um grupo étnico, cultural ou religioso em particular. A teoria do contrato social, de acordo com seus três principais formuladores, o já citado Locke, Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau, se baseia em que os direitos do indivíduo são naturais e que, no estado de natureza, todos os homens são titulares de todos os direitos.

O processo de independência dos Estados Unidos foi deflagrado em 1776, contexto em que foi publicada uma declaração que acentuava os direitos individuais e o direito de revolução. Essas ideias não só foram amplamente apoiadas pelos cidadãos estadunidenses, mas também influenciaram acontecimentos significativos em outros países posteriormente.

A primeira declaração dos direitos humanos da época moderna é a Declaração de Direitos de Virgínia de 12 de junho de 1776, escrita por George Mason e proclamada pela Convenção de Virgínia. Esta medida influenciou Thomas Jefferson na declaração dos direitos humanos que existe na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América de 4 de julho de 1776, assim como também influenciou a Assembleia Nacional francesa em sua declaração, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Esta declaração e as reivindicações ao longo dos séculos XIV e XV em prol das liberdades proporcionaram o desenvolvimento dos direitos humanos e definiram os direitos econômicos e sociais.

Com inspiração no iluminismo, o documento francês foi fundamentado nos preceitos de igualdade, liberdade e fraternidade, proclamando a igualdade dos homens, a liberdade individual e o direito de resistência à opressão. Busca assegurar que todos os homens tivessem o mesmo poder e direitos impedindo que a dominação voltasse a se repetir.

A noção de direitos humanos não experimentou grandes mudanças até o século seguinte. Com o início das lutas operárias, surgiram novos direitos que pretendiam solucionar problemas sociais através da intervenção do Estado. Neste processo, são importantes a Revolução Russa e a Revolução Mexicana.

No século XX, a Constituição da República de Weimar, de 11 de agosto de 1919, na qual tiveram destaque os direitos sociais, serviria de base para o futuro reconhecimento dos direitos fundamentais.

O contexto de preconceito social após a Crise de 1929 na União Soviética e Alemanha fez com que um número significativo de *displaced people* (refugiados e apátridas) fossem destituídos dos benefícios relacionados ao vínculo efetivo com qualquer ordem jurídica nacional, ocorrendo uma ruptura da relação elementar da trindade Povo-Estado-Território (ARENDET, 1989).

Desde o estabelecimento das Nações Unidas em 1945, com fundamento na história lamentável dos horrores da Segunda Guerra Mundial, um de seus objetivos fundamentais tem sido promover e encorajar o respeito aos direitos humanos para todos, conforme estipulado na Carta das Nações Unidas:

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, [...] a Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e toda as nações [...] (*Preamble of The Universal Declaration of Human Rights*).

A DUDH, adotada e proclamada pela Assembleia Geral da ONU na Resolução 217-A (III) de 10 de dezembro de 1948, foi um acontecimento histórico de grande relevância. Ao afirmar, pela primeira vez em escala global, o papel dos direitos humanos na convivência coletiva, pode ser considerada um evento introdutório de uma nova concepção da vida internacional.

Dentre os diversos direitos garantidos pela Declaração Universal, destacam-se o direito a não ser escravizado, de ser tratado com igualdade perante as leis, direito à livre expressão política e religiosa, à liberdade de pensamento e de participação política. O lazer, a educação, a cultura e o trabalho livre e remunerado também são garantidos como direitos fundamentais.

A DUDH é o primeiro texto de alcance internacional que trata de maneira abrangente da importância dos direitos humanos. É um marco na afirmação histórica e emancipatória do ser humano representada pela promoção destes direitos como critério organizador e humanizador da vida coletiva na relação governo-indivíduo. No plano internacional, representa um evento inaugural, à semelhança do que foi, a seu tempo, no plano interno, a passagem do dever dos súditos para os direitos dos cidadãos

A internacionalização dos direitos humanos foi antecipada no plano das ideias pela reflexão do filósofo Kant. Como é sabido, o centro da doutrina moral de Kant é o ser humano que não tem preço, mas dignidade, e, por isso, é concebido como um fim em si mesmo não devendo ser tratado como meio, pois não tem equivalente (KANT, 1986). Esta visão do ser humano, não só no plano interno dos Estados, mas no internacional, ecoa nas primeiras considerações da Declaração Universal.

A DUDH é fundamental na nossa sociedade, pois quase todos os documentos relativos aos direitos humanos têm, como referência, esta Declaração, a qual alguns Estados fazem referência direta nas suas constituições nacionais.

Foi nesse contexto que, no período entre 1945 e 1966, nasceram vários documentos. A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (1950) e a Carta Social Europeia (1961) são documentos que merecem menção e compõem o Sistema de Direitos Humanos da União Europeia. Todavia, destaca-se no período mencionado os Pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1966.

Assim, a junção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os dois pactos efetuados em 1966, nomeadamente o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, assim como os dois Protocolos Facultativos do Pacto dos Direitos Civis e Políticos (que, em 1989, aboliu a pena de morte), constituem a Carta Internacional dos Direitos do Homem.

Em 1977, no continente africano, foi aprovada a “Declaração Universal dos Direitos dos Povos”. Ao enunciar princípios referentes aos direitos de todos os povos, esta declaração expressa a necessidade de garantia à autodeterminação política, ao desenvolvimento econômico, à cultura, ao meio ambiente e aos direitos das minorias. Tem a preocupação de construir uma nova ordem internacional mais solidária e cooperativa. Ainda no continente africano, foi instituída a Organização de Unidade Africana e assinada a “Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos” (1981) (AFRICAN CHARTER ON HUMAN AND PEOPLE RIGHTS).

Além de ter redigido o documento central que trata dos Direitos Humanos no mundo, a ONU tem a tarefa de garantir a aplicação de tais direitos. Porém, a organização não pode atuar como central reguladora ordenando ações dentro dos países e governos. O que a ONU pode fazer são recomendações para que os países signatários sigam os preceitos estabelecidos no documento e, em caso de descumprimentos dos preceitos firmados em tratados, responsabilizar internacionalmente os Estados.

Além de recomendações, são comuns ações estratégicas envolvendo os países signatários para pressionar governos para que respeitem os Direitos Humanos dentro de seus territórios, como embargos econômicos, cortes de relações comerciais, restrições em zonas de livre comércio e restrições ou corte de relações exteriores.

Alegações com base na DUDH podem ser feitas para evitar ações que violem direitos de réus ou criminosos, como o cárcere injustificado, a tortura ou assassinato. Os direitos humanos incluem o direito à vida e à liberdade, à liberdade de opinião e de expressão, o direito ao trabalho e à educação, entre muitos outros. Todos merecem estes direitos, sem discriminação.

Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), os direitos humanos são “garantias jurídicas universais que protegem indivíduos e grupos contra ações ou omissões dos governos que atentem contra a dignidade humana”. São exemplos de direitos humanos o direito à vida, direito à integridade física, direito à dignidade, entre outros (UNITED NATIONS CHARTER).

Os direitos humanos constituem direitos inerentes ao ser humano. São assegurados a todo e qualquer ser humano, sem discriminação por classe social, raça, nacionalidade, religião, cultura, profissão, língua, opinião política, orientação sexual ou qualquer outra condição possível que possa diferenciar os seres humanos.

O jurista Celso de Albuquerque Mello refere-se aos direitos humanos dizendo que esses direitos são concebidos de forma a incluir reivindicações morais e política que no consenso contemporâneo, todo ser humano tem o dever de ter perante sua sociedade ou governo, reivindicações essas como de direito e não apenas por amor, graça ou caridade (MELLO, 2001).

Os direitos humanos são os direitos básicos de todos os seres humanos. São direitos civis e políticos (direito à vida, à propriedade privada, à língua materna, liberdade de pensamento, de expressão, de crença, igualdade formal, direitos à nacionalidade, de participar do governo do seu Estado; direitos econômicos, sociais e culturais (direito ao trabalho, à educação, à saúde, à previdência social, à moradia, à distribuição de renda, entre outros); direitos difusos e coletivos (direito à paz, direito ao progresso, autodeterminação dos povos, direito ambiental, direitos do consumidor, inclusão digital, entre outros) (PIOVESAN, 2015).

Outra questão intrigante relativa aos direitos humanos foi levantada pelo jurista Manoel Gonçalves Ferreira Filho, quando adverte para o risco de uma possível vulgarização dos direitos humanos: “é preciso atentar para o fato de que a multiplicação de direitos fundamentais vulgariza e desvaloriza a ideia” (FERREIRA FRANCISCO, 2001).

As teorias que defendem o universalismo dos direitos humanos ainda hoje se contrapõem ao denominado relativismo cultural (ou multiculturalismo) presente em regiões africanas e asiáticas, que afirma a validade de todos os sistemas e a impossibilidade de qualquer valorização absoluta desde um marco externo, que, neste caso, seriam os direitos humanos universais. Entre essas posturas extremas, encontra-se ainda uma gama de posições intermediárias.

A visão ocidental-capitalista dos direitos humanos, centrada nos direitos civis e políticos, como a liberdade de opinião, de expressão e de voto, confrontou, durante a Guerra Fria, o idealismo socialista, que privilegiava a satisfação das necessidades elementares, porém suprimia a propriedade privada e a possibilidade de discordar e de eleger os representantes com eleições livres de múltiplas escolhas (BELLAMY, p. 60, 2003).

O principal fundamento dos direitos humanos é a garantia da dignidade. Todos os seres humanos devem ter reconhecido seu direito a ter direitos. Isso significa que todas as pessoas devem ter a garantia de viver dignamente. Portanto, violências no campo físico,

moral, psíquico, social, cultural são inaceitáveis. Mas, na realidade, os princípios que norteiam a dignidade humana estão longe de serem adotados de forma integral na nossa sociedade.

Os direitos humanos são universais, isto é, sua extensão alcança todo e qualquer tipo de ser humano, sem discriminação, não servindo para proteger e beneficiar alguns em detrimento da condenação de outros. São também inalienáveis, não podendo ninguém ser privado de acessá-los. É claro que existem restrições, como é o caso da pessoa condenada por um crime e que, por isso, vai ter sua liberdade confiscada. Os artigos da declaração são indivisíveis e interdependentes, sendo que a violação de um deles é o suficiente para que ocorra uma quebra de confiança em todos, autorizando um desrespeito progressivo. Na prática, uma vez ultrapassado o limite estabelecido para a preservação da dignidade, nenhuma vida está a salvo.

O senso comum tende a tratar os Direitos Humanos de maneira equivocada, pois algumas ocorrem reiteradamente sobre o assunto. Para tanto, sendo direito consuetudinário e reconhecido historicamente e juridicamente por documentos oficiais, não constitui invenção. A crença do senso comum de que direitos humanos protegem certas pessoas é equivocado, pois sua proteção é universal, alcançando todas as pessoas sem distinção. Os Direitos Humanos não são sujeitos jurídicos, visto que, enquanto uma ideia, um conceito que não existe fisicamente, podem apenas ser aplicados em determinadas situações, não sendo possível a atribuição de responsabilidade com relação a um fato específico que insatisfaça interesse de grupo social específico. Portanto, observa-se que ainda hoje há desconhecimento e desinformação acerca de temática tão valiosa e essencial para todos.

Em 1979, em uma conferência do Instituto Internacional de Direitos Humanos, Karel Vasak propôs uma classificação dos direitos humanos em gerações, inspirado no lema da Revolução Francesa (liberdade, igualdade, fraternidade). O jurista brasileiro Paulo Bonavides defende que o direito à paz, segundo Karel Vasak seria um direito de terceira geração, merece uma maior visibilidade, devendo compor a quinta geração de direitos humanos.

A expressão “geração” foi objeto de críticas por alguns juristas. Ingo Wolfgang Sarlet entende que a expressão “dimensão” seria mais adequada, pois não seria possível negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais significa um processo cumulativo de direitos, podendo a expressão “geração” ensejar a

falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra (SARLET, 2001).

De fato, não está correto pensar que os direitos humanos se substituem ao longo do tempo, pois na verdade há um processo de cumulação e expansão permanente. Entende-se também que esta e outras classificações existem precipuamente para melhor didática e compreensão do assunto nos ensinamentos universitários.

A soberania nacional de cada país significa que cada um dos países tem a responsabilidade por garantir os direitos humanos dentro de seu território. Mas na fiscalização destes direitos atuam também instituições de direitos humanos, organizações profissionais, instituições acadêmicas, grupos religiosos, organizações não governamentais, entre outros.

Embora existam diversos documentos e instrumentos para garantir os direitos humanos, na prática, há uma grande dificuldade em tirar esses planos do papel. O desafio para a eficácia dos direitos humanos está relacionado principalmente à falta de vontade política, muitas vezes sob a justificativa dos altos custos dos investimentos sociais.

Direitos Humanos não são apenas leis presentes em um documento. Eles refletem decisões que tomamos e situações que vivenciamos diariamente, sobre nosso cotidiano.

3. DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

A história dos direitos humanos no Brasil está intimamente ligada com a história das constituições brasileiras. A evolução da discussão sobre direitos humanos pode ser observada pelas diversas constituições já promulgadas.

A Constituição de 1824 foi a primeira a garantir a propriedade, a segurança individual e a liberdade como direitos de todos os cidadãos, embora tivesse suas limitações, já que só uma pequena parcela da população era considerada como cidadão na época, o poder permanecia concentrado na figura do imperador e a escravização do povo negro estava longe do fim.

Na constituição de 1891, a primeira constituição republicana, garantiu sufrágio direto para a eleição dos deputados, senadores, presidente e vice-presidente da República, mas impediu que os mendigos, os analfabetos e os religiosos pudessem exercer os direitos políticos.

A força econômica nas mãos dos fazendeiros permitiu manipular os mais fracos economicamente. Com a Revolução de 1930, houve um desrespeito aos direitos humanos, que só seria recuperada em 1946, com uma nova constituição que durou até 1967. Durante o Regime Militar, houve muitos retrocessos, como restrições ao direito de reunião, além de outros. Com o fim do regime militar, foi promulgada a constituição de 1988, que dura até os dias atuais.

O Brasil passou por dois momentos revolucionários relativos aos Direitos Humanos em sua história. O primeiro ocorreu com a reforma constitucional de 1934, que reformulou e regularizou o trabalho fixando uma jornada máxima diária e semanal e um salário-mínimo mais próximo de satisfazer as necessidades básicas dos trabalhadores, além de permitir o sufrágio feminino. Outro grande momento ocorreu após a redemocratização do Brasil que, com as “Diretas já”, baixou uma Assembleia Constituinte e formulou a Constituição Federal de 1988.

Em sua versão mais recente, aprovada em 1988, a carta magna brasileira segue sendo a grande garantidora dos direitos de todos. Está previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade (...)” (CONSTITUIÇÃO 1988).

A Carta Magna consagra em seu artigo primeiro o princípio da cidadania, dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. Ao longo da constituição, encontra-se no artigo 5º o direito à vida, à privacidade, à igualdade, à liberdade, além de outros, conhecidos como direitos fundamentais, que podem ser divididos entre direitos individuais, coletivos, difusos e de grupos. Considerada um grande avanço jurídico para a época, a Constituição Cidadã defende valores como a igualdade entre gêneros, a erradicação da pobreza, a preservação e o respeito aos povos indígenas, além de postular como direitos fundamentais a educação, saúde, assistência social, entre outros.

O Brasil é um país com profundas e intensas desigualdades sociais, o acesso limitado a oportunidades de educação, a ineficiência da saúde pública, a violência institucionalizada, a irracionalidade na exploração dos recursos naturais, a corrupção, a falta de transparência

e o abuso de poder são apenas algumas problemáticas enfrentadas pelos brasileiros, no que tange aos direitos humanos.

O Estado tem o dever de proteger fundamentos essenciais à manutenção da vida social digna, representada pelo concreto exercício de direitos inerentes ao ser humano, com à vida, à liberdade e à igualdade, é essencial à concepção atual de Estado e, no caso da República Federativa do Brasil, sedimenta-se nos alicerces da Democracia e do Direito, encontrando-se assegurado por todo ordenamento jurídico, em especial pelo plano constitucional.

Infelizmente, no Brasil, muitos dos direitos previstos não são respeitados, afrontando de maneira direta a Carta Magna. Inúmeros casos de pessoas com doenças graves acabam morrendo porque não tem acesso a um tratamento digno, leitos de hospitais insuficientes e falta de remédios que poderiam salvar suas vidas agridem a dignidade da pessoa humana e com isso os direitos humanos. Paralelamente, milhões de pessoas, por sua vez, vivem na mais completa miséria, em situações degradantes, sem alimentação básica para subsistirem.

O Estado não assegura em todo o país o direito à saúde a toda a população. Muito embora, o direito à vida também esteja presente no artigo 225, parágrafo 1º, da Constituição de 1988, sendo dever do Estado preservar a vida e, ainda, com determinado nível de qualidade. Pode-se afirmar que o direito à vida é o mais fundamental dos direitos, pois sem vida, muitos outros direitos não poderão ser preservados.

A educação é um direito humano também, devendo ser gratuita, obrigatória e laica. Assegurar o direito à educação significa não só o acesso e permanência, mas também a qualidade do ensino, estruturas escolares adequadas, condições básicas de trabalho aos profissionais da escola, enfim, materializar o que está escrito em leis.

A Constituição Federal em seu artigo 205 expõe: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Alguns dados demonstram a realidade lamentável da educação no Brasil e do não cumprimento deste essencial direito humano. Dados constantes no site e em documentos oficiais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) demonstram que, em 2017, 7% (11,5 milhões) das pessoas com mais de 15 anos não sabiam ler, nem escrever. Dos 48,5 milhões de jovens de 15 a 29

anos, 23% (11,2 milhões) não trabalham, nem estudam ou se qualificam. Esse contingente cresceu cerca de 6% de 2016 para 2017, o que equivale a mais de 600 mil pessoas. A taxa é ainda maior para mulheres (28,7% contra 17,4% de homens) e entre pessoas da cor preta e parda (25,9% frente a 18,7% de brancos). Dados mais recentes demonstram que 40% dos brasileiros com mais de 25 anos não tem ensino fundamental, mais da metade das crianças está fora da creche e analfabetismo é três vezes maior entre os negros (IBGE).

Os principais motivos para a interrupção dos estudos são trabalho (39,7%), falta de interesse (20,1%) e cuidar de pessoas ou afazeres domésticos (11,9%). Os jovens retratam o futuro de uma nação que segue sem garantir direito essencial para o desenvolvimento da humanidade (IBGE).

O direito à segurança pública é um direito fundamental no ordenamento jurídico nacional. O Estado tem o dever, com a colaboração de todos, de garantir a ordem pública e a segurança dos cidadãos, conforme artigo 144 da Constituição Federal. Apesar disso, os índices de segurança no Brasil são alarmantes, tamanha é a insegurança na qual vivem os milhões de habitantes, bem como os estrangeiros que vem visitar o país.

O documento “Agenda Segurança Pública É Solução” de 2018 apresenta dados inaceitáveis:

62.517 homicídios ocorreram no Brasil; 123 cidades concentram 50% dos homicídios ocorridos no Brasil; 44.475 é o número de mortes por arma de fogo em 2016 (mais de 70% do total); a cada 100 homicídios, há apenas seis condenações na Justiça; 49.497 casos de estupro foram registrados em 2016 (a cada duas horas uma mulher é assassinada no Brasil); 4.223 pessoas morreram em decorrência de ações policiais em 2016; 726.712 pessoas estavam presas em 368.049 vagas em 2016 (taxa de ocupação de 197%); em 20 anos, a morte de jovens de 13 a 25 anos fez o país perder R\$ 450 bilhões em capacidade produtiva; somente em 2015, a criminalidade custou R\$ 285 bilhões ao país; e, por fim, 38% dos brasileiros consideram a segurança pública como sua maior preocupação (AGENDA SEGURANÇA PÚBLICA É SOLUÇÃO).

No dia 12 de junho de 2020, o Presidente da República Jair Bolsonaro decidiu excluir a violência policial do relatório anual sobre violações de direitos humanos. Segundo o Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos, comandado pela Ministra Damares

Alves, os dados relacionados a agentes de segurança não foram divulgados pois foram identificadas inconsistências em seus registros (G1). Os dados sobre a violência policial integravam o relatório até 2018 e mostravam um crescimento do número de registros desse tipo de ocorrência. Naquele ano, o balanço apontou 1.637 denúncias de violação de direitos humanos por violência policial, frente a 1.319 em 2017, um aumento de 24% em um ano (G1).

No entanto, no balanço divulgado neste ano, referente aos dados colhidos em 2019, o número de denúncias de violações de direitos humanos por violência policial não aparece. De acordo com o Monitor da Violência do G1, o número de vítimas em confronto com a polícia cresceu no ano passado 1,5% em relação a 2018. Segundo o levantamento, o país teve em 2019 ao menos 5.804 pessoas mortas por policiais. O aumento contrasta com a queda de 19% registrada em 2019 no total de assassinatos no país em comparação com 2018 (G1).

Historicamente, o governo brasileiro pouco fez em defesa das garantias fundamentais de seus cidadãos. A experiência da ditadura militar entre os anos 1964 e 1985 deixou resquícios de autoritarismo bastante presentes na atualidade. Basta correr as páginas dos jornais para perceber que o desrespeito aos direitos humanos continua sendo uma realidade flagrante no Brasil.

Os principais fatores que evidenciam essas falhas são as altas taxas de homicídios, em especial de jovens, moradores de periferias e negros; o abuso policial e as execuções cometidas por policiais ou milícias; o falho sistema prisional, que se encontra em crise; as ameaças aos defensores dos Direitos Humanos; a miséria e a alta desigualdade social; a violência contra a mulher; e o trabalho em situações análogas à escravidão.

4. O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E O BRASIL: ESTRUTURAÇÃO JURÍDICA E A DISTORÇÃO POLÍTICA

A Organização dos Estados Americanos (OEA), fundada em 1948, organização regional, segundo o capítulo VII da Carta da ONU, da qual 35 países fazem parte, criou seu próprio sistema de direitos humanos. Esse sistema consiste de duas bases legais principais: a Carta da OEA e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) (STEPHEN, 1998).

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) foi aprovada em 1969 e entrou em vigor em 1978. O Brasil faz parte dela desde 1992.

Dentro do nosso continente, a Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos é um tratado multilateral assinado em 1969 e que reafirma o compromisso de 24 países americanos em observar os preceitos da dignidade humana em suas leis e práticas jurídicas.

A CADH prevê e consagra dois órgãos para a proteção dos direitos humanos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Com seus 82 artigos, é a convenção para a proteção de direitos humanos mais abrangente e garante, entre outros, o direito à vida, à integridade social, à igualdade, à liberdade da pessoa, à privacidade, à nacionalidade, ao processo judicial justo, à participação em tomada de decisão estatal e à proteção legal. Aboliu a escravidão e garantiu a liberdade de religião, de consciência, de pensamentos e de expressão, bem como a liberdade de associação e de circulação. Os Estados-Partes da CADH são obrigados a seguir o disposto e a garantir seu exercício livre e pleno. A convenção não aplica somente as obrigações negativas de não violar os direitos individuais aos países, mas os obriga, além disso, a tomar medidas positivas para garantir o pleno exercício de suas garantias (STEPHEN, 1998).

É claro que as democracias também precisam defender-se e defender as respectivas populações. A defesa não pode, porém, legalmente ser exercida pela via da violência arbitrária, dirigida a indivíduos caracterizados pelo pertencimento a uma coletividade determinada. Abusos deliberados contra uma categoria específica, social ou étnica, de pessoas vão contra todo o sistema normativo de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Correspondem, por outras vias e ideologias, à denegação daquilo que Hanna Arendt chamou “direito de ter direitos” (Arendt, p. 296, 1973), ao endosso mais autodestrutivo da ideia de conflito humano.

Assim como as ações e operações arbitrárias tendem a violar direitos fundamentais, igualmente grave, e certamente ainda mais perversa, é o comportamento despiciente com que sociedades e Estados variados encaram as críticas, nacionais e internacionais, às violações por ele praticadas.

Segundo Zizek, uma década atrás, a legitimação da tortura ou a participação de partidos neofascistas em qualquer governo da Europa Ocidental seria descartada como um desastre ético que nunca poderia

ocorrer, mas, uma vez ocorrida, imediatamente nos acostumamos à nova situação, aceitando-a como óbvia (ZIZEK, p. 329, 2010).

A falta de transparência do Governo Federal e as reiteradas tentativas de alteração de metodologia de dados em diferentes fontes – mortes por covid-19, números de desempregados, entre outros – suscitam dúvida sobre a veracidade das informações divulgadas (G1).

Segundo ressalta Flávia Piovesan, integrante da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos e ex-Secretária Nacional dos Direitos Humanos, existe uma narrativa construída para distorcer os direitos humanos (G1).

Para Jurema Werneck, então diretora executiva da Anistia Internacional no Brasil, o falho acesso aos direitos humanos gera uma distorção em seu conceito básico de universalização (ANISTIA INTERNACIONAL).

Para Maria Laura Canineu, então diretora da Human Rights Watch no Brasil, a desinformação em relação ao tema gera conclusões equivocadas, conforme manifesto a seguir:

Essa falta de compreensão, associada a recentes ataques por parte de líderes autoritários ou grupos que clamam defender a “maioria”, tende a alimentar a noção equivocada de que os defensores de direitos humanos defendem apenas “minorias” – ou ainda, aqui no Brasil, “bandidos” – e que, portanto, atuariam do lado destes contra a polícia, por exemplo (HUMAN RIGHTS WATCH).

O problema fundamental dos direitos humanos está na dificuldade dos governos em construir condições para a realização dos direitos proclamados. A busca dos fundamentos para os direitos do homem não terá nenhuma importância histórica se não for acompanhada pelos estudos das condições, dos meios, e das situações nas quais este ou aquele direito possa ser realizado (BOBBIO, 1992).

Não obstante os obstáculos enfrentados, governos de diferentes países vêm demonstrando interesse pela defesa dos direitos humanos. O corolário da adesão à causa das garantias fundamentais dos cidadãos leva a crer que a fundamentação política desses direitos perdeu seu interesse. Não se trata mais de buscar razões, mas de construir condições para a realização dos direitos proclamados.

O empenho na criação destas condições exige convicção de que a realização dos direitos do homem é uma meta desejável, mas não basta essa convicção para que aquelas condições se efetivem.

Muitas dessas condições não dependem da boa vontade nem mesmo dos governantes: somente a transformação industrial num país, por exemplo, torna possível a proteção dos direitos ligados as relações de trabalho (BOBBIO, 1992).

Ao que parece o problema fundamental dos direitos humanos hoje não é tanto o de justificá-los, mas o de concretizá-los.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente, apesar da Constituição Federal de 1988, ativistas pelos Direitos Humanos ainda são ameaçados e assassinados. Também temos fatores, como a violência contra a mulher, os assassinatos da população marginalizada (principalmente de jovens negros e moradores de periferias), o trabalho escravo, o crime organizado, a formação de milícias e a desigualdade social, que ainda esbarram na garantia dos Direitos Humanos para a população brasileira.

Somente através de políticas públicas coerentes e eficientes poderão ser aplicadas medidas que possibilitem identificar as reais necessidades e vulnerabilidades das vítimas, além da realidade social regional e local, com o fito de alcançar uma percepção real das mazelas atuais da segurança pública e de uma avaliação da realidade social, em prol da proteção dos direitos humanos e garantias constitucionais.

Ainda há muito a ser discutido sobre os direitos humanos no Brasil. Existem inúmeros desrespeitos a estes direitos em nosso território por parte de governos, de agentes de Estado, de empresas e até da própria sociedade civil. Há uma relutância do senso comum em aceitar estes direitos, apesar da ironia de que quem critica tais direitos também está assegurado por eles. A rejeição é nítida na percepção de que personalidades que dedicaram as suas vidas a lutar por tais direitos foram ameaçadas, mortas ou silenciadas.

Portanto, acredita-se que o presente ensaio jurídico não esgota o debate acerca da problemática dos direitos humanos no Brasil e do desgaste da relação da política brasileira com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos no atual cenário de violações de direitos humanos presentes na alarmante crise vivenciada pela humanidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

AFRICAN CHARTER ON HUMAN AND PEOPLE RIGHTS. Disponível em: <<https://au.int/en/treaties/african-charter-human-and-peoples-rights>>. Acessado em 1 de junho de 2020.

AGENDA SEGURANÇA PÚBLICA É SOLUÇÃO. Disponível em: <<https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Agenda-Seguranca-publica-e-solucao-completa-2018.pdf>>. Acessado em 1 de junho de 2020.

AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.pdf> Acessado em 1 de junho de 2020.

ANISTIA INTERNACIONAL. Disponível em: <<https://anistia.org.br/anistia-em-acao/resposta-inclusiva-covid-19/>>. Acessado em 1 de junho de 2020.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BELLAMY, Richard. *The Cambridge History of Twentieth-Century Political Thought*, Cambridge: University Press, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo, Campus, 1992.

CONSTITUIÇÃO DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 1 de junho de 2020.

FERREIRA FRANCISCO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001.

G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/12/governo-bolsonaro-exclui-violencia-policial-de-balanco-anual-sobre-violacoes-de-direitos-humanos.ghtml>>. Acessado em 1 de junho de 2020.

HUMAN RIGHTS WATCH. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt>>. Acessado em 1 de junho de 2020.

IBGE. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/>>. Acessado em 1 de junho de 2020.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Edição 70, Lisboa, 1986.

LAGE, Délber Andrade. *Coleção Para Entender: Para Entender a Jurisdicionalização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MARQUES, Sylvia Ferreira; DE JESUS, Diego Santos Vieira. *Coleção Para Entender: Para Entender a União Européia e os Tratados de Integração Regional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, 13ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Programa ética e cidadania: inclusão e exclusão social*, Brasília, 2007. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/Etica/3_fasc_direitos_humanos.pdf>.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 16ª edição. São Paulo: Saraiva Jur, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STEPHEN, Livingstone. *The Inter-American System of Human Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1998.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Direitos Humanos: personalidade e capacidade jurídica internacional do indivíduo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

UN CHARTER. Disponível em: <<https://www.un.org/en/sections/un-charter/un-charter-full-text/>>. Acessado em 1 de junho de 2020.

UNIVERSAL DECLARATION ON HUMAN RIGHTS. Disponível em: <<https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Acessado em 1 de junho de 2020.

ZIZEK, S. *In defense of lost causes*, New York: Verso, 2008.

A NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DILATAÇÃO VOLUMÉTRICA NO TRANSPORTE DE COMBUSTÍVEIS

Igor Frota Moreira

Advogado.

Isadora Carneiro Tapeti França

Advogada; Assessora Jurídica no Núcleo de Execuções e Precatórios da
Procuradoria Geral do Estado do Ceará.

Os revendedores de combustíveis têm sido alvo de cobrança tributária em razão da diferença entre o volume contábil e o volume físico dos combustíveis por eles revendidos. A divergência é causada pela dilatação volumétrica decorrente da variação de temperatura ocorrida no intervalo entre a saída da refinaria e o armazenamento pelos revendedores, passando pelo transporte do combustível entre os sujeitos do negócio jurídico.

Dentre os problemas gerados pelo fenômeno físico, destaca-se a controvérsia tributária no sentido de definir se o aumento no volume do combustível entre a operação de venda e a subsequente operação de revenda se configura como fato gerador do ICMS, passível de permitir a cobrança de imposto complementar.

Por tudo isso, e considerando ainda a importância da problemática na prática tributária, faz-se importante o estudo e a pesquisa sobre a questão, qual seja, a (não) incidência do ICMS sobre a dilatação volumétrica no transporte de combustíveis, levando-a ao centro das preocupações acadêmicas a fim de esclarecer os pontos relevantes sobre o assunto.

Como objetivo geral, cumpre analisar se a dilatação volumétrica dos combustíveis se configura como fato gerador do ICMS. Para tanto, se faz necessário: estudar as hipóteses de incidência do ICMS; entender o fenômeno da dilatação volumétrica; analisar a legislação vigente nos entes federativos sobre a questão e examinar a jurisprudência pátria sobre o tema.

No primeiro tópico, analisam-se as hipóteses de incidência do ICMS, bem como o instituto da substituição tributária aplicável na cobrança do imposto incidente sobre a circulação de combustíveis.

No segundo tópico, examina-se o fenômeno da dilatação volumétrica no transporte de combustíveis derivados do petróleo e a sua regulamentação pelo setor petrolífero.

No terceiro tópico, observam-se as tentativas dos entes federados de legitimar a cobrança do ICMS sobre a variação volumétrica dos combustíveis.

Por fim, no quarto tópico, é analisada a jurisprudência pátria sobre o tema em cotejo com as legislações estaduais estudadas.

O principal ponto desse trabalho é, pois, demonstrar que é inconstitucional a prática dos entes federados de cobrar o ICMS sobre a diferença volumétrica dos combustíveis decorrente das variações de temperatura, uma vez que não se trata de hipótese de incidência do imposto.

METODOLOGIA

Para a compreensão do tema referente à não incidência do ICMS sobre a dilatação volumétrica no transporte de combustíveis, buscar-se-á investigá-lo por meio de pesquisa bibliográfica e documental, com o uso de referências teóricas, como livros, artigos científicos e monografias, e de julgados emanados dos Tribunais pátrios.

Quanto à utilização dos resultados, a pesquisa será pura, por ter como finalidade primeira a ampliação dos conhecimentos sobre o tema. No tocante aos fins, a pesquisa classificar-se-á como exploratória, uma vez que busca inicialmente aprimorar ideias e descritiva porque descreve a situação no momento em que se ocorre a investigação, classificando e interpretando os fatos. Quanto à abordagem a pesquisa é qualitativa, enfatizando a compreensão e a interpretação do tema, atribuindo significado aos dados coletados (BASTOS, 2007).

1. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ICMS

O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação ("ICMS") tem a competência constitucional de sua instituição delegada por meio do art. 155, inciso II, da Constituição Federal, aos Estados e ao Distrito Federal:

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.

O dispositivo transcrito supra não prevê, por si só, o fato gerador do imposto, mas apenas determina limite que não pode ser ultrapassado pelo legislador ordinário que o instituirá no âmbito de cada Estado (MACHADO, 2016). Este, por sua vez, possui como outro balizador de sua atividade o princípio da estrita reserva legal a que se refere o art. 146, III, "a", da Constituição Federal, que determina ao âmbito de competência de lei complementar a definição dos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes dos impostos previstos na Carta Magna.

Atendendo à previsão constitucional, foi promulgada a Lei Complementar nº 87/1996 ("Lei Kandir"), que estabelece normas gerais sobre o ICMS, vinculando o Poder Legislativo dos Estados e do Distrito Federal aos seus dispositivos, dentre os quais se destacam as disposições que definem sobre quais fatos impositivos o imposto estadual é passível de incidência:

Art. 2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

II - prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;

III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

IV - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

V - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual.

§ 1º O imposto incide também:

I – sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade;

II - sobre o serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior;

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

Analisando, inicialmente, o aspecto material das possíveis hipóteses de incidência do tributo, deve-se frisar que as operações das quais trata o dispositivo, passíveis de ensejar a incidência do imposto, não podem ser entendidas como mera circulação física de mercadorias, mas sim a circulação destas com a transferência de titularidade, ou seja, a chamada circulação jurídica que implique em transferência de propriedade. Sobre o tema, preleciona Aliomar Baleeiro (2015, p. 541):

há quatro modalidades de fato gerador do ICM. A primeira, a mais geral e importante, é o fato de sair a mercadoria do estabelecimento comercial, industrial ou produtor. Isso acontece, normalmente, pelo negócio da compra e venda, mas pode ocorrer por outro contrato ou fato juridicamente relevante, isto é, por uma “operação” jurídica e econômica com valor definido ou não. (...). A saída das mercadorias para voltar (caso de reparos etc.), ou para outro estabelecimento do dono no mesmo local, não é “operação”

Estabelecido o aspecto material, passa-se à análise dos seus aspectos temporal e pessoal, ou seja, do momento da sua incidência e do sujeito passivo da obrigação tributária. Nesse sentido, tem-se que o imposto incide no momento da saída da mercadoria do estabelecimento vendedor, sendo este o contribuinte do ICMS incidente sobre a operação.

Esse sujeito, contudo, pode exercer também o papel de substituto tributário, caracterizando-se como um terceiro vinculado ao fato gerador, escolhido pelo legislador para o recolhimento do tributo em substituição a outros contribuintes. Tal modalidade de

tributação se dá em prol da praticabilidade da fiscalização, de modo que o substituto tributário deve, por exemplo, recolher, além do imposto incidente sobre a sua operação de venda, aquele que seria devido nas operações subsequentes, promovendo a substituição tributária progressiva, ou “para frente” (PAULSEN, 2020).

A substituição tributária tem previsão no art. 150, § 7º, da Constituição Federal, que define a aludida possibilidade de a lei atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente. Tratando especificamente do ICMS, os regimes de substituição tributária são tratados, de forma geral, pelo Convênio ICMS 142/18, excepcionadas as operações que envolvam os bens e mercadorias elencados em sua Cláusula quinta, cujas regras são tratadas em convênios específicos.

Há, contudo, operações que, apesar de a princípio se enquadrarem nas hipóteses previstas no art. 2º, da Lei Kandir, não podem ser definidas como fato gerador do ICMS pelo legislador estadual, não sendo passíveis de cobrança por qualquer potencial sujeito passivo, seja contribuinte seja responsável por substituição:

Art. 3º O imposto não incide sobre:

I - operações com livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão;

II - operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, ou serviços;

III - operações interestaduais relativas a energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando destinados à industrialização ou à comercialização;

IV - operações com ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial;

V - operações relativas a mercadorias que tenham sido ou que se destinem a ser utilizadas na prestação, pelo próprio autor da saída, de serviço de qualquer natureza definido em lei complementar como sujeito ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, ressalvadas as hipóteses previstas na mesma lei complementar;

VI - operações de qualquer natureza de que decorra a transferência de propriedade de estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie;

VII - operações decorrentes de alienação fiduciária em garantia, inclusive a operação efetuada pelo credor em decorrência do inadimplemento do devedor;

VIII - operações de arrendamento mercantil, não compreendida a venda do bem arrendado ao arrendatário;

IX - operações de qualquer natureza de que decorra a transferência de bens móveis salvados de sinistro para companhias seguradoras.

Da análise do dispositivo, infere-se que há hipóteses de não incidência atreladas ao produto em si, ou seja, que vinculam todas as operações que o envolvam, como ocorre com os livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão (inciso I). Por outro lado, há hipóteses em que a não incidência atinge apenas certas operações que têm por objeto determinada mercadoria, e não ela em si mesma.

É o que ocorre com os combustíveis líquidos e gasosos derivados do petróleo destinados à comercialização ou industrialização, sobre os quais não incide o ICMS apenas nas operações interestaduais (inciso III). Nesse caso, tratando-se de operação interna, não há qualquer vedação à incidência do imposto.

Assim, na hipótese de uma refinaria estabelecida no Estado do Ceará vender combustível derivado do petróleo a uma distribuidora ou posto de combustível revendedor situado no Estado do Rio Grande do Sul, verifica-se a vedação de incidência do ICMS por força da imunidade tributária, uma vez que a operação, nesse caso, é interestadual. E diz-se imunidade porque a referida proibição está prevista na própria Constituição Federal, em seu art. 155, § 2º, X, "b"¹.

Ocorre que, a imunidade atinge tão somente o ICMS próprio, ou seja, a operação de venda interestadual realizada pela refinaria, não sendo extensível ao chamado ICMS-ST, referente ao recolhimento de acordo com o regime da substituição tributária. Assim, remetendo-nos às considerações aqui lançadas acerca do referido instituto, é de

1 Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

X - não incidirá:

(...)

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;

se destacar que os combustíveis derivados do petróleo são produtos elencados na Cláusula quinta do Convênio ICMS 142/18, ou seja, cujo regime de substituição tributária é tratado em convênio específico.

Nesse sentido, o Convênio ICMS 110/2007 é a norma responsável por dispor sobre o regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, o qual, já em sua Cláusula primeira, autoriza a atribuição, pelos Estados e o Distrito Federal, da sujeição passiva ao remetente de combustíveis (a refinaria), na qualidade de responsável por substituição tributária progressiva do ICMS:

Cláusula primeira Ficam os Estados e o Distrito Federal, quando destinatários, autorizados a atribuir ao remetente de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, a seguir relacionados, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul - NCM -, situado em outra unidade da Federação, a condição de sujeito passivo por substituição tributária, relativamente ao ICMS incidente sobre as operações com esses produtos, a partir da operação que o remetente estiver realizando, até a última, assegurado o seu recolhimento à unidade federada onde estiver localizado o destinatário:

Assim, replicando o exemplo explanado acima, agora considerando a ocorrência da substituição tributária, tem-se que a refinaria estabelecida no Estado do Ceará, ainda que goze de imunidade sobre o que seria o ICMS próprio, é responsável pelo pagamento do tributo incidente na operação seguinte, de venda do combustível à distribuidora, e desta ao posto de combustíveis revendedor situado no Estado do Rio Grande do Sul, sobre o qual também não se aplica a regra imunizante, uma vez que, nesse caso, o produto é vendido ao consumidor final no próprio Estado (operações internas subsequentes).

Na prática, contudo, não é rara a confusão sobre o tema, uma vez que, ao se constatar o pagamento de ICMS por sujeito que a princípio gozaria de imunidade tributária, a percepção imediata é a de que a cobrança é inconstitucional por força da vedação prevista na *Lex Mater*. A conclusão, no entanto, não é a mesma após a análise minuciosa do caso, quando se verifica que a hipótese não trata de ICMS próprio, mas de antecipação do pagamento do imposto devido

na operação seguinte, que seria pago posteriormente caso não houvesse a substituição tributária.

Desse modo, tecidas as considerações gerais sobre o ICMS, com foco na sua incidência sobre as operações que envolvem os combustíveis derivados do petróleo, sob o regime de substituição tributária progressiva, deve-se destacar uma peculiaridade que, na prática, afeta sobremaneira os contribuintes do tributo estadual, qual seja: a dilatação ou expansão volumétrica no transporte interestadual dos combustíveis derivados do petróleo.

2. O FENÔMENO DA DILATAÇÃO VOLUMÉTRICA NO TRANSPORTE DE COMBUSTÍVEIS E SUA REGULAMENTAÇÃO PELO SETOR PETROLÍFERO

A dilatação volumétrica é estudada pela Termologia, ramo da Física que, dentre outras matérias, analisa as consequências da variação de temperatura. O fenômeno em comento decorre, justamente, do aumento na temperatura do ambiente onde se encontra o corpo/objeto, cujas moléculas passam a vibrar em maior velocidade, aumentando a sua dimensão macroscópica, ou seja, o seu tamanho ou volume a olho nu (HELERBROCK, 2019).

O mesmo, portanto, ocorre com os combustíveis na qualidade de substâncias líquidas, cujo volume sofre um aumento nos casos de elevação da temperatura à qual são submetidos, ou diminuição quando esta sofre queda.

Assim, retoma-se o exemplo apresentado no tópico anterior, desta feita com a inversão dos sujeitos do negócio de compra e venda dessas mercadorias. Neste caso, imagine-se que uma refinaria estabelecida no Estado do Rio Grande do Sul vende combustível derivado do petróleo a um posto revendedor situado no Estado do Ceará.

Imagine-se, ainda, que ao sair do Estado de origem em um caminhão, o combustível estava submetido à temperatura de 20°C. Esta, contudo, sofre as inevitáveis variações de temperatura ao longo do percurso e, ao chegar ao Estado de destino, no qual se mede a temperatura de 30°C, constata-se que houve considerável aumento em seu volume.

Aplicando-se o instituto da reponsabilidade por substituição tributária aos remetentes de combustíveis derivados do petróleo, a refinaria, na qualidade de substituta, em tese já teria adiantado

o pagamento do tributo referente ao combustível a ser vendido pelas distribuidoras e pelos postos revendedores de combustíveis, recolhendo o ICMS incidente sobre toda a cadeia de comercialização.

Contudo, considerou-se o volume de remessa do combustível armazenado pela refinaria para o cálculo do tributo pago, ou seja, a litragem do combustível antes da remessa interestadual, o qual inevitavelmente sofreu aumento pelo seu transporte a temperaturas elevadas e, portanto, será recebido, armazenado e, conseqüentemente, comercializado com um excedente de litros em decorrência da variação de volume pelas altas temperaturas.

Diante da divergência entre a realidade fática (fenômeno físico), explicado pela Termologia, e a obrigação de recolhimento do imposto por substituição tributária, com a obrigação também de complementação de possíveis excedentes supostamente tributáveis (perdas e ganhos volumétricos em decorrência da variação de temperatura), deveriam ser observadas as normas reguladoras que já, há muito, vem sendo editadas com a finalidade de tentar solucionar, ou ao menos minimizar, a problemática regulatória e fiscal a respeito do fenômeno.

Nesse sentido, diversas normas que já regulavam a temperatura de referência a ser considerada para medição de petróleo e seus derivados, de 20°C, deveriam também serem consideradas para fins fiscais/tributários, dentre as quais destacam-se: a Portaria do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio nº 27/59², a Resolução nº 06/70, do Conselho Nacional do Petróleo³ e o Decreto nº 2.705/98⁴.

Esses normativos tiveram por intenção a fixação de uma temperatura média, ou de referência, para a comercialização e armazenamento de combustíveis derivados de petróleo, justamente com a finalidade de adequar o processo regulatório e fiscal às perdas e ganhos sofridas pelos líquidos quando do seu transporte e submissão a altas temperaturas, ante a inevitabilidade do fenômeno, conforme leciona Alves (2013, p. 1):

3 Art. 1º Ficam aprovadas, para uso na comercialização dos derivados do petróleo, as tabelas anexas de correção, para 20°C, da densidade e do volume daqueles produtos.

4 Art. 3º Sem prejuízo do disposto na Seção II do Capítulo III da Lei nº 9.478, de 1997, ficam estabelecidas as seguintes definições técnicas, para efeito da aplicação deste Decreto:

I - Condição Padrão de Medição: condição em que a pressão absoluta é de 0,101325 MPa (cento e um mil trezentos e vinte e cinco milionésimos de megapascal) e a temperatura é de 20°C (vinte graus centígrados);

Nesse contexto, em respeito justamente a atos normativos editados por esses órgãos do passado e do presente é que as empresas que atuam em referido segmento estão, há tempos, obrigadas a adquirir os produtos que comercializam à temperatura de 20°C (3). Em seguida, devem aliená-los à temperatura ambiente, que, em um país tropical como o Brasil, está em geral acima desse patamar. Logo, uma vez adquiridos e armazenados a 20°C e posteriormente distribuídos a temperaturas mais elevadas, é natural que tais mercadorias tenham sofrido os efeitos da dilatação volumétrica.

A correção no estoque dessas mercadorias seria, supostamente, capaz de comprovar que os sujeitos envolvidos na cadeia de comercialização desses combustíveis e derivados de petróleo (refinaria, distribuidora e postos revendedores) não teriam cometido qualquer ilícito ao adquirir os combustíveis a uma determinada litragem e recebê-los ou armazená-los a um volume superior ao registrado na compra e venda, impossibilitando a caracterização de uma possível compra sem documentação fiscal ou omissão de entradas, por exemplo.

Contrariamente a essa lógica, ao invés de disponibilizar um aparelhamento normativo adequado aos referidos contribuintes para controlar o efeito tributário desse fenômeno, o qual deveria se ter por neutralizado, ou seja: sem a incidência do imposto estadual, já há algum tempo, os entes tributantes vêm tentando legitimar tal cobrança, algumas vezes fundados em normas regulatórias e outras sem qualquer fundamentação legislativa específica, caracterizando, na verdade, uma inconstitucionalidade, ou ilegalidade, na imposição da obrigação tributária de recolhimento do ICMS.

3. A LEGISLAÇÃO ESTADUAL NA TENTATIVA DE LEGITIMAR A COBRANÇA DO ICMS SOBRE A VARIAÇÃO VOLUMÉTRICA DOS COMBUSTÍVEIS

Com efeito, em decorrência do fenômeno físico da variação volumétrica quando do transporte de combustíveis demonstrado acima, com impacto efetivo na apuração da regular tributação estadual, os entes federativos vêm buscando adequar suas legislações a respeito do assunto, com a finalidade de legitimar a cobrança do ICMS sobre as aludidas variações.

Um primeiro exemplo da tentativa de legitimação da cobrança do imposto estadual é a internalização na legislação estadual do disposto no art. 5º, da Portaria nº 26/92 do extinto Departamento Nacional de Combustíveis (“DNC”), o qual estipulou um percentual máximo admitido de 0,6% na variação do volume dos combustíveis armazenados para que o posto revendedor verifique e repare possíveis perdas para o meio ambiente, senão vejamos:

Art. 5º Independentemente de notificação do DNC, quando for constatada perda do estoque físico de combustível superior a 0,6% (seis décimos por cento) caberá ao PR proceder à apuração das causas e, se detectado vazamento para o meio ambiente, providenciar o reparo do(s) equipamento(s) correspondente(s).

Parágrafo único - Quando os referidos equipamentos forem de propriedade de terceiros, caberá a esses responsabilidade do reparo.

Nota-se que o referido dispositivo regulamentou a possibilidade de existência de variações volumétricas no armazenamento de combustíveis em postos revendedores de combustíveis (até 0,6% do volume registrado), não fixando um rol taxativo de causas admitidas para tal ocorrência, apenas determinando que, em caso de vazamento da mercadoria para o meio ambiente, sejam apuradas as causas e realizados os reparos necessários.

Foi sob essa ótica de verificação de possíveis causas à variação volumétrica de combustíveis em estoque que alguns Estados vislumbraram uma possibilidade de legitimar a cobrança do ICMS nesses casos, sob o fundamento de que a própria legislação reguladora do setor admite tais perdas apenas até o percentual estipulado, de modo que aquilo que ultrapassar os 0,6% apurados já poderia ser considerado como uma possível operação fraudulenta sob o ponto de vista tributário.

Nesse sentido, toma-se como exemplo o art. 286, § 8º, I e II, do Decreto nº 18.930/97, do Estado da Paraíba, classificando a perda de combustível em montante superior ao percentual estipulado pelo art. 5º, da Portaria nº 26/92 do extinto DNC, como saída sem a emissão de documentação fiscal, conforme transcrito abaixo:

Art. 286. - O Livro de Movimentação de Combustíveis - LMC, Anexo 41, será utilizado para registro diário, pelo Posto Revendedor - PR, dos estoques e das movimentações de compra e venda de gasolinas, óleo diesel, querosene iluminante, álcool etílico hidratado carburante e mistura óleo diesel/biodiesel especificada pela ANP.

(...)

§ 8º A constatação de perda de combustível em percentual superior a 0,6% (seis décimos por cento) constitui saída sem a emissão de documento fiscal, exceto se:

I - for expressamente comprovada, por órgão de controle ambiental competente, a ocorrência de vazamento nos tanques de combustíveis, caso em que o órgão de fiscalização da receita estadual deve ser imediatamente informado, independente de ação fiscal, ou;

II - tiver sido feita alguma alteração nos encerrantes, na forma estabelecida na legislação de regência, consignada no campo correspondente do LMC, na data da intervenção.

Em outros Estados, como é o caso do Ceará, onde também se pode verificar a variação no volume pela temperatura ambiente de transporte ser bastante superior a de armazenamento dos combustíveis (20°C), não há uma previsão específica a respeito das aludidas perdas e ganhos.

Inobstante tal fato, o Contencioso Administrativo da Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará já aplicou analogicamente ao caso o percentual máximo estipulado pela Portaria DNC nº 26/92, de modo que a variação volumétrica que ultrapasse tal patamar levantado pela fiscalização já pode ser passível de tributação pelo ICMS, conforme ementa da decisão abaixo:

EMENTA: FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DECORRENTE DO GANHO VOLUMÉTRICO DE COMBUSTÍVEIS. AUTO DE INFRAÇÃO JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE NO SENTIDO DE ABATER A QUANTIDADE CORRESPONDENTE A VARIAÇÃO VOLUMÉTRICA DE 0,6% PREVISTA NA PORTARIA DNC 26/92.

1. A acusação de falta de recolhimento de ICMS-ST deve ser julgada parcialmente procedente no sentido de abater da base de cálculo do imposto os valores correspondentes ao percentual de 0,6% do estoque físico final dos combustíveis.

2. Auto de infração julgado parcialmente procedente.

3. Recurso Ordinário conhecido, e parcialmente provido por maioria de votos.

4. Decisão de acordo com o Parecer da Procuradoria Geral do Estado alterado oralmente na sessão de julgamento. (Resolução nº 733/2015, Conselho de Recursos Tributários, 104ª Sessão Ordinária, 23/06/2015, Processo nº 1/1265/2014, AI nº 1/2014.01438)

Vale ressaltar que, em decisão recente da mesma Secretaria da Fazenda, por meio de sua Câmara Superior (Resolução nº 038/2019, julgado em 01/07/2019), foi decidido que nem o referido percentual deve ser aplicado no caso da variação volumétrica dos combustíveis, tendo em vista que não há norma autorizadora ao Fisco estadual em considerar tais perdas ou ganhos de volume, além do fundamento de que o fato gerador é a saída da mercadoria, não importando se essa mercadoria sofreu qualquer variação em decorrência da temperatura.

Entretanto, mesmo que haja uma lógica na aplicação da regulamentação relativa ao próprio setor de combustíveis e se considere um percentual aceitável de variação de volume dessas mercadorias, faz-se necessário destacar que as legislações estaduais não podem intentar a legitimação da cobrança do ICMS unicamente sob tal alcinha.

É que, sob o aspecto material da norma, o art. 5º, da Portaria nº 26/92 do extinto DNC, trata de disposições específicas à armazenagem de combustíveis no estoque de postos revendedores, não se aplicando especificamente aos distribuidores dessas mercadorias, por exemplo, os quais, na maioria das vezes, são os contribuintes autuados, mesmo na qualidade de substituídos tributários, pela suposta compra e venda, ou estocagem, de mercadorias sem documentação fiscal.

Já no que concerne ao aspecto formal na imposição de uma obrigação tributária, faz-se necessário destacar que o art. 150, I, da Constituição Federal de 1988, positiva o princípio da legalidade em matéria tributária, lecionando que é vedada a exigência de tributo sem lei que o estabeleça.

Nesse sentido, a Lei Complementar nº 87/96, que dispõe sobre o ICMS, regulou por meio do já citado art. 2º as hipóteses de incidência que fazem surgir a obrigação de recolhimento, a partir da ocorrência do fato imponible, dispondo logo em seu inciso I que o imposto estadual incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias, unicamente.

Ou seja, a mera variação volumétrica dos combustíveis, ocasionada pela sua exposição a altas temperaturas quando de seu transporte, não constitui fato gerador da obrigação de recolhimento

do imposto estadual, posto que a hipótese de incidência é a própria operação de movimentação dessas mercadorias, já tributada, sendo irrelevante para fins tributários o aumento ou diminuição de seu volume, por não haver compra e venda de novos produtos.

Seguindo esse entendimento, as Secretarias da Fazenda do Estado de Pernambuco e do Estado de Goiás já afastaram qualquer infração tributária decorrente do não recolhimento de ICMS devido por substituição tributária com base na variação volumétrica dos combustíveis, por não caracterizar fato impositivo eleito pela legislação para incidência do imposto:

EMENTA: 1. ICMS. 2. DENÚNCIA DE FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-ST DE GASOLINA, COM BASE NA DILATAÇÃO VOLUMÉTRICA POR AUMENTO DE TEMPERATURA. 3. A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DE COMBUSTÍVEL É PROGRESSIVA. 4. O FATO GERADOR DO ICMS E A RESPECTIVA BASE DE CÁLCULO, EM REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA NÃO SE REVESTEM DE CARÁTER DE PROVISORIEDADE, DEVEM SER CONSIDERADOS DEFINITIVOS. 5. CONHECIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELO AUTUADO E DADO PROVIMENTO PARA CONSIDERAR IMPROCEDENTE A DENÚNCIA.

(...) O ganho de combustível decorrente na variação de temperatura ambiente não se encontra entre as situações de incidência do ICMS previstas no art. 2º da Lei Complementar 87/96 (art. 1º da Lei 11.408/96) e nem sequer se configura uma circulação de mercadoria (a dilatação volumétrica de combustível ou o ganho de volume não é decorrente de transferência de titularidade e sim da variação de temperatura ambiente). O contribuinte substituído é responsável pelo ICMS ST apenas na hipótese em que este não tiver sido retido sobre a efetiva saída do produto do estabelecimento do substituto e como restou claro a quantidade correspondente ao ganho de estoque não saiu da refinaria. O Pleno do TATE, no exame e julgamento do processo acima identificado, ACORDA, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Ordinário interposto pelo autuado e dar provimento para julgar improcedente a denúncia. (RECURSO ORDINÁRIO REFERENTE AO ACÓRDÃO DA 5ª TJ Nº0182/2013(09) AUTO DE INFRAÇÃO SF Nº 2013.000005363385-82. TATE 00.711/13-6. AUTUADA: SETTA COMBUSTÍVEIS S/A. CACEPE: 0263574-70. ADVOGADOS: PATRÍCIA HERÁCLIO, OAB/PE Nº 21.146,

PAULO JÚLIO MELLO, OAB/PE Nº 30.833 E OUTROS.
RELATOR: JULGADOR MARCONI DE QUEIROZ CAMPOS.
ACÓRDÃO PLENO Nº0075/2014(12). (DOE. 16.04.14)

1. ICMS. 3. GASOLINA E ÓLEO DIESEL. DENÚNCIA DE FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ST COD 009-4 SOBRE A COMERCIALIZAÇÃO DO 'GANHO VOLUMÉTRICO DOS PRODUTOS RESULTANTE DA VARIAÇÃO DE TEMPERATURA AMBIENTE'. IMPOSTO APURADO EM NOTAS FISCAIS DE ENTRADA, EMITIDAS PARA REGULARIZAR O AUMENTO DOS ESTOQUES DECORRENTE DO GANHO AUFERIDO PELO ALUDIDO FENÔMENO FÍSICO E QUE NÃO ESPELHAM NENHUMA OPERAÇÃO DE CIRCULAÇÃO ECONÔMICA DO PRODUTO. 5. LANÇAMENTO QUE NÃO TEM AMPARO NEM NO ART. 3º DA LEI 10.259/89 E NEM NO DECRETO ESTADUAL 19.114/96. 6. DESNECESSÁRIA A REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. IMPROCEDÊNCIA DO AUTO. (...) Considerando, por fim, que o lucro auferido com as vendas das quantidades adquiridas pela variação volumétrica também não foi definido como fato gerador do imposto lançado, ACORDA, por unanimidade de votos, em, preliminarmente, indeferir o pedido de realização de perícia, e, no mérito, julgar improcedente o Auto. Recife, 19 de novembro de 2014. Wilton Luiz Cabral Ribeiro Presidente em exercício da 1ª TJAÍ SF 2013.00000.3191417-13. TATE 00.362/13-1. RELATORA: JULGADORA IRACEMA DE SOUZA ANTUNES. ACÓRDÃO 1ª TJNº 0135 /2014 (05).

ICMS. Obrigação principal. Tributação sobre aumento de volume de combustível por variação da temperatura. Improcedência. Decisão não unânime. O aumento de volume de combustível por variação de temperatura não constitui fato gerador do ICMS, na forma da Código Tributário Estadual, implicando na improcedência da exigência formalizada no auto de infração. (CAT/GO, PROCESSO Nº 3009829208224, TOTAL DISTRIBUIDORA LTDA - SENADOR CANEDO (GO), CONSELHEIRO RELATOR, DELCIDES DE SOUZA FONSECA, DJ 25.11.05)

Ademais, ainda sob o aspecto da legitimação da cobrança do imposto estadual sobre tal fenômeno, faz-se necessário destacar a edição do Convênio ICMS 61/2015, por meio do qual o CONFAZ ("Conselho Nacional de Política Fazendária") alterou os dispositivos da Cláusula nona do já citado Convênio ICMS 110/2007 para fazer

constar a inclusão de um novo componente de cálculo da margem de valor agregado para precificação dos combustíveis sujeitos à substituição tributário do ICMS, o Fator de Correção do Volume ("FCV"):

Cláusula primeira O *caput* da cláusula nona do Convênio ICMS 110/07, de 28 de setembro de 2007, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Cláusula nona Em substituição aos percentuais de margem de valor agregado de que trata a cláusula oitava, ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a adotar, nas operações promovidas pelo sujeito passivo por substituição tributária, relativamente às saídas subseqüentes com combustíveis líquidos e gasosos derivados ou não de petróleo, a margem de valor agregado obtida mediante aplicação da seguinte fórmula, a cada operação: $MVA = \{ [PMPF \times (1 - ALIQ)] / [(VFI + FSE) \times (1 - IM)] / FCV - 1 \} \times 100$, considerando-se:".

Cláusula segunda Ficam acrescentados os seguintes dispositivos ao *caput* da cláusula nona do Convênio 110/07:

I - o item VII:

"VII - FCV: fator de correção do volume.";

II - o § 5º:

"§ 5º O fator de correção do volume (FCV) será divulgado em ato COTEPE e *corresponde a correção dos volumes, utilizados para a composição da base de cálculo do ICMS, dos combustíveis líquidos e derivados de petróleo faturados a 20°C pelo produtor nacional de combustíveis ou por suas bases, pelos importadores ou pelos formuladores, para a comercialização à temperatura ambiente definida em cada unidade federada.*";

III - o § 6º:

"§ 6º O fator de correção do volume (FCV) será calculado anualmente, com base na tabela de densidade divulgada pela ANP, nas temperaturas médias anuais das unidades federadas divulgada pelo Instituto Nacional de Meteorologia (INMET) e na tabela de conversão de volume aprovada pela Resolução CNP 06/70.";

Pode-se notar que foi permitido aos Estados e Distrito Federal adotar uma modalidade de cálculo mais complexa da margem de valor agregado para cálculo final do preço do produto, que impacta

no imposto devido sob o regime de substituição tributária, o qual incluiu um fator de correção do volume, divulgado por ato normativo e com o desiderato de neutralizar o impacto da variação volumétrica entre a temperatura referência (20°C) e a ambiente em cada Estado no transporte dessas mercadorias, de acordo com atualização anual pelo INMET.

Alguns Estados já vêm internalizando em suas legislações o fator de correção do volume conforme estipulado pelo referido Convênio, como é o caso do Maranhão, por meio do art. 9º, VII, §§ 5º e 6º, do Anexo 4.11, do Decreto nº 19.714/2003⁵, já estando apto à aplicação no aludido cálculo da norma que determina as temperaturas médias para o cálculo do FCV, para o exercício de 2020 (Ato COTEPE/ICMS 64/19).

Por outro lado, ainda não são a maioria das legislações estaduais que dispõem a respeito da inclusão do fator de correção do volume no cálculo da margem de valor agregado dos combustíveis sujeitos à substituição tributária do ICMS, fato que ainda proporciona aos contribuintes a necessidade de recorrer aos Tribunais pátrios para sustentar a inconstitucionalidade e/ou ilegalidade da cobrança em comento.

5 Art. 9º Nas operações promovidas pelo sujeito passivo por substituição tributária, relativamente às saídas subsequentes com combustíveis líquidos e gasosos derivados ou não de petróleo, a margem de valor agregado obtida mediante aplicação da seguinte fórmula, a cada operação: $MVA = \{ [PMPF \times (1 - ALIQ)] / [(VFI + FSE) \times (1 - IM)] / FCV - 1 \} \times 100$, considerando-se: (Conv. ICMS 61/15).

(...)

VII - FCV: fator de correção do volume.

(...)

§ 5º O fator de correção do volume (FCV) será divulgado em ato COTEPE e corresponde a correção dos volumes, utilizados para a composição da base de cálculo do ICMS, dos combustíveis líquidos e derivados de petróleo faturados a 20°C pelo produtor nacional de combustíveis ou por suas bases, pelos importadores ou pelos formuladores, para a comercialização à temperatura ambiente definida em cada unidade federada.

§ 6º O fator de correção do volume (FCV) será calculado anualmente, com base na tabela de densidade divulgada pela ANP, nas temperaturas médias anuais das unidades federadas divulgada pelo Instituto Nacional de Meteorologia (INMET) e na tabela de conversão de volume aprovada pela Resolução CNP 06/70.

4. A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS SOB A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS

Conforme disposto, nem todos os Estados já autorizaram a implementação da referida modalidade de cálculo disposta pelo Convênio ICMS 61/2015 para o regime de substituição tributária em comento, fato que perpetua a discussão no contencioso administrativo tributário das Secretarias das Fazendas dos Estados e, inevitavelmente, transfere o litígio para o crivo do Poder Judiciário, no qual os contribuintes buscam o reconhecimento da impossibilidade dessa exigência tributária.

Nesse sentido, pode-se destacar decisões recentes contrárias aos entendimentos das Administrações Tributárias Estaduais pelos Poderes Judiciários dos respectivos Estados, como é o caso do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, o qual decidiu em sentido contrário à cobrança do ICMS nesse caso, mesmo havendo previsão em Decreto Estadual supostamente salvaguardando tal cobrança (conforme disposto anteriormente):

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO EM PRIMEIRO GRAU. INCONFORMISMO DO ENTE ESTATAL. AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS DE PETRÓLEO PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO DE ICMS - IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS SOB O REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. DILAÇÃO VOLUMÉTRICA DO COMBUSTÍVEL ARMAZENADO DEVIDO AO AUMENTO DA TEMPERATURA AMBIENTE. COBRANÇA DE ICMS/ST COMPLEMENTAR. DESCABIMENTO. FATO GERADOR PRESUMIDO NO ATO DA COMPRA DA MERCADORIA DA REFINARIA. NOVO FATO GERADOR DO TRIBUTO. INOCORRÊNCIA. EXPANSÃO DE UM LÍQUIDO VOLÚVEL POR NATUREZA. VARIAÇÃO DE VOLUME QUE NÃO SE CARACTERIZA COMO MERCADORIA NOVA. RELEVÂNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO AUSENTE. MANUTENÇÃO DO DECISUM. DESPROVIMENTO DA REMESSA E DO APELO.

- O recolhimento de ICMS - Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços por substituição tributária sobre a diferença de volume apurada na quantidade de combustíveis e derivados de petróleo adquirida na refinaria e a comercializada pela distribuidora não se mostra plausível, tendo em vista a

expansão volumétrica dessas mercadorias devido à variação da temperatura ambiente não ensejar novo fato gerador capaz de justificar a cobrança complementar do respectivo tributo.

- Considerando que o aumento ocorrido no volume de combustível armazenado em razão do aumento da temperatura ambiente não se caracteriza como nova mercadoria, mas sim, como mero excedente de um líquido volúvel por natureza, deve ser mantida a decisão *a quo*.

(TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00118164520138152001, 4ª Câmara Especializada Cível, Relator DES. FREDERICO MARTINHO DA NÓBREGA COUTINHO, j. em 26-08-2019)

Pelo acórdão supratranscrito, resta evidente que o Tribunal adotou o entendimento elencado até o momento, qual seja: o de que o fenômeno físico da dilatação dos combustíveis derivados do petróleo não se encontra entre as hipóteses de incidência do ICMS, não constituindo fato imponible eleito pela legislação (circulação jurídica de mercadorias com transferência de titularidade) apto a fazer surgir a obrigação tributária do recolhimento do imposto estadual.

No mesmo sentido, já decidiu, em recentíssimo julgamento, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, o qual optou por seguir o mesmo entendimento já citado da Secretaria da Fazenda desse Estado, fundamentando que o mero fenômeno em questão não se traduz como hipótese de incidência do imposto:

EMENTA: DUPLO APELO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AUTOS DE INFRAÇÃO TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE NULIDADES. CREDITAMENTO EM DECORRÊNCIA DA EVAPORAÇÃO DO COMBUSTÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. FENÔMENO NATURAL. VENDA DE COMBUSTÍVEL PARA COOPERATIVA. ICMS-ST DEVIDO PELA DISTRIBUIDORA. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SENADO FEDERAL QUANTO A FIXAÇÃO DE ALÍQUOTAS INTERESTADUAIS DE ICMS. NÃO CARACTERIZADA. NÃO LIMITAÇÃO AO PERCENTUAL DE 7% (SETE POR CENTO) PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIO FISCAL QUANDO ADQUIRIDO ÁLCOOL DO DISTRITO FEDERAL E VENDIDO NESTE. MULTA. AUSÊNCIA DE CARÁTER CONFISCATÓRIO.1. A dilatação volumétrica do combustível, em decorrência de causas naturais, quando de seu transporte e/ou armazenamento pelos postos de combustíveis, não gera ao Estado o direito de cobrar ICMS complementar. (...)

(TJGO, Apelação (CPC) 5199751-73.2015.8.09.0051, Rel. ITAMAR DE LIMA, 3ª Câmara Cível, julgado em 28/07/2020, DJe de 28/07/2020)

Já no que concerne à jurisprudência dos Tribunais superiores a respeito do assunto, vale frisar que tanto a Suprema Corte quanto a Corte Superior ainda não realizaram um julgamento colegiado a respeito da matéria, não havendo indícios de um possível entendimento a ser adotado por esses Tribunais com relação ao caso específico da cobrança do ICMS na dilatação volumétrica dos combustíveis.

Por outro lado, recentemente, foi julgado caso pelo Supremo Tribunal Federal, sob a sistemática da repercussão geral, referente ao ICMS (Tema nº 176 – RE nº 593.824), o qual, apesar de tratar de mercadoria diversa (energia elétrica), foi bastante importante para se ter uma ideia dos rumos a serem tomados pela jurisprudência da Suprema Corte quanto às limitações constitucionais e legais de incidência do imposto estadual.

Isto porque o voto do Excelentíssimo Ministro Relator do processo, Edson Fachin, seguido pela maioria do Pleno do STF, se debruçou sobre a questão da hipótese de incidência apta a desencadear a tributação pelo imposto estadual, tratando da circulação jurídica de mercadoria, com contrato oneroso entre partes, que importe em transferência de sua titularidade:

A circulação de mercadorias apta a desencadear a tributação por meio de ICMS demanda a existência de um negócio jurídico oneroso que envolve a transferência da titularidade de uma mercadoria de um alienante a um adquirente. A operação, portanto, somente pode ser tributada quando envolve essa transferência, que não pode ser apenas física, mas sim jurídica e econômica. A hipótese de incidência do tributo é, assim, a operação jurídica praticada por comerciante que acarrete circulação de mercadoria e transmissão de sua titularidade ao consumidor final.

Apesar de não tratar especificamente do caso da dilatação volumétrica de combustíveis, tal fundamentação é extensível à lógica de incidência constitucional e legal do próprio ICMS, o que evidencia o regramento a ser seguido pelos Estados e Distrito Federal na cobrança do imposto, apenas exigível, além da necessidade de

previsão legal, se preenchidos os requisitos fáticos e jurídicos delineados acima.

Portanto, além da inexistência de disposição legal que autorize a cobrança de ICMS sobre a variação volumétrica dos combustíveis em decorrência de sua exposição diferenciada a temperaturas de transporte e armazenamento, conclui-se que a referida dilatação volumétrica não se trata de circulação jurídica de mercadoria, pois não se reveste de um contrato oneroso com a entrega de titularidade a consumidor final, apenas decorrendo de fenômeno físico natural, o que, inevitavelmente, fulmina o surgimento de qualquer obrigação tributária.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no exposto, pode-se perceber que tanto a Constituição Federal quanto a Lei Kandir definiram uma das hipóteses de incidência do ICMS como a circulação de mercadorias, não se tratando na mera circulação física, mas naquela que importe em transferência de titularidade da mercadoria, oriunda de contrato oneroso entre as partes: a mencionada circulação jurídica.

Por conseguinte, mais especificamente no que concerne aos combustíveis e derivados de petróleo, evidenciou-se que, apesar de haver norma imunizante na Carta Magna retirando da incidência do imposto as operações interestaduais com essas mercadorias destinadas à industrialização e comercialização, tal regra não é extensível às operações internas, as quais podem ser tributadas, inclusive sob o regime de substituição tributária progressiva.

Nesse sentido, explicitou-se que foi editado Convênio ICMS específico para tratar sobre a substituição tributária de combustíveis e derivados do petróleo em operações interestaduais (Convênio ICMS 110/2007), elencando o remetente de combustíveis (a refinaria) como substituto tributário, mas não dispendo a respeito de todas as variáveis decorrentes desse transporte que impactam na arrecadação e fiscalização, como é o caso do ganho volumétrico dos líquidos em decorrência da variação de temperatura.

Isto porque, quando da realização do transporte interestadual, ao submeter os combustíveis a temperaturas bem mais elevadas que as de armazenagem, de 20°C (já pré-definida pelo setor petrolífero por meio de regramento específico), nota-se um aumento de volume que não se trata de circulação de mercadoria, mas simples fenômeno

físico, natural, o que levou os Fiscos estaduais a tentarem legitimar tal cobrança do ICMS sobre tal fato.

Pela falta de norma tributária específica autorizando a imposição dessa obrigação de recolhimento do imposto, os contenciosos administrativos tributários estaduais tentaram dirimir a controvérsia com base na legislação regulatória ou mesmo tentando encontrar um fundamento nas próprias legislações estaduais referentes ao ICMS.

Inclusive, por meio do Convênio ICMS 61/2015, o CONFAZ vem buscando pôr fim a essa lacuna na normatização tributária, possibilitando a inclusão no cálculo da margem de valor agregado para composição do preço dos combustíveis do fator de correção de volume, com a finalidade de corrigir eventuais perdas e ganhos decorrentes da variação volumétrica. Contudo, tal legislação ainda não foi adotada pela maioria das unidades da Federação, o que, inevitavelmente, leva a discussão ao crivo do Poder Judiciário.

Nesse contexto, já há algumas decisões, inclusive recentes, de Tribunais pátrios, como é o caso dos Tribunais de Justiça do Estado da Paraíba e de Goiás, afastando a incidência do imposto sobre o ganho volumétrico em comento, por entender não haver fato gerador do ICMS. E no mesmo sentido, apesar de não tratar de caso específico, vem decidindo o STF a respeito da incidência do imposto estadual, especificando a sua hipótese de incidência unicamente à já mencionada circulação jurídica de mercadorias.

Assim, apesar de esforços do CONFAZ para regulamentar a correção dos ganhos volumétricos no transporte de combustíveis pela variação de temperatura a que são submetidos, nota-se que as legislações estaduais ainda não têm se atualizado corretamente a respeito do fenômeno.

Em razão disso, nos termos do entendimento de algumas Secretarias da Fazenda, da jurisprudência dos Tribunais estaduais e no rumo da jurisprudência da Suprema Corte, a cobrança do ICMS no caso em liça é inconstitucional e ilegal, pelo fato de não se tratar de hipótese de incidência do imposto em questão com previsão legal, que, necessariamente, deveria se configurar como circulação jurídica da mercadoria, mediante contrato oneroso com a entrega de titularidade a consumidor final, o que não se vê com a ocorrência de fenômeno físico natural, fulminando o surgimento de qualquer obrigação tributária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Fábio Silva. *As novas tentativas dos Estados de legalização da cobrança de ICMS nos casos de “perdas e ganhos*. Thomson Reuters Checkpoint, 2013. Disponível em: artigoscheckpoint.thomsonreuters.com.br/a/61r9/as-novas-tentativas-dos-estados-de-legalizacao-da-cobranca-de-icms-nos-casos-...artigoscheckpoint.thomsonreuters. Acesso em : 21 jul. 2020.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. 13^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BASTOS, Núbia Maria Garcia. *Introdução à metodologia do trabalho acadêmico*. 4^a ed. Fortaleza: Nacional, 2007.

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: 21 jul. 2020

BRASIL. *Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996*. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, [1996]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm. Acesso em: 21 jul. 2020.

HELERBROCK, Rafael. *Dilatação superficial*; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/fisica/dilatacao-superficial.htm>. Acesso em: 27 jul. 2020.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 37^a ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 11^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. 9788553616282. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616282/>. Acesso em: 05 ago. 2020

ARBITRAGEM APLICADA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E À EXECUÇÃO FISCAL

Jefferson de Paula Viana Filho

Procurador do Estado do Ceará; Advogado; Especialista em Direito e Processo Tributário; Presidente da Comissão de Direito Tributário da OAB-CE (Gestão 2019-2021); Presidente da ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO MÉDICO – ASOLADEME-BR – Regional Ceará; Professor de Graduação e Pós-Graduação em Direito Tributário; Palestrante e Autor de Artigos Jurídicos.

1. CONCEITO E BREVE HISTÓRICO DA ARBITRAGEM

Diante da morosidade do Estado em pacificar conflitos, começa-se a buscar outros meios para se alcançar o objetivo da pacificação social. Nesse sentido, o processo resulta num procedimento extremamente caro e duradouro, o que dificulta o acesso à justiça e ocasiona na frustração social. Portanto, os meios alternativos de solução de conflitos, ao trazer uma ruptura com o formalismo processual, traz consigo celeridade e gratuidade. Os meios alternativos de pacificação social são: a conciliação, mediação e *arbitragem*. Neste parecer, nos ocupemos desta última.

Hodiernamente, a arbitragem tornou um meio pelo qual é possível a resolução de um litígio por uma terceira pessoa, sem a força da autoridade da interferência estatal, através de um determinado procedimento e mediante uma decisão que possui a autoridade idêntica a uma sentença judicial.

Para Carlos Alberto Carmona arbitragem é:

Meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seu poder de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.¹

¹ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 51.

Ressalta-se que nesse meio se exige dos interessados em litígio, que nomeiem, por ato voluntário, um terceiro para a resolução do conflito. Além disso, uma das características que se destaca nesse instituto é a capacidade de permitir a composição da lide, o que o exercício da função jurisdicional raramente é capaz de alcançar quando o mesmo caso é levado ao judiciário.

No que se refere ao seu histórico no Brasil, a arbitragem está há muito tempo presente no ordenamento jurídico, como na Constituição de 1824, no art.160, no Código do Comércio de 1850, ao adotar arbitragem obrigatória para resolução de conflitos entre os comerciantes (contudo, por conter caráter compulsório, fora revogada). A Constituição da República de 1891 também fez menção à arbitragem, no entanto referiu-se ao instituto apenas como um meio de evitar guerras e resolver questões envolvendo fronteiras, suprimindo assim a arbitragem entre particulares (BRASIL, 1891).

A arbitragem é um dos mais antigos meios de composição de conflitos pela heterocomposição, onde há a presença de um terceiro imparcial para solução do conflito.

Segundo Jacob Dolinger, a arbitragem já estava presente entre os hebreus na antiguidade, descrita no pentateuco que relata conflitos decididos por árbitros.

No Direito Romano, a arbitragem voluntária e facultativa era admitida e por muitas vezes estimulada, dando espaço, mais à frente à arbitragem obrigatória.

Mesmo antes da Colonização do Brasil, no ano de 1494 foi empregada a arbitragem para resolver conflito estabelecido entre Portugal e Espanha acerca das futuras terras da colônia, o que era previsto no Tratado de Tordesilhas, e que teve como árbitro o Papa Alexandre VI.

Vejamos alguns momentos importantes onde se trouxe à tona a arbitragem no Brasil:

- Entre 1603 e a promulgação da Constituição de 1824;
- Em 1831 – Resolução sobre arbitragem;
- Em 1837 – Lei nº 108, tratando da locação de serviços e da arbitragem;
- Código Comercial de 1850 - Lei nº 556, de 25 de junho de 1850;
- Código Civil de 1916 – Lei nº 3.017;
- Lei nº 9.307 de 1996 – Lei da Arbitragem.

A arbitragem entre particulares reaparece depois de alguns anos com a promulgação do primeiro Código Civil brasileiro, Lei nº 3.071, de 1916, nos artigos 1.037 a 1.048, além de figurar em diversas outras leis ao longo do tempo. Como se pode observar, desde muito cedo se observa a arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro.

Atualmente, o regramento atual do instituto é trazido pela Lei nº 9.307/96. Sobre a Lei de Arbitragem atualmente vigente refere-se que essa alterou profundamente o instituto no Brasil, já que, dentre outras inovações, não há mais a necessidade da homologação judicial da decisão proferida pelo árbitro, tornando a sentença arbitral em título executivo judicial. Nessa senda, para sentenças estrangeiras, bastará homologação do próprio Superior Tribunal de Justiça – artigo 35 da lei -, dispensando a homologação do judiciário de origem, como até então se exigia.

Tão logo entrou em vigor, a constitucionalidade da Lei da Arbitragem foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal, pois começou-se a questionar se a referida lei estaria violando o Princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV, da Magna Carta. No entanto, o Supremo Tribunal Federal² entendeu pela sua constitucionalidade, pois além da Constituição Federal não assegurar o duplo grau de jurisdição, a arbitragem só é cabível quando as partes forem capazes e os interesses forem disponíveis, não havendo ofensa ao princípio da inafastabilidade de jurisdição. Outrossim, a jurisdição é atividade típica de Estado, mas não exclusiva do Estado.

1.1. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996

Também conhecida como Lei da Arbitragem, isto por tratar sobre o referido meio de solução de conflito, esse instrumento normativo traz as particularidades que tratam a autocomposição, bem como a figura do árbitro e sua sentença.

No decorrer do presente artigo os principais artigos da citada lei serão analisados e debatidos, levando-se em consideração o atual posicionamento dos tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), além da mudança legislativa provocada pelo Projeto de Lei 4.257/2019 do Senado Federal.

1.2. Arbitragem e a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Licitações Públicas)

A Lei que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, que institui normas para Licitações e contratos da Administração Pública, de nº 8.666/93, conhecida como Lei das Licitações Públicas, não trata sobre a aplicabilidade da Arbitragem para resolução dos conflitos pertinentes às contratações licitatórias.

Portanto, cabe-se aplicar a modalidade Arbitragem nas soluções dos conflitos licitatórios?

Essa pergunta será analisada e debatida no decorrer do presente artigo.

1.3. Arbitragem na Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980 (Lei de Execução Fiscal) – Projeto de Lei 4.257/2019 do Senado Federal

A Lei nº 6.830/80, que dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, aplica-se às cobranças onde o polo ativo poderá ser qualquer dos Entes Federativos.

A dúvida que paira é sobre a aplicabilidade da arbitragem para resolver o contencioso proveniente da Cobrança da Dívida Ativa.

A resposta vem no Projeto de Lei nº 4.257/2019 do Senado Federal! O que traz o referido projeto?

O Projeto de Lei 4.257/2019 de autoria do Senador Antônio Anastasia (PSDB/MG), traz a modificação da Lei 6.830/1980, para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária, nas hipóteses que especifica.

O Projeto traz a permissão ao executado em optar pela adoção de juízo arbitral, caso a execução esteja garantida por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia.

Além de permitir à Fazenda Pública optar pela execução extrajudicial da dívida ativa de tributos e taxas que especifica, mediante notificação administrativa do devedor.

A Lei de Execução Fiscal passaria a ter as seguintes alterações

Art. 1º A Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, passa a vigorar com as seguintes alterações:

CAPÍTULO I

DA EXECUÇÃO JUDICIAL DA DÍVIDA ATIVA

Art. 1º

Art. 16-A. Se o executado garantir a execução por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, pode optar pela adoção de juízo arbitral para julgar os embargos ofertados, respeitados os requisitos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e os a seguir definidos, na forma do regulamento de cada entidade da Federação.

Art. 16-B. Nenhum árbitro pode decidir mais de um processo do mesmo particular ou do grupo econômico do qual este faça parte o particular por ano.

Art. 16-C. O processo arbitral é público, de direito, e conduzido por órgão arbitral institucional, de reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais.

Art. 16-D. A fixação dos honorários advocatícios no processo arbitral obedece aos critérios do art. 85 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil.

Parágrafo único. O valor final dos honorários advocatícios não pode ser superior à metade do que seria arbitrado no processo judicial.

Art. 16-E. As despesas do processo arbitral devem ser adiantadas pelo executado e não podem exceder o montante fixado a título de honorários advocatícios.

Art. 16-F. Qualquer das partes pode pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade caso a sentença arbitral contrarie enunciado de súmula vinculante, decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade ou acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de repercussão geral.

Conforme justificativa do autor do projeto – Senador Antonio Anastasia, o projeto também insere uma regra de procedimento arbitral para processamento de embargos à execução.

Para ser interessante para a Fazenda Pública, o procedimento arbitral, após julgar o embargos, deve permitir a imediata satisfação do crédito.

A circunstância de o devedor garantir a execução por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, permite que, se a Fazenda vencer o julgamento, poderá logo levantar o valor, extinguir a execução e não terá o ônus de procurar bens ou se submeter aos procedimentos de alienação de bens imóveis ou de outras modalidades de garantia.

Por outro lado, para que não haja ônus adicional à Fazenda Pública, o projeto prevê que, caso o executado opte pelo procedimento arbitral, procedimento que deverá ser autorizado por lei de cada ente federado, ele deverá antecipar as custas. Se a Fazenda for vencida, ressarcirá tais despesas na forma da legislação local, e arcará com honorários advocatícios arbitrados consoante previsão do CPC, os quais serão, após definidos, reduzidos pela metade.

Os custos com o procedimento arbitral não poderão exceder esse valor. Tem-se, assim, critério que não implica ônus adicional para a Fazenda, caso opte pelo procedimento arbitral e fique vencida.

Deve-se frisar que tal procedimento pode ser interessante para empresas que desejem ter os embargos apreciados de maneira célere.

De acordo com a Nota Técnica do IPEA, o ajuizamento de embargos de devedor demanda 1.791 dias, em média, para o seu processamento na Justiça Federal, ou seja, quase 5 (cinco) anos (fl. 12).

2. PRINCIPIOS DA ARBITRAGEM

Na apostila do módulo SOLUÇÃO ALTERNATIVA DOS CONFLITOS, a Profa. Cristiane Dias Carneiro traz um excelente resumo dos mais importantes princípios da arbitragem, e que pedimos venia para transcrever na íntegra, diante da sua importância, *in verbis*.

2.1 Princípio da autonomia da vontade

Estabelecido logo no art. 1º da Lei, confere às partes a faculdade de se socorrerem da arbitragem para solução da controvérsia versando sobre direito patrimonial disponível, renunciando, consequentemente, ao direito constitucional de ir ao Judiciário.

Conforme definição de Francisco dos Santos Amaral Neto: “Autonomia da vontade é, portanto, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência, o direito obrigacional...”.

Este princípio permite que as partes manifestem a opção de substituir a jurisdição estatal pela arbitral, escolhendo, ainda, se a arbitragem será de direito ou por equidade (art. 2º). Conforme artigo 18.3, as partes são livres também para escolher o direito aplicável e se a arbitragem será institucional ou *ad hoc*. As partes devem, ainda, escolher o idioma a ser utilizado. No entanto, se assim não procederem, o idioma será o da sede do tribunal arbitral.

No entanto, Cristina Ayoub Riche observa que o princípio da vontade sofre algumas limitações, entre elas os preceitos de ordem pública e bons costumes e as imposições legais (por exemplo, a elaboração do compromisso arbitral – art. 10).

2.2 Princípio da imparcialidade

Expressamente previsto no art. 13 § 6º da Lei nº 9.307/96, este princípio determina que o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição. Se de outra forma agir, a sentença arbitral será nula (art. 32, VIII).

2.3 Princípio do livre convencimento

Expressamente previsto no art. 21 § 2º da Lei nº 9.307/96, o princípio do livre convencimento exprime a liberdade atribuída ao árbitro para apreciar as provas com inteligência, ponderação, bom senso, acuidade e prudência para proferir sua decisão. Tal princípio permite que o árbitro forme a sua livre convicção na hora do julgamento. Cristina Ayoub Riche esclarece que o julgamento do árbitro deve ser racional e fundamentado, mesmo que se trate de julgamento por equidade, pois não é admissível que o árbitro considere verdadeiros os fatos não provados e vice-versa.

2.4 Princípio da irrecorribilidade da sentença arbitral

Visando à celeridade da solução do conflito, não é aceitável a propositura de recursos ao próprio árbitro, tribunal arbitral ou ao Poder Judiciário, solicitando uma segunda análise do mérito da questão. Antes do advento da Lei nº 9.307/96, era facultado às partes o recurso.

Todavia, o art. 30 permitiu o questionamento da sentença arbitral em dois casos, quais sejam: se ocorrer erro material ou se houver alguma obscuridade, dúvida, contradição ou omissão na

sentença arbitral. O árbitro ou o tribunal arbitral, no prazo de 10 dias, aditará a sentença arbitral e notificará as partes. Somente é permitido o socorro ao Poder Judiciário nos casos de nulidade da sentença arbitral (art. 32), mas não para reexame do mérito por insatisfação da parte vencida.

3. ASPECTOS PROCESSUAIS DA ARBITRAGEM

A decisão emitida por um árbitro não necessita da homologação pelo Poder Judiciário. Nesse viés, é necessário demonstrar outros aspectos importantes no que se refere ao procedimento em sede de Arbitragem.

O fato da referida Lei, além de assegurar que a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença judicial, trata a mesma como título executivo judicial. Assim, em caso de descumprimento da sentença arbitral, poderá ser executada, no judiciário, como título executivo judicial equiparado à sentença judicial.

Do mesmo modo, a parte interessada poderá pleitear a órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, em casos de ocorrência de vícios processuais. Não obstante, o próprio STF³ já decidiu que é legítima a cláusula de irrecorribilidade de sentença arbitral, não ofendendo a norma constitucional.

Ressalta-se que a convenção de arbitragem possui efeito vinculante, *afastando a apreciação da controvérsia pelo Poder Judiciário, sem possibilidade de revisão da decisão final*. Não podem as partes, nem por mútuo acordo, convencionar que a sentença arbitral será objeto de recurso a ser apreciado pela corte estatal, por ausência de previsão legal e violação da estrutura funcional do Poder Judiciário.

Também não pode o tribunal arbitral rever a sentença arbitral, a não ser em caso de pedido de correção por existência de erro material, obscuridade, dúvida, contradição ou omissão. Por outro lado, a lei não proíbe que se estabeleça um recurso arbitral, a ser apreciado por outro colegiado.

4. ARBITRARIEDADE SUBJETIVA E OBJETIVA/ A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A ARBITRAGEM

De acordo com a Lei da arbitragem (9.307/96), no artigo 1º há duas condições para poder se recorrer a arbitragem. Vejamos:

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

Como se pode observar, são necessários dois requisitos: pessoas capazes de contratar (subjatividade) e objeto o objeto sobre o qual litigam as partes serem direitos patrimoniais disponíveis (objetividade). Importante ressaltar que se considera pessoas capazes de contratar, genericamente, aquelas elencadas no art. 1º do CC.

Nesse ponto, não há nenhuma regra que exclua as pessoas jurídicas de direito público desse conceito, sendo facultada, por conseguinte, a participação do Poder Público, dado que este é capaz de contratar tendo em vista sua capacidade ficta de pessoa jurídica.

Eros Grau ainda enfatiza que: “sempre que puder contratar o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem.”³⁹ Diante desse conceito se introduz a condição objetiva da arbitrabilidade, que diz respeito às matérias que poderão ser submetidas à apreciação dos árbitros: aquelas que envolvem os direitos patrimoniais disponíveis.

Em termos mais precisos, assim dispôs o Código Civil: “é vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e outras que não tenham caráter estritamente patrimonial” (artigo 852).

Delicado, nesse contexto, é desvendar o real sentido da expressão jurídica “direitos patrimoniais disponíveis”, a qual se alinha ao que se convencionou denominar “conceito jurídico indeterminado”. Não bastasse a dificuldade conceitual de “direitos patrimoniais disponíveis”, cabe enfrentar a questão acerca da existência desses direitos na atuação da Administração Pública.

A visão clássica do Direito Administrativo concebe a atuação estatal a partir do interesse público, o qual é indisponível e pertence à coletividade, não ao Estado. O eixo condutor dessa orientação doutrinária prende-se aos princípios da supremacia do interesse público e da legalidade. Segundo essa linha de raciocínio, toda a atuação da Administração revela manifestação de interesse público não disponível, o que inviabilizaria a adoção da arbitragem em litígios travados entre o ente público e os particulares. Esse, inclusive, é o entendimento do Tribunal de Contas da União⁴.

4 Acórdão 1.099/2006 - Plenário, publicada no DOU de 10.07.2006.

Contudo, é importante ressaltar que o Direito brasileiro vem tratando esta divergência ao passar por várias mudanças legislativas em favor de meios alternativos de pacificação social para resolver litígios entre a Administração Pública e entes particulares. Nesse sentido, vejamos os seguintes dispositivos legais que já demonstram a suscetibilidade do Estado em pacificar conflitos por meio da arbitragem:

1. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e cria a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações)
2. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional e Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo (ANP)
3. Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001 que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas Públicas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes
4. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

5. DOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS POSITIVANDO A FORÇA VINCULATIVA DA ARBITRAGEM

Neste ponto, passaremos a trazer precedentes jurisprudenciais que positivam a força vinculativa da arbitragem, inclusive afastando a análise pelo Poder Judiciário, conforme determinam os artigos art. 485, VII e 42, ambos do CPC/2015, além do artigo 4º da Lei 9.307/96 (Lei da Arbitragem, *in verbis*:

Art. 485, CPC-2015. O juiz não resolverá o mérito quando:

(...)

VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;

Artigo 4, da Lei nº 9.307 (Lei da Arbitragem) - 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. § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserida no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

De outro giro, insta salientar, que a convenção de arbitragem prevista contratualmente afasta a jurisdição estatal, impondo ao árbitro o poder-dever de decidir as questões decorrentes do contrato, além da própria existência, validade e eficácia da cláusula compromissória.

Ou seja, a existência de cláusula arbitral afasta a primazia do juízo arbitral ao estatal, vez que a existência de convenção de arbitragem, alegada pela parte, impõe a extinção do processo sem resolução do mérito (art. 485, VII, do CPC/2015). Além disso, o art. 42 do CPC/2015, dispõe que a causa deve ser processada e decida por juízo estatal, salvo se as partes instituírem juízo arbitral.

Vale lembrar, que a referida cláusula desdobra-se em duas modalidades: cheia ou vazia, como leciona Luiz Antonio Scavone Jr.:

A cláusula arbitral cheia é aquela que contém os requisitos mínimos para que possa ser instaurado o procedimento arbitral (as condições mínimas que o art. 10 da Lei de Arbitragem impõe para o compromisso arbitral), como, por exemplo, a forma de indicação dos árbitros, o local etc., tornando prescindível o compromisso arbitral. A cláusula arbitral vazia (ou em branco) é aquela em que as partes simplesmente se obrigam a submeter seus conflitos à arbitragem, sem estabelecer, contudo, as regras mínimas para desenvolvimento da solução arbitral e, tampouco, indicar as regras de uma entidade especializada, tornando necessário, ao surgir o conflito, que as partes, antes de dar início à arbitragem, firmem, além da cláusula arbitral, um compromisso arbitral.⁵

Outrossim, na Lei 9.307/96 o princípio da competência está inserido no parágrafo único do art. 8º: “Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”.

5 SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. Manual de arbitragem: mediação e conciliação. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. pp. 89/91.

Logo, há que se considerar que frente a hierarquia cronológica entre o árbitro e o juiz togado, o árbitro é quem decide, em primeiro lugar, a respeito de sua competência para conhecer acerca de determinada controvérsia.

Na mesma linha caminha a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça – STJ, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. CONTRATO DE FRANQUIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTATAL. KOMPETENZ-KOMPETENZ. 1- Ação ajuizada em 14/12/2010. Recurso especial interposto em 16/7/2012. 2- O propósito recursal é definir se o Juízo da 8ª Vara Cível Central da Comarca de São Paulo - SP é competente para processar e julgar a presente ação, em razão da existência de cláusula arbitral no contrato de franquia que constitui o objeto da lide. 3- Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração. 4- A convenção de arbitragem prevista contratualmente afasta a jurisdição estatal, impondo ao árbitro o poder-dever de decidir as questões decorrentes do contrato, além da própria existência, validade e eficácia da cláusula compromissória. 5- Recurso especial provido. (STJ. REsp 1597658/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrigli, j. Em 18-05-2017, DJe 10-08-2017).

Inclusive, a Respeito do tema, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em decisão da Ministra CARMEM LÚCIA, proferiu decisão sobre o tema, entendendo que a clausula arbitral possui a natureza vinculativa, assentando que:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA E DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. MATÉRIAS INFRACONSTITUCIONAIS: OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. PRECEDENTES. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO

Ademais, a intervenção anterior do Judiciário no intuito de afastar a jurisdição do árbitro ou do Tribunal Arbitral constitui-se, além de uma evidente violação ao art. 8º da Lei 9.307/96, desrespeito

aos princípios basilares da Teoria dos Contratos (o *pacta sunt servanda* - o contrato é lei entre as partes, o princípio da boa-fé - art. 422 do Código Civil - e o *venire contra factum proprium*), porquanto aplicáveis à cláusula compromissória.

Vejamos, neste ponto, o citado artigo 422, do CC-02, *in verbis* Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Também pensa da mesma forma o STJ, inclusive seguindo antigo posicionamento da corte, conforme se constata do seguinte julgado de 1998, *in verbis*:

HERANÇA DE DIREITO ROMANO, PREVALECE ENTRE NÓS, O PRINCÍPIO - *PACTA SUNT SERVANDA* - OU SEJA, ENQUANTO EXISTE A RELAÇÃO JURÍDICA, DEVE SER CUMPRIDA AS RESPECTIVAS OBRIGAÇÕES. E MAIS, AS PARTES SÃO SUBSTITUIDAS POR SEUS SUCESSORES. ENQUANTO EM VIGOR O CONTRATO DE LOCAÇÃO, O FIADOR A ELE ESTÁ VINCULADO, NÃO OBSTANTE A MORTE DO INQUILINO. E MAIS, A MORTE E FATO PREVISÍVEL, EMBORA DE DATA INCERTA. CUMPRE SER LEVADO EM CONTA PELO FIADOR, APESAR DA VINCULAÇÃO *INTUITU PERSONAE*.

(REsp 167.978/PR, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/1998, DJ 22/06/1998, p. 213)

Por fim, porém não menos importante, faz-se necessário aplaudir a inovação legislativa da Lei da Arbitragem que positivou a chamada *independência da cláusula arbitral em relação a eventual nulidade do contrato*, autorizando a manutenção da validade da cláusula de arbitragem, mesmo se o contrato no qual a citada cláusula se encontre inserido venha a ser declarado nulo, *in verbis*:

Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

6. O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL NO QUE SE REFERE A ARBITRAGEM NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como já foi exaustivamente demonstrado, apesar de arbitragem estar presente em diversas leis e haver uma evolução legislativa para ampliá-la, há na doutrina grande divergência sobre a possibilidade da Administração Pública se submeter a um tribunal arbitral, devido a alegada indisponibilidade dos bens públicos. Ora, mas como os tribunais se comportam sobre o tema?

Primeiramente, é importante lembrarmos que a sentença arbitral possui efeito vinculante, de modo que a controvérsia não poderá ser mais apreciada pelo Judiciário, sendo apenas possível o pleito de nulidade da sentença em caso de vícios processuais.

Quando se trata a Administração Pública, é sabido que a mesma possui princípios norteadores que devem ser observados, de modo que as cláusulas da arbitragem devem respeitá-los. Como exemplo, tem-se o Caso Guggenheim, no qual o TJRJ não aceitou a possibilidade de arbitragem. O Tribunal considerou que a cláusula 12.2 do acordo entre o Município do Rio de Janeiro e a Fundação Solomon R. Guggenheim contrariava o art.37, *caput*, da Constituição Federal, cujo texto exige que a Administração Pública se norteie pelo princípio da publicidade. (TJRS, j.14 nov. 2002, AI 70003866258, Rel. Des. Teresinha de Oliveira Silva.)

Já no TJRS, no Caso AES Uruguaiana x CEEE, não admitiu a arbitragem. Para sustentar sua decisão, a relatora do processo se baseou no art.5o, XXXV, da Constituição Federal, que afirma que nenhuma lei pode excluir da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. (TJRS, j.14 nov. 2002, AI 70003866258, Rel. Des. Teresinha de Oliveira Silva.)

Contudo, os posicionamentos cada vez mais frequentes do STF e STJ a favor da arbitragem, trouxeram mais flexibilidade aos tribunais pátrios ao decidirem favoravelmente à constituição da arbitragem. No seguinte julgado do STJ, vemos, a partir daí, uma evolução da jurisprudência brasileira:

PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. 1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de

submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência. 2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil. 3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste. 4. Recurso especial provido. (Recurso Especial nº 612.439-RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha e Mandado de Segurança nº 11.308-DF, Rel. Min. Luiz Fux, D.J.U. 1 de 3.3.2006)

Nesse sentido, uma das questões que é frequentemente suscitada é: caso haja previsão da arbitragem no contrato, é possível levar o litígio primeiramente ao Poder Judiciário?

Em 2018, a 3ª Turma do STJ analisou o REsp 1.550.260 e decidiu pela primazia da arbitragem, devido ao reconhecimento da convenção arbitral de resolver conflitos e o reconhecido caráter jurisdicional da arbitragem. Vejamos o que diz o Ministro do voto vencedor:

Em assim o fazendo, a competência do juízo arbitral precede, em regra, à atuação jurisdicional do Estado para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. A sentença arbitral produz entre as partes envolvidas os mesmos efeitos da sentença judicial e, se condenatória, constitui título executivo. Além disso, tão somente após a sua superveniência é possível a atuação do Poder Judiciário para anulá-la, nos termos dos artigos 31, 32 e 33 da Lei 9.307/1996.⁶

Este também é o entendimento de alguns tribunais pátrios. No recente processo milionário da cantora brasileira Solange Almeida contra Aviões do Forró Gravações e Edições Musicais LTDA, em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, o juiz, em 1ª instância, extinguiu o processo sem resolução de mérito, devido à cláusula de arbitragem prevista no contrato, *in verbis*:

Insta salientar que a convenção de arbitragem prevista contratualmente afasta a jurisdição estatal, impondo ao árbitro

6 Ministro Villas Bôas Cueva no REsp 1.550.260

o poder-dever de decidir as questões decorrentes do contrato, além da própria existência, validade e eficácia da cláusula compromissória.⁷

Na referida sentença, o juiz ainda cita que este é a orientação do Superior Tribunal de Justiça. Vejamos:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. CONTRATO DE FRANQUIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTATAL. KOMPETENZ-KOMPETENZ. 1- Ação ajuizada em 14/12/2010. Recurso especial interposto em 16/7/2012. 2- O propósito recursal é definir se o Juízo da 8ª Vara Cível Central da Comarca de São Paulo - SP é competente para processar e julgar a presente ação, em razão da existência de cláusula arbitral no contrato de franquia que constitui o objeto da lide. 3- Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração. 4- A convenção de arbitragem prevista contratualmente afasta a jurisdição estatal, impondo ao árbitro o poder-dever de decidir as questões decorrentes do contrato, além da própria existência, validade e eficácia da cláusula compromissória. 5- Recurso especial provido. (STJ. REsp 1597658/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, j. Em 18-05-2017, DJe 10-08-2017)

Como podemos ver, o ponto crucial da questão ainda continua sendo a discussão sobre a possibilidade de a Administração Pública poder compor uma convenção de arbitragem. Porém, os tribunais começam a decidir favoravelmente em favor deste meio de resolução de conflito, inclusive dando primazia ao instituto da arbitragem do que a Jurisdição Estatal.

7. CONCLUSÃO

Pode-se concluir que a arbitragem, sendo um meio que busca a pacificação de conflitos, alcança o objetivo pela celeridade no decorrer do seu processo. Ademais, como é conferida a mesma autoridade de uma sentença judicial a uma sentença arbitral, além de ser título executivo judicial, há visivelmente segurança jurídica neste instituto.

7 Processo nº 0117685-22.2019.8.06.0001, TJCE.

No que toca à arbitragem em parcerias público-privadas, este meio se torna ainda mais atraente, funcionando como fator positivo na avaliação de riscos feita pelos potenciais interessados na contratação.

Nesse sentido, é importante ressaltar que, diante do interesse público presente em todos os atos da Administração Pública, há bastante divergência jurisprudencial e doutrinária. Ora, o interesse público torna indisponível qualquer objeto por pertencer à coletividade e não ao Estado, de modo que isso inviabilizaria a arbitragem, pois lembremos que um dos requisitos para sua formação é a disponibilidade de direitos patrimoniais.

Contudo, tanto o STF quanto o STJ têm apresentado entendimentos favoráveis à força vinculativa da arbitragem, inclusive afastando a jurisdição formal do Estado (princípio da competência da clausula arbitral), além das variadas mudanças legislativas que inovam o ordenamento jurídico em permitir o procedimento arbitrário.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ALVARENGA, José Eduardo. *Parceria público-privadas: breves comentários*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, nº 2, mai./jul. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/redae-2-maio-2005-jose%20alvarenga.pdf> Acesso em 10.11.2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *As Parcerias Público-Privadas*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI20266,71043-As+Parcerias+PublicoPrivadas+PPPs>> Acesso em: 09 nov. 2019.

TIBURCIO, Carmen. *A arbitragem envolvendo a administração pública*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/a-arbitragem-envolvendo-a-administracao-publica/>> Acesso em: 09 nov. 2019.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31ª ed. Malheiros, 2015.

BENETI, Ana Carolina Aguiar; SANCHEZ, Guilherme. *Arbitragem e sociedades de economia mista - recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI37281,71043Arbitragem+e+sociedades+de+economia+mista+recentes+deciso+es+do>. Acesso em: 09 nov. 2019.

TALAMI, Eduardo; *Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP)*; Disponível em: https://www.academia.edu/231459/Arbitragem_e_Parcerias_P%C3%BAblico-Privadas_PPP_2004; Acesso em: 09 nov. 2019.

Brasil, Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996; *Dispõe sobre a arbitragem*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em 06 nov. 2019.

Brasil, Lei nº 11.079/04, de 30 de dezembro de 2014; *Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública*. Acesso em 06 nov. 2019.

CREMASCO, Suzana Santi; SILVA, Tiago Eler; *O Caráter Jurisdicional da Arbitragem e o Precedente Arbitral*; Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/159/147>; Acesso em 11 nov. 2019.

MENDES, Paulo; SOUSA, Daniel Ferreira; *Da arbitragem à judicialização nos contratos de PPP: a experiência das parcerias público-privadas do Estado de Minas Gerais*; Disponível em <https://jus.com.br/artigos/49656/da-arbitragem-a-judicializacao-nos-contratos-de-ppp-a-experiencia-das-parcerias-publico-privadas-do-estado-de-minas-gerais>; Acesso em: 11 nov. 2019.

CEGUEIRA DELIBERADA E LAVAGEM DE CAPITAS: REFLEXÕES DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO COMPARADO

Magno Gomes de Oliveira

Doutorando em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; Especialista em Direito Penal Econômico, Internacional e Europeu pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Especialista em Direito Processual Penal pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará; Especialista em Direito Processual Civil pela UNIFOR; Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará e Professor do Curso de Direito da UNI7, em Fortaleza.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo será desenvolvido sob o tema “Cegueira Deliberada e Lavagem de Capitais: Reflexões da doutrina e da jurisprudência no direito comparado”. Seu foco é verificar se há compatibilidade dessa teoria com o crime de lavagem de capitais, o qual tem ocupado as atenções mundiais desde 1988. O trabalho será desenvolvido em três capítulos, sendo o primeiro voltado ao exame da cegueira deliberada, acerca da qual serão apresentadas considerações introdutórias, alusão a seus antecedentes históricos, sua interpretação à luz da jurisprudência internacional, com foco nos precedentes da Cortes Supremas da Espanha, EUA e Brasil, mas quanto a este último serão aludidos outros julgados do STJ e de tribunais de segunda instância. O segundo capítulo terá por foco a análise doutrinária da *wilfull blindness*, a partir das autorizadas e percutientes reflexões de Douglas Husak, Craig Callender, David Luban, Ramon Ragués i Vallès e Luis Greco. E, finalmente, o último capítulo enfrentará a zona de interseção entre a teoria da cegueira

deliberada e o fenômeno da lavagem de capitais, buscando apontar sumariamente as razões motivadoras pelas quais algumas entidades não financeiras, tais como contadores e advogados, decidem deliberadamente ignorar as evidências de que seus serviços estão sendo remunerados com dinheiro de origem espúria.

Por razões óbvias, o tema é sensível porque diz respeito a uma das mais poderosas corporações profissionais do mundo, a qual reúne, somente no Brasil, um contingente superior a um milhão e duzentos mil advogados, os quais repudiam qualquer dever de cooperação com o regime de prevenção à lavagem de capitais, a despeito de se tratar de fenômeno criminal que tem envolvido cifras monumentais, a ponto de o Fundo Monetário Internacional ter advertido que o volume de recursos de origem criminosa que é “descontaminado” pelo branqueamento é da ordem de 5% do valor do PIB de cada país.

2. CONSIDERAÇÕES INAUGURAIS SOBRE A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

A teoria da cegueira deliberada (*willful blindness*), também conhecida como doutrina das instruções do avestruz (*ostrich instructions*) e doutrina da evitação da consciência (*conscious avoidance doctrine*), consiste em construção jurisprudencial assemelhada à formulação do dolo eventual e por meio da qual se afigura possível o enquadramento, por lavagem de capitais, daquele que, mesmo ciente da elevada probabilidade da procedência ilícita dos recursos, assume o risco de produzir o resultado ao agir, ainda assim, de modo indiferente a este conhecimento. A teoria teve origem nos Estados Unidos da América, mas ao longo dos anos passou a ser adotada em diversos Estados, tais como Espanha, Alemanha e Brasil, sendo oportuno referir que certa parcela da doutrina sustenta que a *willfull blindness* emergiu como forma de suprir falhas dos órgãos estatais de persecução criminal no recolhimento de provas suficientes da autoria dolosa de um crime.

Sua concepção é no sentido de que o agente, em busca de obter algum benefício, pratica uma conduta penalmente típica, mas deliberadamente opta por ignorar determinadas circunstâncias suspeitas, e assim o faz com o propósito deliberado de afastar o dolo. O agente tem consciência, ou pelo menos acentuada suspeita, de estar diante de um negócio ilícito, todavia, em vez de negar-se a tomar parte no evento, decide dele participar para auferir lucro. Daí

decorre a analogia com o avestruz, que enterra a cabeça no solo para não enxergar o que acontece à sua volta.

É certo que se levantam críticas contra tal teoria, sob o argumento de que ela não passa de um instrumento punitivista inerente a uma sociedade de risco, a qual tem justificado uma indesejável expansão do direito penal no mundo contemporâneo, com certa flexibilização de regras garantidoras de liberdade dos indivíduos.

2.1 Antecedentes históricos da *wilfull blindness*

As primeiras evidências da teoria da cegueira deliberada se verificaram na Inglaterra, em 1861, por ocasião do julgamento do caso Regina vs. Sleep. A defesa buscava absolver o arguido de uma acusação de malversação de bens públicos, eis que ele teria embarcado containers contendo parafusos de cobre, que tinham uma marca em forma de flecha, o que denotava serem de propriedade do Estado britânico. Julgado pelo júri, o arguido foi declarado culpado, entretanto, a defesa recorreu argumentando que o ferrageiro ignorava a propriedade estatal dos bens. Finalmente, o réu findou sendo absolvido pelo magistrado togado, o qual considerou errada a deliberação dos jurados porque Sleep desconhecia a origem da carga, e também não se abstivera intencionalmente de sabê-lo, eis que os parafusos já estavam dentro dos containers quando passaram à posse dele (ROBBINS, 1990, p. 195)¹. *Mutatis mutandi*, caso as provas demonstrassem que o réu se esquivara deliberadamente de saber o conteúdo dos containers seria merecedor de uma punição igual àquela cabível em caso de efetivo conhecimento.

Em 1875, também na Inglaterra, deu-se o julgamento do caso Bosley vs. Davies, ocasião em que o réu, proprietário de uma pensão, foi condenado por consentir a prática de jogos ilegais em suas instalações. Destaque-se que inobstante a alegativa de que desconhecia a ocorrência da prática ilegal em seu estabelecimento, a sentença condenatória consignou que o conhecimento real não era obrigatório, eis que o conjunto de circunstâncias demonstravam que o acusado e seus funcionários foram coniventes ante aquela prática

1 ROBBINS, Ira P. *The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea*. The Journal of Criminal Law Criminology. Chicago, 1990, p. 195. Disponível em: scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol81/iss2/1/. Acesso em 11.03.2019.

ilícita (ROBBINS, 1990, p. 197)². Daí surgiu a *Willful Blindness*, a qual serviu como precedente para muitas outras condenações criminais em que os réus tivessem motivos razoáveis para suspeitar do ilícito. Além disso, no fim do século XIX, a teoria da cegueira deliberada foi estabelecida como uma alternativa ao elemento cognitivo no direito penal inglês (RAGUÉS I VALLÈS, 2007, pp. 66-67)³.

Do outro lado do Atlântico, em 1889, a Suprema Corte norte-americana aplicou as chamadas *Ostrich Instructions*, no caso *Spurr vs. United States*. O arguido era presidente do *Commercial National Bank of Nashville* e havia certificado diversos cheques de um cliente, emitidos sem provisão de fundos. Considerando que se tratava de uma conduta intencionalmente voltada à violação dos regulamentos aplicáveis à emissão de cheques, entendeu aquela Suprema Corte que a conduta do acusado, além de ilícita, tinha o desiderato de violar a lei, seja porque decidiu ignorar a existência ou inexistência de saldo suficiente na conta corrente do emitente dos cheques, seja porque se mostrou indiferente ao dever de verificação do saldo do cliente (ROBBINS, 1990, p. 196)⁴. Tal decisão serviu de precedente ao julgamento de diversos outros casos semelhantes, robustecendo a ideia de que a ignorância deliberada seria equivalente ao efetivo conhecimento da ilicitude da conduta, independentemente da constatação da existência de um dever de conhecimento ou informação por parte do agente (RAGUÉS I VALLÈS, 2007, pp. 67-68)⁵.

Para além disso, em meados do Século XX, a teoria da cegueira deliberada passou a ser frequentemente adotada por tribunais inferiores, sobretudo nos delitos de insolvência, e a contar de 1962 intensificaram-se as discussões sobre ela, especialmente por força do *Model Penal Code*⁶, proposto pelo *American Law Institute*. Ademais, nos anos setenta passou a ser aplicada também nos processos por

2 ROBBINS, op. cit., p. 197.

3 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2007, pp. 66-67.

4 ROBBINS, op. cit., p. 196.

5 RAGUÉS I VALLÈS, op. cit., pp. 67-68.

6 US. *Model Penal Code* – 2.02 General Requirements of Culpability. (7) Requirement of knowledge satisfied by knowledge of high probability. When knowledge of the existence of a particular fact is an element of an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of its existence, unless he actually believes that it does not exist. Disponível em: <[www.cs.xu.edu/~osborn/main/lawSchool/CriminalHtml/bottomScreens/Briefs/Model Penal Code Section 2.02.htm](http://www.cs.xu.edu/~osborn/main/lawSchool/CriminalHtml/bottomScreens/Briefs/Model%20Penal%20Code%20Section%202.02.htm)>. Acesso em: 11.03.2019.

tráfico de entorpecentes, tais como em *United States vs. Jewell* (RAGUÉS I VALLÈS, 2007, p. 73)⁷. Foi ainda adotada em casos de criminalidade ambiental⁸, corporativa, em cibercrimes e em casos de branqueamento de capitais⁹.

2.2 Cegueira deliberada na jurisprudência internacional

Inobstante sua origem remontar a meados do Século XIX, a consolidação da *wilfull blindness* somente se operou no Século XXI, especialmente quando de sua acolhida por algumas Cortes Supremas, dentre as quais as da Espanha, dos Estados Unidos e do Brasil. Naturalmente não se pode ignorar que os ordenamentos jurídicos adotados no Brasil e Espanha seguem o modelo *Civil Law*, enquanto o sistema norte-americano é inteiramente inspirado na *Common Law*. As diferenças verificadas entre ambos os sistemas têm potencializado intensos debates no campo doutrinário e críticas severas contra o emprego da teoria da cegueira deliberada pelo STF brasileiro. Por isso mesmo o tema se mostra rico e atual, merecendo assim o pleno interesse da comunidade acadêmica, mesmo porque são evidentes as influências recíprocas entre a doutrina e a jurisprudência.

É ainda oportuno invocar as lições de Maria Fernanda Palma¹⁰, segundo a qual “a jurisprudência é a expressão máxima da interpretação do problema”. Ante tal premissa, invocada por uma das mais expressivas juristas que já teve assento na Corte Constitucional portuguesa, optamos por explorar de logo a posição da jurisprudência,

7 Jewell foi condenado em 1976 por cruzar a fronteira entre o México e os Estados Unidos transportando maconha no porta-malas de seu automóvel, e embora tenha afirmado desconhecer o conteúdo ilícito que levava no carro, foi condenado porque “a ignorância deliberada e o convencimento positivo têm um mesmo grau de culpabilidade” (RAGUÉS I VALLÈS, op. cit., p. 73).

8 O case referenciado a propósito da criminalidade ecológica é *United States vs. MacDonald & Watson Waste Oil Co.*, solucionado pelo Tribunal de Apelação em 1991 (933 F. 2d 35 [1st Cir. 1991]).

9 A corretora Ellen Campbell vendeu ao traficante Lawing um imóvel de duzentos mil dólares americanos, dos quais, sessenta mil dólares foram pagos “por fora” e em espécie, em pequenos pacotes de compras. Por isso mesmo foi condenada por ter fechado os olhos deliberadamente a fim de concluir a venda e coletar sua comissão, não importando a fonte do numerário. *United States vs. Campbell*. 05 jun. 1982. Disponível em: <<http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F2/977/977.F2d.854.91-5695.html>>. Acesso em: 11.03.2019.

10 Maria Fernanda Palma é professora catedrática de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, e foi Juíza do Tribunal Constitucional de Portugal entre maio de 1994 e abril de 2007.

e somente depois passamos ao cotejo dos argumentos da doutrina, notadamente aquela proveniente das respeitáveis posições de Douglas Husak¹¹, Craig Callender¹², David Luban¹³, Ramon Ragués i Vallès¹⁴ e, finalmente, de Luis Greco¹⁵.

2.2.1 Cegueira deliberada na Suprema Corte da Espanha

Em 10.01.2000, a Segunda Sala da Suprema Corte espanhola adotou pela primeira vez a teoria da cegueira deliberada no julgamento de um recurso contra a condenação de um arguido pelos crimes de receptação e tráfico de estupefacientes. O réu tinha sido condenado por haver transportado significativa soma em dinheiro a um paraíso fiscal, mas sua defesa alegava que ele desconhecia que o numerário era proveniente do tráfico de drogas. A tese da defesa foi rechaçada

- 11 Douglas Husak obteve Ph.D. pela *Ohio State University* em 1976 e no ano seguinte ingressou na *Rutgers School of Arts and Sciences*. Seus principais projetos de pesquisa versam sobre filosofia moral e direito penal, com um interesse especial na política de drogas. Suas principais publicações são *Drugs and Rights* (Cambridge, 1992); *Supercriminalização* (Oxford, 2008) e *Filosofia do Direito Penal: Ensaio Seleccionados* (2010).
- 12 Craig Callender é filósofo da ciência e professor de filosofia na Universidade da Califórnia. Obteve seu doutorado pela *Rutgers University*, em 1997. Suas principais áreas de pesquisa são filosofia da ciência, filosofia da física e metafísica. Escreveu artigos para a *Scientific American* sobre a filosofia do tempo e participou do World Science Festival 2013.
- 13 David Luban é professor de Direito e Filosofia da Universidade de Georgetown. Escreveu sobre teoria da guerra justa, direito penal internacional, ética jurídica e militar, debate sobre tortura nos EUA e filosofia jurídica. Seus mais recentes livros são: *Tortura, Poder e Lei* (Cambridge 2013), *Ética Legal e Dignidade Humana* (Cambridge 2007). Recebeu prêmios da *American Bar Foundation* e da *New York Bar Association*.
- 14 Ramon Ragués é catedrático de Direito Penal da Universidade Pompeu Fabra, em Barcelona. Sua investigação é centrada na teoria do delito, no delineamento econômico-empresarial e nas relações entre Direito penal e processo. Suas principais obras são: *O dolo e o julgamento no processo penal* (1999), e *A ignorância deliberada no direito penal* (2007), as quais influenciaram na doutrina do Tribunal Supremo de Espanha e outros países. Foi também magistrado suplente da Audiencia Provincial de Barcelona, além de assessor de instituições públicas e privadas e codificador da coleção *Direito penal e criminologia*, publicada pela Marcial Pons.
- 15 Luís Greco é mestre e doutor em direito pela *Ludwig Maximilians Universität* (Munique, Alemanha), onde foi orientado por Claus Roxin e Bernd Schünemann, sendo assistente deste último. Seus principais livros são: *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação* (Renovar, 2004); e *Panorama da teoria da imputação objetiva* (Lumen Juris, 2005).

porque a Suprema Corte entendeu serem óbvias não apenas a procedência ilícita do dinheiro, como ainda o caráter clandestino da operação. Ademais, considerou que o réu deliberadamente ignorou a origem espúria do dinheiro para obter lucro, pois cobrou 4% a título de comissão por seu serviço de transportador¹⁶.

A *willful blindness* voltou a ser aplicada em diversos outros julgamentos, tanto em crimes dolosos quanto em crimes culposos. Contudo, os entendimentos demonstraram pouca uniformidade, posto que não raras vezes o tribunal alterava os requisitos exigidos para sua configuração¹⁷. Aliás, como adverte Ragués i Vallès (2007, p. 58), a cegueira deliberada ora foi admitida como elemento volitivo do dolo, ora como elemento cognitivo do tipo, e até mesmo como substitutivo do elemento subjetivo do tipo¹⁸.

2.2.2 Cegueira deliberada na Suprema Corte dos EUA

Em 31.05.2011 a Suprema Corte norte-americana confirmou a adoção da *Ostrich Instructions Doctrine*, por ocasião do julgamento de recurso interposto pela Global-Tech Appliances, Inc. et al. vs. SEB S/A¹⁹. A disputa versava sobre a alegativa de violação de direito de patente²⁰. A Corte entendeu que a doutrina da cegueira deliberada estava bem assentada no âmbito da *criminal law*, e que não havia qualquer objeção em utilizá-la também em questões cíveis, especialmente nas situações em que as normas exigissem determinado conhecimento para sua infração (RAGUÉS I VALLÈS,

16 Sentença nº 1637/1999, proferida pela Sala Segunda do Tribunal Supremo, nos autos do processo ROJ: STS 16/2000. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/>>. Acesso em: 11.03.2019.

17 ROJ: STS 7.363/2000, sentença nº 1.583 de 16/10/2000; ROJ: ATS 9.878/2007, sentença nº 1.329 de 12/07/2007; ROJ: ATS 11.858/2007, sentença nº 1.459 de 20/09/2007, dentre outras. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/>>. Acesso em: 11.03.2019.

18 RAGUÉS I VALLÈS, op. cit., p. 58.

19 O caso na Suprema Corte enfocou a alegação do SEB de que a Global-Tech e uma de suas subsidiárias induziram os distribuidores norte-americanos do produto de cozinha da subsidiária a infringir a patente do SEB. O Tribunal considerou que a lei de patentes exige que o réu “saiba” que a conduta do terceiro constitui infração de patente, mas que o demandante não precisa provar que o réu tinha conhecimento efetivo da infração. Portanto, era suficiente que a subsidiária “intencionalmente se cegasse sobre a natureza infratora das vendas que encorajou um distribuidor a fazer”.

20 Case 563 U.S.; 131 S. Ct. 2060; 179 L. Ed. 2d 1167 (2011). Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-6.pdf>>. Acesso em: 11.03.2019.

2007, p. 16; ROBBINNS, 1990, p. 195)²¹. A decisão, contudo, não foi unânime e foi reputada por Brian Walsh como um atalho para condenação de inocentes. Argumentou ele que a decisão teria grande impacto não somente nos futuros processos de patentes, nos quais não se buscasse mera indenização, ou mesmo uma tutela liminar para impedir a reiteração da conduta violadora, mas sim em futuros processos criminais, onde havia o severo risco de não se exigir prova de conhecimento real da ilicitude da conduta, e que poderia gerar condenação criminal, privação de liberdade pessoal do condenado, além do grande estigma moral e social que rotula o criminoso.

O acórdão também foi objeto de críticas pelo Justice Anthony Kennedy, prolator do voto dissidente, o qual ponderou que a cegueira voluntária não é conhecimento; e que os juízes não deveriam ampliar uma proibição legislativa por analogia²². Demais disso, invocando o caso *United States vs. Mancuso*²³, o magistrado enfatizou que se tratava da primeira vez que a Suprema Corte aprovava o uso da doutrina da cegueira voluntária para satisfazer um estatuto que exigia prova do conhecimento do réu, e consoante já observado por uma Corte Federal de apelações, os tribunais frequentemente são cautelosos em aplicá-la porque reconhecem o perigo de permitir que o júri decida com base em uma teoria *ex post facto*, ou do contrário deveriam condenar por simples negligência.

Igualmente crítica da *willful blindness*, Julie O'Sullivan (2006, p. 114) assevera que assassinato, pilhagem, roubo e peculato são crimes de conhecimento da sociedade em geral, mas o mesmo não se pode afirmar da maioria dos milhares de crimes contidos nos livros, e por isso mesmo a consciência da ilicitude da conduta por parte de alguém é tema central e severamente contestado²⁴. Aduz ainda que

21 Examinando o alcance da teoria da cegueira deliberada, a Suprema Corte entendeu ser necessário que o acusado atue com consciência de seus atos, e isso restringe notadamente seu âmbito de aplicação, e ainda que o Tribunal sustente expressamente o contrário, acaba por confundir esta teoria com a *recklessness* (instituto semelhante ao dolo eventual), que ocorre quando o agente despreza o conhecimento de um risco substancial e injustificado de que ocorra determinado elemento material da figura típica, ou de que este acabe resultando de sua conduta (RAGUÉS I VALLÈS, op. cit., p. 16; ROBBINS, op. cit., p. 195).

22 *Global-Tech Appliances v. SEB SA*, 131 S. Ct. 2060, 2072 (2011) (Kennedy, J., dissidente).

23 *United States v. Mancuso*, 42 F.3d 836, 846 (4th Cir. 1994).

24 O'SULLIVAN, Julie R., *Federal White-Collar Crime Cases and Materials*. American Casebook Series. 2ª ed. St Paul, Minnesota: West Academic

os procuradores frequentemente procuram aliviar seu ônus de provar o conhecimento do arguido a partir do que eles acham que a pessoa acusada deveria ter sabido sobre o fato criminoso e suas circunstâncias. E finaliza sustentando a ideia de que não se pode impor ao acusado o ônus de provar que desconhecia o tipo penal, pois do contrário americanos honestos e trabalhadores que não tinham ideia de que estavam violando uma das dezenas de milhares de proibições criminais federais podem acabar cumprindo anos na prisão.

2.2.3 Cegueira deliberada no STF e outros tribunais do Brasil

No Brasil, a teoria da willful blindness tem sido aplicada desde o início do século XXI, merecendo destaque inicial dois casos emblemáticos. O primeiro foi o furto milionário ocorrido em 2005²⁵, contra a agência do Banco Central, em Fortaleza. Após o crime, alguns membros da quadrilha foram a uma concessionária de veículos, onde compraram 11 automóveis, pagos em espécie. O juiz relator em primeira instância sentenciou o caso²⁶ em 28.06.2007 e aplicou a teoria da cegueira deliberada sob o entendimento de que, pelas circunstâncias do caso concreto (quase um milhão de reais pagos em espécie, na compra dos veículos), os responsáveis pela concessionária teriam deliberadamente ignorado esse fato bastante incomum para desconhecê-lo propositalmente a origem do dinheiro. Em função disso, os donos da concessionária foram condenados com base no art. 1º, § 2º, inciso I da Lei nº 9.613/98. Contudo, recorreram ao TRF da 5ª Região, onde conseguiram reverter a condenação, isto porque o tribunal de segunda instância entendeu que seria necessária a configuração de dolo direto na conduta²⁷.

É certo que o Ministério Público Federal ainda interpôs recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro, contra o acórdão da segunda instância, contudo, o relator denegou monocraticamente

Publishing. 2003, p. 114.

25 O furto praticado contra o Banco Central do Brasil, em Fortaleza, ocasionou a subtração de R\$164.755.150,00 (cento e sessenta e quatro milhões, setecentos e cinquenta e cinco mil, cento e cinquenta reais), por uma quadrilha composta por mais de 30 (trinta) membros.

26 Juízo da 11ª Vara Federal do Ceará. Processo nº 2005.81.00.014586-0. Classe: 21 Ação Penal Pública. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Antônio Jussivan Alves dos Santos e outros.

27 Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 2ª Turma, Apelação Criminal nº 200581000197445, Relator: Des. Federal Francisco Barros Dias, julgado em 15.06.2010, DJE de 22.06.2010. p. 155.

a irresignação recursal, e relativamente aos empresários condenados por branqueamento de capitais em primeira instância, mas absolvidos em segundo grau, entendeu o ministro responsável que seria imprescindível a caracterização do dolo direto (BRASIL. CJE, 2002, p. 139)²⁸.

O segundo caso de grande repercussão em âmbito nacional foi o da Ação Penal nº 470, no bojo da qual o decano do STF, Ministro Celso de Mello, admitiu a possibilidade do dolo eventual em crimes de branqueamento de capitais com suporte na teoria da cegueira deliberada. Considerou que, por esse critério, “em que o agente fingiria não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem prometida”, poder-se-ia enquadrar as condutas de alguns réus, na Lei de Lavagem de Capitais²⁹.

Ainda no âmbito do Estado brasileiro, provavelmente por influência do precedente emanado do STF, a teoria da cegueira deliberada obteve acolhimento em outros três casos recentes, todos no âmbito da justiça federal brasileira. O primeiro deles foi julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região nos autos da Apelação Criminal nº 5008479-45.2010.4.04.7000³⁰ em que a condenação

28 Os delitos previstos na Lei 9.613/98 só podem ser punidos se praticados com dolo, ainda que genérico. Somente é possível o enquadramento “nos crimes previstos nessa lei quando houver a consciência da ilicitude da conduta. Dessa forma, é necessário que o agente saiba da procedência ilícita do dinheiro em movimentação, não precisando que esse agente tenha absoluta certeza sobre o fato, mas apenas a consciência do ilícito. Será de suma importância que se verifique no caso concreto quais os processos que o agente utilizou para lavar o dinheiro oriundo de fontes ilícitas para que se verifique assim se o dolo (elemento subjetivo) está presente” (BRASIL. CJE. *Uma análise crítica da lei dos crimes de lavagem de dinheiro*, Série Pesquisas CEJ, 9, Brasília: Secretaria de Pesquisas e Informações Jurídicas, 2002, p. 39).

29 Informativo 677 do STF.

30 O acórdão reconheceu a incidência da teoria da cegueira deliberada para justificar o dolo na utilização da empresa do corréu em operações de câmbio por perceber que os valores envolvidos na operação dólar-cabo tinham origem ilícita. O relator invocou a doutrina da cegueira deliberada no âmbito do direito anglo-saxão e argumentou que ela se adequava ao caso concreto porque o réu teria agido com conhecimento positivo do fato, mas se portou com indiferença quanto ao resultado da conduta. Argumentou pela aplicação dessa teoria sempre que o agente tenha ciência da elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos sejam provenientes de crime, e ainda assim se porte de forma indiferente a esse conhecimento, optando por permanecer ignorante a respeito de todos os fatos quando era possível a alternativa.

em primeira instância foi mantida em virtude da realização de transações pelo corréu através de operações “dólar-cabo”³¹.

O segundo caso emana do juízo da 13ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Paraná, e originou sentença penal condenatória nos autos da Ação Penal nº 5023135-31.2015.4.04.7000, em que o assessor do ex-deputado Pedro Correa foi condenado pelo crime de branqueamento de capitais (art. 1º, *caput*, V da Lei 9.613/98) em razão de ter fornecido sua conta bancária para recebimento de depósitos vultosos, isto porque, ainda que desconhecesse os detalhes que envolviam o esquema criminoso na empresa Petrobras, possuía elementos suficientes para alertá-lo da origem criminosa dos recursos recebidos³².

Quanto ao terceiro caso, é originário do Juízo da 7ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, e nele foi prolatada sentença penal condenatória, no bojo da Ação Penal nº 0504466-15.2017.4.02.5101 contra Susana Neves Cabral, ex-esposa de Sérgio Cabral, outrora governador do Rio de Janeiro. Neste caso entendeu o juízo de primeiro grau que, ainda que não tenha participado do crime antecedente, a ré cometeu o crime de branqueamento de capitais (art. 1º, § 4º da Lei nº 9.613/98) por haver recebido vantagem indevida, através de contrato de consultoria por ela firmado com empresa fantasma de propriedade de Flávio Werneck, o qual foi acusado de praticar crimes de corrupção junto ao ex-governador Sérgio Cabral³³.

31 O tribunal não apenas invocou o precedente do Supremo Tribunal Espanhol, como ainda destacou que o elemento subjetivo no caso decorria do fato do corréu ter agido com dolo eventual ao realizar transações que possuem como pressuposto a ocultação, não só do proprietário, mas também, a dissimulação da origem de ativos envolvidos. Asseverou que o agente tinha ciência da elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos fossem provenientes de crime, mas se mostrou indiferente a isso, ou mesmo optou por permanecer ignorante a respeito de todos os fatos quando era possível a alternativa.

32 As razões jurídicas invocadas pelo juiz da causa muito se assemelham aos fundamentos utilizados pelo TRF da 4ª Região na Apelação Criminal nº 5008479-45.2010.4.04.7000, já referido acima. O magistrado aludiu às construções do direito anglo-saxão, relativamente ao branqueamento de capitais, mas consignou que cegueira deliberada é equiparável ao dolo eventual, segundo a tradição do direito continental europeu, e para tanto invocou a mesma Sentença nº 22/2005 do Supremo Tribunal Espanhol.

33 Como razões de decidir, o magistrado ponderou que o responsável pelo branqueamento evita a consciência quanto à origem ilícita dos valores adquiridos e assume o risco de produzir o resultado, razão por que deve ser responsabilizado pelo dolo eventual. Agregou ainda que, ao fazerem “vista grossa” aos sinais evidentes da origem ilícita dos valores envolvidos, bem como à alta probabilidade

Destaque-se por oportuno, que para além dos precedentes acima aludidos, somente no ano de 2018 o Superior Tribunal de Justiça brasileiro enfrentou o tema da cegueira deliberada em pelo menos três ocasiões: a) no Agravo Regimental interposto em sede do Recurso Especial nº 1.565.832/RJ, sob a relatoria do Ministro Joel Ilan Paciorny³⁴; b) no Agravo Regimental interposto no Habeas Corpus nº 407.500/AL, sob a relatoria do Ministro Félix Fischer³⁵; c) no Agravo Regimental interposto no Recurso Especial nº 1.669.311/SP, sob a relatoria do Ministro Jorge Mussi³⁶.

3. REFLEXÕES DA DOUTRINA INTERNACIONAL

Não obstante as origens da multicitada teoria da cegueira deliberada remontarem ainda a meados do Século XIX, é forçoso reconhecer que sua adoção tem suscitado intensas críticas da doutrina, especialmente nos Estados filiados ao sistema jurídico da Civil Law. Aliás, há diversas tentativas de definir e delimitar o alcance da doutrina da ignorância deliberada, e não raras vezes argumenta-se que houve uma importação precipitada de uma teoria incompatível com as normas estatais internas que dispõem sobre o elemento subjetivo do tipo. Por isso mesmo, buscaremos sistematizar adiante as principais concepções sobre a teoria da cegueira deliberada.

3.1 Concepções de Husak e Callender

Em 1994 Douglas Husak e Craig Callender tencionaram delimitar os contornos jurídicos da *willful blindness*, e para tanto sustentaram a necessidade de verificação de três elementos na conduta do réu para que se pudesse afirmar ter ele agido em estado de ignorância deliberada. Sustentaram que: a) o arguido deve nutrir

da procedência espúria dos bens, valores e direitos envolvidos, ou se recusam a adquirir um conhecimento acerca da prática de um crime alegando confiar cegamente nos demais envolvidos no esquema, os acusados atraem a incidência da teoria da cegueira deliberada. Além disso, o prolator da sentença invocou como precedente da jurisprudência brasileira a condenação emanada do Caso Mensalão.

34 AgRg no REsp 1565832/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 17/12/2018.

35 AgRg no HC 407.500/AL, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018.

36 AgRg no REsp 1669311/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 22/05/2018.

uma suspeita justificada acerca da presença de elementos objetivos do tipo em sua conduta³⁷; b) é necessário haver disponibilidade da informação desprezada pelo agente, o qual deve ter meios de obtê-la por meios “viáveis, rápidos e ordinários”; c) deve existir motivação para que o agente opte por se manter alheio às evidências de que está tomando parte numa conduta criminosa, e assim procede com a vontade consciente de se eximir de responsabilização futura, caso venha a ser descoberto.

Christian Laufer e Robson Galvão da Silva (2009, p. 2)³⁸ ainda ponderam, talvez por excesso de zelo, que não se pode admitir a ocorrência de cegueira deliberada nas situações em que o desconhecimento do arguido é fruto de mera estupidez ou falta de curiosidade. Aliás, a depender do grau de estupidez o agente poderá se beneficiar inclusive do instituto da inimputabilidade penal.

3.2 Concepções de David Luban

Alguns poucos anos depois, em 1999, David Luban sustentou a ideia de que a cegueira deliberada seria uma espécie de “estratégia moral” do agente implicado, posto que buscava se eximir de um dilema moral ao optar pelo cometimento de um crime. Por isso mesmo, o indivíduo optava deliberadamente por ignorar dados relevantes de sua própria conduta de molde a torná-la menos grave, pelo menos a seus próprios olhos. Daí advém a analogia com o comportamento do avestruz que oculta a própria cabeça dentro de um buraco para não enxergar aquilo que é evidente e se encontra a volta dele. Sustenta ainda que o indivíduo pode até ser equiparado a uma raposa quando decide cometer a conduta ilícita, mas se vale de uma conduta omissiva por comissão para se proteger de uma futura responsabilização criminal. Aliás, partilhando dessa ideia Ramon Ragués i Vallès elaborou primoroso artigo dedicado ao mesmo tema, sob o título *Mejor no saber*³⁹.

37 Devem ser consideradas tão somente aquelas situações nas quais existem razões suficientemente objetivas para desconfiar da ilicitude da conduta, afastando-se naturalmente suspeitas tipicamente paranoicas.

38 LAUFER, Christian; SILVA, Robson Galvão da. *A teoria da cegueira deliberada e o Direito Penal brasileiro*. Boletim IBCCrim. v. 204, 2009, p. 2. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3980-A-teoria-da-cegueira-deliberada-e-o-direito-penal-brasileiro>. Acesso em: 13.03.2019.

39 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal*. In Discusiones XIII. Alicante: Biblioteca Virtual

Luban pondera ainda que o agir nesse sentido se reveste de manto ainda mais gravoso, eis que há um cálculo agregado de premeditação do agente, cuja motivação constitui o requisito de maior relevância, e por isso advoga a tese de que em tais circunstâncias deverá o agente “ignorante deliberado” ser mais severamente reprovado, tal como aquele que conhece todas as circunstâncias do crime e resolve aderir ao ilícito com dolo direto. *Mutatis mutandi*, sendo a conduta compatível com aquela própria do avestruz a sanção aplicável deve ser de menor monta.

3.3 Concepções de Ragués i Vallès

Também dedicado ao estudo do tema, Ramon Ragués i Vallès estabeleceu no início do Século XXI alguns contornos sobre o alcance da ignorância deliberada. Rejeita parcialmente as ideias de Husak e Callender, bem como as concepções de Luban, sobretudo alertando para a dificuldade para esclarecer se a ignorância deliberada é fruto de um desejo consciente de não saber, e não de estupidez. Sustenta ainda que o desconhecimento do agente deve ser voluntário, ou ao menos consciente, pois do contrário consistirá em mera ignorância involuntária. E adverte que a decisão de não conhecer o caráter ilícito da conduta não pode ser confundida com os motivos que conduziram o arguido a buscar o estado de ignorância deliberada.

Assim, com o propósito de resolver os déficits apontados nas concepções alheias, Ragués i Vallès propõe a aferição de quatro requisitos, a saber: a) ausência de conhecimento suficiente dos elementos do tipo penal⁴⁰, b) capacidade de obter a informação ignorada, uma vez que só se pode dizer que decidiu ignorar deliberadamente o indivíduo que possuía condições de conhecer, levando-se em conta sua condição pessoal e sua escolaridade, para a partir delas extrair sua capacidade ou incapacidade de obter o conhecimento necessário acerca da realização da conduta típica⁴¹; c)

Miguel de Cervantes, 2002. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc6t0m6>. Acesso em 13.03.2019.

40 Se o agente não dispõe dos conhecimentos que permitem afirmar que agiu com o grau de representação exigido pelo elemento subjetivo do tipo respectivo, quando de sua ação, esta não chegou a ser dolosa.

41 Observe-se que essa capacidade cognitiva deve se protrair por toda a realização da conduta típica, seja ela omissiva ou comissiva, de modo que a intenção de desconhecer o que pode ser conhecido reforce a indiferença do agente em relação aos bens jurídicos objetos da tutela penal.

dever de obtenção da informação ignorada⁴², d) deliberação voluntária do agente em não conhecer as circunstâncias subjacentes do ato que motiva sua ação ou sua omissão⁴³. Destarte, assevera que o estado de ignorância deliberada é aquele no qual o agente que pode e deve conhecer determinadas circunstâncias penalmente relevantes de sua conduta, mas mesmo assim toma, deliberada ou conscientemente, a decisão de manter-se em estado de ignorância em relação a elas.

Ramon Ragués justifica sua posição aduzindo que a presença dos quatro critérios de aferição por ele propostos servem para viabilizar a punição daqueles que atuam em “estado de ignorância deliberada em sentido estrito”, posto que a falta de conhecimento da concorrência, em um determinado comportamento, dos elementos de uma figura delitiva, impediria reputar a conduta como dolosa, e conduziria à impunidade, pelo menos segundo o entendimento majoritário da doutrina e dos sistemas penais continentais. E finaliza pontuando que nas hipóteses em que o agente decide permanecer cego, resultaria insatisfatório deixar impune sua conduta, assim como pareceria inadequado admitir que aquele que evitou conhecer agiu de forma meramente negligente. E para ilustrar seu raciocínio, Ragués i Vallès exemplifica com uma hipótese na qual o diretor de uma empresa emitisse uma ordem a seus subordinados para que não recebessem qualquer notificação oficial; ou ainda, que o mesmo diretor divulgasse a criação de um e-mail para receber comunicações sobre irregularidades no funcionamento da empresa, ainda que, a partida, soubesse que jamais acessaria o conteúdo da caixa do tal e-mail.

3.4 Concepções de Luis Greco

Greco expõe suas críticas à teoria da cegueira deliberada através de artigo no qual põe em causa as concepções de Ramon Ragués (2014, pp. 67-68)⁴⁴. Aduz que se trata de uma teoria dotada de uma

42 Esse ônus é inerente a qualquer modelo de imputação subjetiva, no qual vige o princípio da culpabilidade, pois só é possível responsabilizar alguém pela falta de conhecimento se houver o dever de conhecer o conteúdo ignorado, mediante cautelas próprias das regras de experiência de atenção aos riscos associados à realização de comportamentos potencialmente lesivos a interesses alheios.

43 A opção pela ignorância deve ser voluntária ou consciente, podendo traduzir-se em ações concretas que se destinem a evitar a informação, mas também através de omissões do dever de conhecer.

44 GRECO, Luis. *Comentario al artículo de Ramón Ragués*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015. Edición digital a partir de Discusiones:

pequena importância científica, mas de grande importância prática, mas que provavelmente não mereceria adequação no direito positivo argentino ou espanhol. E inicia suas considerações aludindo ao caso do arguido que teria transportado dinheiro a um paraíso fiscal, alegando desconhecer que o numerário era proveniente do tráfico de drogas. Segundo o catedrático brasileiro, a hipótese não passa de dolo eventual, pois o arguido não precisava saber que o dinheiro por ele transportado seria produto deste ou daquele crime, sendo suficiente saber que se tratava de produto de um crime. Agrega que quando o comportamento em si conduz à consciência de que algo pode acabar errado, já traz ínsito o sentido de algum risco a um bem jurídico, e tal consciência, na maioria dos casos, se mostra suficiente para justificar o dolo eventual.

Exemplifica seu raciocínio argumentando que quem coloca uma bomba de relógio em algum lugar pode estar dormindo no momento da explosão; mas tem o conhecimento subjacente do crime que cometeu, pois, a consciência do desvalor da ação deve existir no momento da prática da ação que viola a regra, e não no momento do resultado. Por tudo isso, conclui que a maioria dos casos alegados como sendo de ignorância deliberada são de fato situações em que o arguido age com dolo eventual, posto que atua com a consciência da possibilidade de um risco, o que é suficiente para caracterizar o dolo eventual, ou então que a ignorância subsequente é o resultado de uma situação de conhecimento prévio, de modo que o comportamento anterior justificaria a responsabilidade por dolo eventual.

Ainda que se oponha explicitamente à perspectiva de Ragués i Vallès, no que diz respeito a hipótese da impunidade dos delitos que não admitem a modalidade culposa, Luis Greco chega a reconhecer o manejo de um argumento dotado de plausibilidade intuitiva por parte de seu colega catedrático da Universidade de Pompeo Fabra. Sua crítica, contudo, se volta à diferenciação entre as ordens das razões da ignorância, que conduzem às analogias com o avestruz e com a raposa, mas adverte que a distinção entre dolo eventual e crime culposos nada tem a ver com a estrutura mais ou menos altruísta da motivação do autor, isto porque inexistente dolo-altruísta, tampouco culpa-egoísta.

Ignorancia deliberada y Derecho Penal. Sección I: Discusión, núm. 13 (2014). pp. 67-78.

Greco finaliza sua crítica à construção da teoria da cegueira deliberada asseverando que em Estados cujos sistemas normativos adotam o princípio da legalidade há obstáculos à adoção da *willful blindness*, e nesse sentido argumenta que tanto em Espanha (artigo 14.1 CP), como na Argentina (Artigo 34.1 CP), existem regras expressas versando sobre o erro de tipo, e segundo as quais a ignorância quanto ao tipo objetivo exclui a possibilidade do dolo eventual. Nesse sentido, aponta tanto a legislação alemã (§ 16 I StGB), quanto a lei penal brasileira (CP, art. 20, *caput*).

4. INTERSEÇÃO ENTRE CEGUEIRA DELIBERADA E LAVAGEM DE CAPITAIS

A lavagem de capitais é um dos temas com acentuada frequência nas esferas de discussão voltada ao combate do crime organizado, isto porque suas características típicas tornam mais difícil a tarefa de Estados e órgãos internacionais de combate ao crime. Com efeito, a conduta de branqueamento pode se desenvolver mediante a ação de uma única organização criminosa atuando em países distintos, muitos deles reconhecidos como paraísos fiscais, mas pode igualmente ser perpetrada através do concurso de distintas empresas de comércio e de financiamento, ou ainda por empresas de fachada, e indivíduos que atuam como “testas-de-ferro” ou “laranjas” dos verdadeiros titulares dos bens ou valores de origem ilícita. Em paralelo, as cifras envolvidas são monumentais, tanto que o Fundo Monetário Internacional adverte que a lavagem de dinheiro chega a 5% do valor do PIB de cada país (PINTO, 2007, p. 4)⁴⁵.

Luiz Régis Prado (2007, p. 403) assinala que tal espécie de crime deu origem a um segmento de mercado, no qual atuam profissionais especializados em prestar consultoria e auxílio logístico para sua consumação⁴⁶. No mesmo sentido Rodolfo Tigre Maia (2007, p. 20) alerta que sendo ineficaz a mera tentativa de convencimento alheio para inibir esse tipo de delito, se mostra forçoso o ataque por outro

45 PINTO, Edson. *Lavagem de capitais e paraísos fiscais*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 4.

46 PRADO, Luiz Régis. *Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 403.

viés, desmantelando as condições objetivas da criminalidade⁴⁷. E para tanto, Baltazar Júnior (2007, p. 18) aponta que o instrumento mais efetivo tem sido a eliminação dos benefícios financeiros dos criminosos envolvidos no esquema de lavagem⁴⁸.

No Brasil, a obrigatoriedade de medidas preventivas à lavagem de capitais veio com a Lei 9.613/98⁴⁹, posteriormente alterada pela Lei nº 12.683/2012, e que por força disso passou a abranger aqueles setores sensíveis indicados pelo GAFI, além de outros assim reputados pelos legisladores nacionais. Contudo, a mais significativa inovação se refere à obrigação de comunicação às autoridades competentes sempre que as entidades obrigadas possuam *“motivos razoáveis para suspeitar que os fundos sejam produto de atividade criminosa ou estejam relacionados ao financiamento do terrorismo”*⁴⁹.

Frise-se que por dição expressa do art. 9º da Lei nº 9.613/98⁵⁰, quaisquer pessoas físicas ou coletivas cujas funções, ainda que de caráter eventual, tenham por atividade principal ou acessória, alguma daquelas descritas no extenso rol do dispositivo supra, devem sujeitar-se às obrigações de identificação dos clientes, manutenção de registros e comunicação de operações financeiras. Dentro do extenso rol da norma interna brasileira na qual estão descritas as atividades consideradas sensíveis para fins de prevenção ao branqueamento,

47 MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro: lavagem de ativos provenientes de crime; anotações às disposições criminais da Lei nº 9.613/98*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20.

48 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando (organização). *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. Abel Fernandes Gomes ... [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 18.

49 58 Recomendação 20 do GAFI.

50 Lei nº 9.613/98, art. 9º: Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não: (...) XIV - as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações: a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos; c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários; d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais.

os advogados foram contemplados no inciso XIV, sobretudo quando exercem atividades de assessoria ou consultoria.

Todavia, desde 2012 a tese sustentada pela OAB é no sentido de que a norma legal que determina aos advogados deveres de cooperação na prevenção à lavagem de capitais é inconstitucional porque afrontaria o dever de sigilo profissional. Contudo, a Constituição Federal brasileira não confere caráter absoluto e nenhum direito ou princípio, nem mesmo ao direito à vida, pois caso contrário inexisteriam as excludentes de ilicitude, reconhecidas na dogmática portuguesa como causas de justificação. Por igual, o dever de sigilo profissional não pode ter foros de regra absoluta, notadamente porque a própria Lei nº 8.906/94 exceuou a hipótese de justa causa. E evitar que o advogado se torne cúmplice de um crime efetivamente há de ser compreendido como justa causa.

Na mesma linha de raciocínio, resta claro que o advogado que recebe informações de que um pretense cliente deseja dissimular recursos oriundos de atividade criminosa, e ainda assim decide prestar-lhe auxílio técnico para que tal objetivo espúrio seja alcançado, efetivamente está cometendo não apenas a infração disciplinar prevista no art. 34, inciso XVII da Lei nº 8.906/94, como ainda o crime de branqueamento de capitais.

Por igual, não é desarrazoada a reflexão de que o advogado que na defesa do cliente, ou na atividade de assessoria jurídica, se empenha em dissimular a origem criminosa de dinheiro ou bens conquistados como produto de ações criminosas, estará, pelo menos em tese, deturpando dispositivo de lei com o propósito de iludir o juiz da causa. Bem por isso, estará perpetrando a infração disciplinar prevista no art. 34, inciso XIV da Lei nº 8.906/94.

Manter-se incólume o argumento de defesa da ética profissional nas três situações hipotéticas acima descritas representaria não a defesa de um princípio vetor da atividade advocatícia, mas a defesa do cinismo e da destruição da ética. Representaria, de fato, um discurso de negação a tudo quanto defendido por Aristóteles, em *Ética* e *Nicômaco* (1991, p. 5)⁵¹. Por isso mesmo, resta forçoso concluir que o recebimento de honorários maculados, assim caracterizados pela desproporcionalidade entre o valor pago e o perfil socioeconômico do cliente, bem assim pelo uso incomum de

51 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco; Poética / Aristóteles*; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. 4ª ed. São Paulo: Nova Cultural. 1991, p. 5.

meios de pagamento, tais como depósitos em paraísos fiscais ou valores vultosos pagos em espécie efetivamente atraindo a incidência da cegueira deliberada como meio de concretização do crime de lavagem de capitais. Por outro lado, a exigência de um mínimo de cautela neste aspecto não transforma um advogado em investigador da vida pregressa de seu cliente. Daí por que Vivian Schorscer assevera que, restando comprovada a ciência ou alta probabilidade de que os valores recebidos provenham de ilícitos penais, tornam-se legítimas não apenas a responsabilização criminal do advogado, como igualmente a persecução estatal dos bens e recursos que serviram para o pagamento da verba honorária, através de busca e apreensão, arresto, sequestro ou especialização da hipoteca legal (SCHORSCER, 2007, p. 445)⁵².

5. CONCLUSÕES

Ultimadas as investigações pertinentes ao tema escolhido, e considerando as limitações derivadas do calendário acadêmico, concluímos que:

01) Embora a origem da teoria da cegueira deliberada remonte a meados do Século XIX, na Inglaterra, e ao final da mesma centúria, nos EUA, somente no Século XXI a mesma encontrou acolhida nas Cortes Supremas da Espanha, dos EUA e do Brasil.

02) Apesar do acolhimento da teoria da cegueira deliberada em três Estados democráticos, dois deles adotam o sistema jurídico da *Civil Law*, e mesmo nestes abundam críticas da doutrina contra a admissibilidade da *willful blindness*, contra a qual costumam invocar o argumento de que se trata de um instrumento utilizado apenas para desobrigar os órgãos de persecução penal do ônus de provar a atuação dolosa dos arguidos.

03) O crime de lavagem de capitais tem sido combatido em quase todos os Estados do mundo, entretanto, uma breve análise sobre a consequência deste tipo penal na economia aponta para dados concretos ainda deficientes, posto que para alguns o volume de capitais lavados estaria na ordem de 2% a 5% do PIB mundial, e a magnitude dessas cifras tem gerado distorções econômicas, riscos à integridade e à reputação do sistema financeiro e diminuição dos

52 SCHORSCER, Vivian C. *A responsabilidade penal do advogado na lavagem de dinheiro: primeiras observações*. In Revista dos Tribunais v. 863. São Paulo: RT. setembro/2007, p. 445.

recursos governamentais, na medida em que a lavagem está ligada à corrupção e a crimes contra a administração pública.

04) O Brasil, através da Lei nº 9.613/98, com as alterações introduzidas pela Lei nº 12.683/2012, não apenas tipificou a lavagem de capitais, como também gerou deveres específicos para pessoas, físicas ou jurídica, tais como advogados e contadores que realizem serviços de consultoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, gerando a natural inferência de que os serviços jurídicos foram contemplados;

05) Inconformados por terem sido incluídos no rol de colaboradores obrigatórios com o COAF, os advogados têm sustentado a inconstitucionalidade da norma invocando o dever de sigilo profissional, o qual não é absoluto e, portanto, deve ser flexibilizado diante de um interesse socialmente mais relevante, seja em função da gravidade do crime de branqueamento, seja por força dos impactantes efeitos gerais dele decorrentes, tais como o desequilíbrio do sistema financeiro que atinge toda a sociedade.

06) O dever de colaboração legal de agentes, financeiros e não financeiros, na prevenção e combate ao branqueamento de capitais precisa ser enfrentado cientificamente e sem qualquer viés ideológico ou corporativo, que por vezes introduz o argumento ético como obstáculo para permitir que os frutos da macrocriminalidade permaneçam à salvo, consolidando-se enormes prejuízos econômico e sociais.

07) Inobstante os pontuais casos paradigmáticos observados a partir de 2007, como a condenação de empresários por branqueamento de capitais, no rumoroso caso do furto ao Banco Central, em Fortaleza, e como a histórica condenação decorrente da Ação Penal nº 470, que tramitou no STF, as teoria da cegueira deliberada e dos honorários maculados têm sido praticamente ignoradas pela jurisprudência brasileira, ao contrário do que se tem verificado em países desenvolvidos, como Alemanha e Estados Unidos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

01. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco; Poética* / Aristóteles; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. 4ª ed. São Paulo: Nova Cultural. 1991.

02. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando (organização). *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes*

das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Abel Fernandes Gomes ... [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2007.

03. BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Uma análise crítica da lei dos crimes de lavagem de dinheiro*, Série Pesquisas CEJ, 9, Brasília: Centro de Estudos Judiciários, Secretaria de Pesquisas e Informações Jurídicas, 2002.

04. GRECO, Luis. *Comentario al artículo de Ramón Ragués*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015. Edición digital a partir de Discusiones: Ignorancia deliberada y Derecho Penal. Sección I: Discusión, núm. 13 (2014). pp. 67-78.

05. LAUFER, Christian; SILVA, Robson Galvão da. A teoria da cegueira deliberada e o Direito Penal brasileiro. *Boletim IBCCrim*. v. 204, 2009, p. 2. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3980-A-teoria-da-cegueira-deliberada-e-o-direito-penal-brasileiro>. Acesso em: 13.03.2019.

06. MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro: lavagem de ativos provenientes de crime; anotações às disposições criminais da Lei nº 9.613/98*. São Paulo: Malheiros. 2007.

07. O'SULLIVAN. Julie R., *Federal White-Collar Crime Cases and Materials*. American Casebook Series. 2ª ed. St Paul, Minnesota: West Academic Publishing. 2003.

08. PINTO, Edson. *Lavagem de capitais e paraísos fiscais*. São Paulo: Atlas. 2007.

09. PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT. 2007.

10. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorância deliberada en Derecho penal. *Discusiones XIII*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2002. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc6t0m6>. Acesso em 13.03.2019.

11. _____. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2007, pp. 66-67.

12. ROBBINS, Ira P. The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea. *The Journal of Criminal Law Criminology*. Chicago, 1990, p. 195. Disponível em: scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol81/iss2/1/. Acesso em 11.03.2019.

13. SCHORSCER, Vivian C. *A responsabilidade penal do advogado na lavagem de dinheiro: primeiras observações*. In Revista dos Tribunais v. 863. São Paulo: RT, setembro/2007.

14. UNITED STATES OF AMERICA. *Model Penal Code* – 2.02 General Requirements of Culpability. (7) Requirement of knowledge satisfied by knowledge of high probability. When knowledge of the existence of a particular fact is an element of an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of its existence, unless he actually believes that it does not exist. Disponível em: [www.cs.xu.edu/~osborn/main/lawSchool/CriminalHtml/bottomScreens/Briefs/Model Penal Code Section 2.02.htm](http://www.cs.xu.edu/~osborn/main/lawSchool/CriminalHtml/bottomScreens/Briefs/Model%20Penal%20Code%20Section%202.02.htm). Acesso em: 11.03.2019.

DA APLICAÇÃO DE MULTA COERCITIVA CONTRA AGENTE PÚBLICO EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA

Pablo Henrique Garcete Schrader

Bacharel em Direito pela União da Associação Educacional Sul-Mato-Grossense Faculdades Integradas de Campo Grande (FIC-UNAES); Pós-graduado em Direito do Estado e das Relações Sociais pela UCDB/ESMAGIS (*lato sensu*); Pós-graduado (especialista) em Advocacia Pública pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático – IDDE; Pós-graduando em Direito Processual Civil pela EDAMP/MS e Unigran; Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul (PGE-MS).

1. INTRODUÇÃO

Em prolegômenos, o presente artigo científico, tendo como metodologia a pesquisa bibliográfica, buscará abordar tema alusivo à possibilidade de aplicação de multa coercitiva contra agente público em sede de mandado de segurança.

Para tanto, ao longo do texto, será demonstrado que a aplicação da sobredita penalidade deverá ser impingida, exclusivamente, à autoridade coatora/impetrada, em casos nos quais este agente público mostrar-se renitente, desidioso ou recalcitrante ao cumprimento de determinação judicial dirigida contra a pessoa jurídica de direito público da qual integra, sob pena de a sociedade ter que responder por um ônus do qual efetivamente não deu causa.

Ademais, será levado em consideração o posicionamento favorável da doutrina e da jurisprudência pátrias atual a esse respeito, inclusive do Superior Tribunal de Justiça.

Outrossim, utilizar-se-á como marco legal o novo Código de Processo Civil de 2015 e a Lei do Mandado de Segurança, mormente nos casos em que, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado equivalente, o juiz poderá determinar as medidas necessárias ao cumprimento da decisão judicial, sobretudo

em sede de mandado de segurança, em cuja demanda a autoridade impetrada possui posição *sui generis*.

Por derradeiro, por ocasião da conclusão, demonstrar-se-á que a aplicação de multa coercitiva, de forma exclusiva, contra agente público, em sede de mandado de segurança, além de ter escoro legal, doutrinário e jurisprudencial, importará em um efeito pedagógico a qualquer autoridade estatal, pois, ciente da sua própria responsabilidade, atuará de modo a respeitar-se o erário e o ente público do qual é parte integrante.

2. CONCEITO DE AGENTE PÚBLICO

É assente que a expressão *agente público* é bastante elástica, para determinar, de forma específica, os sujeitos que exercem funções públicas. Desse modo, qualquer pessoa que age em nome do Estado é agente público, independentemente de vínculo jurídico, ainda que atue sem remuneração e transitoriamente.

Assim sendo, uma vez que o Estado está atuando por via do sujeito, responderá pelos atos praticados, sendo a responsabilidade objetiva do Estado, nos moldes do disposto no art, 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Neste sentido, a Lei 8.429/92 estabelece que:

Reputa-se agente público, para fins desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Logo, por intermédio do agente público, o Estado se faz presente, manifestando sua vontade nas esferas de Governo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), em quaisquer dos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Outrossim, pode-se afirmar que agente público é a pessoa física que presta serviço ao Estado *lato sensu* (União, Estado, Distrito Federal e Municípios – Administração Direta) e às pessoas jurídicas da Administração Indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista), ainda que de forma transitória ou sem remuneração.

Inclusive, o Código Penal confere a mesma abrangência ao definir *funcionário público*. É cediço que a expressão *funcionário público* já está superada no Direito Administrativo, sendo substituída

pela expressão *agente público*. Entretanto, o Código Penal estabelece, em seu artigo 327, que “Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”.

Sendo assim, nas palavras de Matheus Carvalho (CARVALHO, 2016, p. 734):

[...] podem ser considerados agentes públicos aqueles que exercem função pública em virtude de relação trabalhista, em qualquer dos entes da Administração Pública Direta ou Indireta, seja este em regime estatutário, mediante a nomeação de servidores que se submetem às regras definidas em estatuto próprio, seja um regime de emprego, por meio de contratação de empregados, sob o regime da Consolidação das Leis Trabalhistas para prestarem serviços, mediante regime de emprego público.

Da mesma forma, todos os particulares contratados sob regime de cargo temporário, nos moldes definidos pelo art. 37, IX da Constituição Federal, ainda são considerados agentes públicos e exercem função pública.

Também podem ser considerados agentes públicos aqueles que, mesmo não possuindo qualquer vínculo de natureza administrativa ou política com o ente estatal, atuam no exercício de funções públicas, tais como, por exemplo, o mesário no dia da eleição ou o jurado, no dia em que presta o serviço de atuação no júri popular, ou, ainda, os agentes das concessionárias e permissionárias de serviços públicos e os titulares das serventias de cartório, autorizados, após aprovação em concurso público, para execução de serviços notariais e registrais, mediante delegação.

Celso Antônio Bandeira de Mello (DE MELLO, 2008, p. 242) assim se manifesta acerca dos agentes públicos:

Os servidores públicos são uma espécie dentro do gênero “agentes públicos”. Para bem distinguir tal espécie, apartando-a claramente das demais, é útil, primeiramente, examinar o panorama dentro do qual ela se encarta. É o que se fará apresentado o amplo quadro compreensivo das variedades tipológicas de agentes por meio dos quais o Estado se manifesta.

Esta expressão – *agentes públicos* – é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de

sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente.

E, em todos os casos, o Estado responde pelos atos praticados pelo sujeito, se ele causar dano a alguém no exercício da função pública, haja vista o fato de que, naquele momento, ostenta a qualidade de agente público atuando em nome do ente estatal. De fato, a Administração Pública os habilita para atuarem em seu nome.

Impende asseverar, por oportuno, que, por exercerem função pública, os atos ou omissões perpetrados pelos agentes públicos são imputados à pessoa jurídica que integram e se sujeitam ao controle judicial, que se pode dar por meio dos remédios constitucionais, tais como Mandado de Segurança e Ação Popular.

Neste comenos, os agentes públicos, considerados amplamente, podem figurar como autoridade coatora, para prestação de informações em Mandado de Segurança, somente não sendo admitida, nos moldes da Lei nº 12.016/2009, em seu artigo 1º, §2º, a impetração do *writ* constitucional contra os atos de gestão comercial, praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

Logo, como por exemplo, é possível que o *mandamus* seja impetrado em face de atos praticados pelo diretor de uma universidade particular, ante a função pública por este exercida.

Por derradeiro, em razão do exposto no art. 37, §6º, da Lei Maior, o poder público se responsabiliza objetivamente por todos os atos praticados pelos agentes públicos, neste caso, considerados amplamente, sendo que, após o pagamento de eventual indenização que se entenda devida, é cabível a propositura de ação regressiva em face do sujeito, desde que reste demonstrada que sua participação no evento danoso se deu a título de dolo ou, ao menos, que ele agiu culposamente para a ocorrência do dano causado a outrem.

1 Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.
[...]

§ 2º Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

2.1 Da diferença entre agente público e autoridade pública

Como visto acima, os agentes públicos, considerados amplamente, podem figurar como autoridade coatora, para prestação de informações em Mandado de Segurança, a teor do disposto no art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009 – a qual regula o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências -, a saber:

Art. 1º [...]

§ 1º Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições.

Logo, o termo legal *autoridade coatora* pode ser entendido como sinônimo de autoridade pública, a qual é a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída, de forma legal.

Ademais, consoante apregoam Mário Lúcio Quintão Soares e Lailson Baeta Neves, ao diferir-se a autoridade pública do agente público, tem-se o seguinte quadro (SOARES; NEVES, 2019, p. 12):

O que difere a autoridade pública do simples agente público é que o primeiro tem poder de decisão dentro de uma ordem hierárquica, ou seja, demonstra-se competente para praticar atos administrativos decisórios.

Casos tais atos sejam praticados, com abuso ou de forma ilegal, dão azo à impetração do mandado de segurança. Por isso, segundo a doutrina, o agente público não responde por meros atos executórios.

Por ato de autoridade (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2010, p. 33) conclui-se que:

Ato de autoridade é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Por autoridade, entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal. Deve-se distinguir autoridade pública do simples agente público. Aquela detém, na ordem hierárquica, poder de decisão e é competente para praticar atos administrativos decisórios, os quais, se ilegais ou abusivos, são suscetíveis de impugnação por mandado de segurança, quando ferem direito líquido e certo; este não pratica atos decisórios, mas simples atos executórios

e, por isso, não está sujeito ao mandado de segurança, pois é apenas executor de ordem superior.

Com efeito, para fins de Mandado de Segurança, consideram-se autoridades públicas aquelas pessoas físicas investidas de poder de decisão dentro de sua esfera de competência atribuída por meio de lei. Também, podem ser classificados no mesmo sentido os administradores ou representantes de autarquias e de entidades paraestatais ou ainda pessoas naturais ou jurídicas, com funções delegadas ou enquanto concessionários de serviços de utilidade pública no que concerne a essas funções.

2.2 Da autoridade coatora e da legitimidade passiva em sede de mandado de segurança

A Lei do Mandado de Segurança (Lei Federal nº 12.016/2009) prescreve que o impetrante deverá, quando do ajuizamento do *writ* mandamental, integrar o polo passivo da relação processual não só com a autoridade coatora, mas, também, com a pessoa jurídica de direito público a qual esta se encontra vinculada. Senão veja-se:

Art. 6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

Igualmente, a referida lei reza que o juiz, ao despachar a inicial, deverá intimar o órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, bem como, ao final do processo, intimá-lo da decisão que conceder a segurança. Leia-se os seguintes preceitos:

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: II - que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;

Art. 13. Concedido o mandado, o juiz transmitirá em ofício, por intermédio do oficial do juízo, ou pelo correio, mediante correspondência com aviso de recebimento, o inteiro teor da sentença à autoridade coatora e à pessoa jurídica interessada.

Consoante se infere, a nova lei mandamental tentou pôr fim a uma infundável controvérsia tanto na doutrina² como na

2 De um lado, Hely Lopes Meirelles já afirmava que: Por autoridade entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que

jurisprudência³ sobre o tema. E, nesse tanto, a parte final do precatado dispositivo legal, ao criar a obrigatoriedade de inclusão da pessoa jurídica de direito público, trouxe para a relação jurídica processual o real responsável pelo ato violador do direito líquido e certo do impetrante.

A corroborar tal assertiva, colhe-se o ensinamento de Rafael Vêras de Freitas (FREITAS, 2015, p. 597):

Isso se justifica porque o ente público é, sem dúvida, o titular da manifestação de vontade do servidor – neste caso, a da autoridade coatora impetrada –, bem como será o responsável por eventuais ônus patrimoniais decorrentes de condenações no feito.

Ademais, resta saber se o novo diploma fez surgir um litisconsórcio passivo necessário, ou seja, se se estipulou a obrigatoriedade de apresentação de contestação, ou se criou, tão-somente, a obrigatoriedade de uma intimação do representante fazendário para a participação no feito.

Ora, vê-se que não parece se tratar de um litisconsórcio passivo necessário, mas, sim, da obrigatoriedade de indicação da pessoa jurídica no polo passivo do mandado de segurança para fins de intimação, na medida em que a autoridade coatora se encontra vinculada funcionalmente à pessoa jurídica de direito público.

lhe é atribuída. (MEIRELES, Hely Lopes. Mandado de Segurança 26^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 33); de outro, José Antonio Remédio traz a seguinte ponderação: sujeito passivo, por outro lado, é o ente que irá suportar os efeitos da decisão judicial procedente. (REMÉDIO, José Antonio. Mandado de Segurança individual e coletivo. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 260).

- 3 Toda esta celeuma pode ser resumida no seguinte excerto da lavra do Superior Tribunal de Justiça: PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE PASSIVA. PESSOA JURÍDICA. 1. A doutrina e a jurisprudência não são pacíficas quanto à possibilidade de a pessoa jurídica ser parte legítima para figurar no pólo passivo da ação mandamental. 2. Parte da doutrina considera que o mandado de segurança deve ser impetrado não contra o ente público, mas sim contra a autoridade administrativa que tenha poderes e meios para a correção da ilegalidade apontada. Outra parte, enveredando por caminho totalmente oposto, afirma que a legitimidade passiva é da pessoa jurídica e não da autoridade administrativa. 3. Não é possível reclamar da parte o conhecimento da complexa estrutura da Administração Pública, de forma a precisar quem será a pessoa investida de competência para corrigir o ato coator. 4. A pessoa jurídica de direito público a suportar os ônus da sentença proferida em mandado de segurança é parte legítima para figurar no pólo passivo do feito, por ter interesse direto na causa. 5. Recurso especial conhecido e desprovido. (REsp 547235 / RJ RECURSO ESPECIAL2003/0048934-0)

Essa interpretação compatibiliza-se com a celeridade própria do rito mandamental, porquanto não seria razoável que a pessoa jurídica de direito público tivesse que ser citada para apresentar contestação. Contudo, deve tal entidade se manifestar, quando da sentença de concessão da segurança, em observância à *mens legis* de manter-se a celeridade da ação mandamental.

Ainda, reforça o entendimento de que, no âmbito mandamental, até a prolação da sentença, a comunicação dos atos processuais deve ser feita à autoridade impetrada, que é quem detém a obrigação legal de prestar informações⁴, e não à pessoa jurídica de direito público.

Todavia, segue-se a advertência de Rafael Vêras de Freitas (FREITAS, 2015, p. 598):

É evidente, pois, que, se antes de prolação da sentença de concessão da segurança, ficar evidenciada a atuação culposa ou dolosa da autoridade coatora no Mandado de Segurança, deverá a pessoa Jurídica de Direito Público intervir no processo, no estado em que se encontra, de forma a coibir eventuais ilegalidades já praticadas, tudo isso dentro do seu dever de autotutela (Súmula 473 do STF).

Ora, se a pessoa jurídica de direito público será colocada no polo passivo da relação jurídica processual, é imprescindível que o seu órgão de representação jurisdicional seja intimado para atuar no feito, para defesa dos interesses secundários do Estado. Trata-se, em última análise, de um corolário do devido processo legal, notadamente nas vertentes do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da CRFB). Além disso, esta ciência prévia do ajuizamento do *writ*, certamente, contribuirá para o fortalecimento da atuação da Advocacia de Estado (artigo 131 e 132 da CFRB), como órgãos que devem exercer, na mesma medida, o controle da legalidade dos atos do Poder Público.

Além do mais, Carlos Alberto Garcete (GARCETE, 2010, p. 45) entende que a pessoa jurídica a que esteja a autoridade coatora (impetrada) vinculada é quem figura no polo passivo do remédio heroico, *verbis*:

Nosso entendimento é no sentido de que a pessoa jurídica a que esteja a autoridade coatora (impetrada) vinculada é quem figura no polo passivo do remédio heroico. A sabendas, note-se – pelo procedimento adotado pela Lei Federal nº 12.016/2009 – que a atuação do coator se cinge a prestar as informações necessárias ao esclarecimento do ato tido por viciado – porquanto é quem está mais

4 REsp nº 1051886 / RS RECURSO ESPECIAL 2008/0089537-4.

bem preparado para relatar e explicitar o ocorrido – e a cumprir a ordem eventualmente determinada pelo juiz da causa.

No mais, a pessoa jurídica a que esteja vinculado é quem se manterá no polo passivo, suportando todos os ônus e exercendo o devido processo legal, inclusive para interpor os recursos necessários. Além disso, será quem, em eventual ação (posterior) de indenização que decorra do reconhecimento judicial da ilegalidade do ato de autoridade, figurará no polo passivo e, em caso de procedência da pretensão, será condenada.

Logo, não parece correito o entendimento de que a autoridade coatora deva ser considerada com a titular do polo passivo.

No mesmo trilha, Leonardo Carneiro da Cunha (CUNHA, 2014, p. 561) pontua que “a legitimidade passiva para o mandado de segurança é da pessoa jurídica a cujos quadros pertence a autoridade de quem emanou o ato impugnado”.

Frise-se que esse posicionamento – o qual entende-se correito – está firmado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça⁵.

Ora, a identificação da autoridade coatora é de suma importância, pois serve para definir a competência do juízo, além de precisar quem deve, especificamente, sofrer o comando judicial e cumpri-lo.

Outrossim, deve ser indicada como autoridade, no mandado de segurança, aquele agente público com competência para desfazer

5 REsp. nº 647.409-MA, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux. Por unanimidade. J. em 7.12.2004: “Em sede de *mandamus* a parte é a entidade pública a que pertence a autoridade coatora, de regra, carente de *legitimatío ad processum*, tese que reforça a necessidade de intimação da pessoa de direito público para recorrer e apresentar contrarrazões, máxime à luz da novel Carta Federal, que privilegia sob a fórmula pétrea a ampla defesa, o contraditório e o *due process of law*. ‘1. A parte passiva no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público a que se vincula a autoridade apontada como coatora. Os efeitos da sentença se operam em relação à pessoa jurídica de direito público, e não à autoridade. 2. A opção legislativa, com a finalidade de manter a celeridade da ação mandamental, limita-se a determinar a notificação para informações e à comunicação da sentença (Lei nº 1.533/51, arts. 7º e 11). Todavia, apresentado recurso pela impetrante, a intimação, para contrarrazões, deve ser feita ao representante judicial da própria pessoa jurídica’ (REsp. nº 619.461/RS, Relator Ministro Teori Zavascki). 3. Precedentes jurisprudenciais desta Corte: REsp. nº 619.461/RS, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 06.09.2004 e ROMS nº 14.176, Ministro Félix Fischer, DJ 12.08.2002. 4. Recurso especial provido para anular o acórdão recorrido, determinando a intimação do Estado do Maranhão para oferecer contrarrazões ao recurso de apelação interposto pela empresa impetrante”.

o ato atacado ou para cumprir a segurança. Neste passo, assim reza a Súmula 627 do STF⁶.

Lado outro, não obstante a existência das regras contidas nos artigos 6º e 7º da Lei nº 12.016/2009, que determinam a indicação da pessoa jurídica com sua posterior intimação, tal situação não modifica o entendimento segundo o qual a legitimidade passiva para o mandado de segurança é da pessoa jurídica, cabendo à autoridade coatora apenas prestar informações e, em caso de concessão de segurança, cumprir a ordem impingida pelo órgão judicial.

Como diz Leonardo Carneiro da Cunha (CUNHA, 2014, p. 562) “A autoridade *presenta* a pessoa jurídica, prestando informações. Além disso, cumpre dar ciência à pessoa jurídica dos termos da demanda mandamental, a fim de que possa oferecer alguma manifestação tida como relevante”.

Na verdade, a autoridade, no mandado de segurança, é a pessoa física presente em juízo, ou seja, ela, na linguagem de Pontes de Miranda, *presenta* a pessoa jurídica. Significa que a pessoa jurídica está no processo, desde o início, na pessoa da autoridade, cuja função é, apenas, prestar informações (DIDIER JR, 2002, pp. 369-370).

2. DAS MEDIDAS COERCITIVAS DE ORDEM PATRIMONIAL PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O art. 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015, estabelece que o juiz poderá lançar mão de medidas indutivas e coercitivas, as quais são utilizadas basicamente para o cumprimento de ordens judiciais em decisões interlocutórias ou finais com natureza condenatória, mandamental ou executiva.

A princípio, tem-se que os provimentos declaratórios e constitutivos finais não necessitam de imposição de medidas indutivas ou coercitivas para seu cumprimento, sendo que a declaração positiva ou negativa bem como a constituição positiva ou negativa de uma relação jurídica esgotam, por si sós, o objeto da tutela jurisdicional, conforme escólio de Fabio Caldas de Araújo (ARAÚJO, 2016, p. 640).

6 No mandado de segurança contra a nomeação de magistrado da competência do Presidente da República, este é considerado autoridade coatora, ainda que o fundamento da impetração seja nulidade ocorrida em fase anterior do procedimento.

As medidas indutivas podem estar previamente contidas no comando legal que preenche o suporte fático da decisão judicial. Tais medidas agregam à decisão judicial um incentivo ao cumprimento espontâneo do comando, inclusive com o fim de evitar medidas coercitivas pessoais e patrimoniais próprias da execução indireta ou, mesmo, a aplicação da técnica sub-rogatória, que revela a execução direta, citando-se, como exemplo, o disposto nos artigos 701, § 1^o, e 827, § 1^o, ambos do CPC (ARAÚJO, 2016, p. 642).

Por seu turno, as medidas coercitivas de ordem pessoal (prisão civil) ou patrimonial (multa diária = *astreintes*) podem ser concedidas na tutela provisória ou definitiva, no âmbito cognitivo, executivo ou cautelar.

Por oportuno, vale destacar que no Código de Processo Civil de 1973 não havia previsão expressa da aplicação de medidas coercitivas de ordem patrimonial para ações condenatórias cujo objeto fosse prestação pecuniária. Essa previsão foi consagrada pelo novo CPC, na parte final do art. 139, IV.

Já as ordens judiciais oriundas de ações condenatórias e mandamentais permitem a aplicação de medidas coercitivas de pressão (*moyen de pression*), representadas pelas *astreintes* e pela prisão civil.

Segundo Renato Montans de Sá (SÁ, 2019, p. 1128):

[...] as peculiaridades do direito material, especialmente no tocante às tutelas específicas, em que se necessita muito mais de um “agir” do obrigado do que propriamente uma intervenção estatal na sua esfera patrimonial (execução direta por sub-rogação), levaram o legislador a permitir, em obrigações não representadas por dinheiro, medidas atípicas, ora estabelecidas de maneira genérica pela lei, ora desenvolvidas pelo próprio magistrado à luz das circunstâncias do caso concreto.

7 Art. 701. Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa.

§ 1^o O réu será isento do pagamento de custas processuais se cumprir o mandado no prazo.

8 Art. 827. Ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários advocatícios de dez por cento, a serem pagos pelo executado.

§ 1^o No caso de integral pagamento no prazo de 3 (três) dias, o valor dos honorários advocatícios será reduzido pela metade.

Tal atipicidade, outorgada pela lei, encontra-se prevista num microsistema compreendido pelos arts. 139, IV, 297, parágrafo único, 536, §§ 1º a 3º, e 537 do CPC, a saber:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no *caput*, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

§ 2º O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no art. 846, §§ 1º a 4º, se houver necessidade de arrombamento.

§ 3º O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

§ 2º O valor da multa será devido ao exequente.

Como se extrai do comando legal, tem-se que as medidas coercitivas não visam à substituição do executado, mas à pressão para que cumpra com a determinação judicial. Além do mais, tais medidas assumem papel de relevo na execução indireta, sendo aplicadas como medidas de apoio ao cumprimento da tutela específica (obrigações de fazer, não fazer e dar coisa), as quais não prescindem da participação do réu para a satisfação da ordem judicial.

Com efeito, como medidas coercitivas para o auxílio ao cumprimento de decisões judiciais na execução indireta, nosso sistema prevê medidas de coerção patrimonial ou pessoal. Como medida de coerção patrimonial é possível a fixação de multa diária (*astreintes*) em caso de descumprimento de ordem judicial, nos termos do disposto nos precitados artigos 139, IV, 536, § 1º e 537, todos do Código de Processo Civil de 2015.

2.1 Da multa diária como mecanismo de efetivação da tutela específica

As *astreintes* (multa diária) não dependem de pedido da parte e poderão ser aplicadas de ofício pelo juiz, o qual, também, poderá disciplinar seu período de incidência, aumento ou diminuição. A multa pode ser aplicada na tutela provisória, na sentença e na fase de execução.

Nesse compasso, pode-se afirmar que, dentre as medidas coercitivas de apoio, certamente, a mais importante é a multa diária (*astreintes*). E, na linha do que defende Renato Montans de Sá (SÁ, 2019, p. 1139), conclui-se que:

[...] a multa prevista no art. 537 do CPC/2015 não seja sancionatória, pois não visa apenas o devedor que não cumpriu a obrigação. Muito pelo contrário, para que se obtenha a tutela *in natura*, é fundamental que a multa não tenha função retrospectiva, mas prospectiva, pois o interesse é no cumprimento da obrigação e a multa tem a função de exercer essa coerção indireta sobre o obrigado, estimulando-o ao cumprimento.

N'outro passo, para a melhor compreensão sobre da estrutura da multa coercitiva, e a fim de evitar distorções na sua aplicação, é de vital importância cotejar a sua diferença com a multa indenizatória

prevista no art. 77, incisos V e VI, e §§ 1º a 5º, do CPC/2015, a denominada *Contempt of Court*, consoante demonstrado por Renato Montans de Sá (SÁ, 2019, p. 1140):

Multa coercitiva (CPC, art. 537)	Multa sancionatória (CPC, art. 77)
Natureza meramente processual: objetiva efetivar uma decisão judicial	Natureza processual-administrativa: punição pelo descumprimento de uma ordem
Função constrictiva (é prospectiva, pois visa impor uma conduta para o futuro)	Função punitiva (é retrospectiva, pois visa sancionar uma conduta ou omissão pretérita)
O valor é variável e periódico de acordo com o magistrado	O valor é fixo. As bases estão estabelecidas em lei
Não se limita ao valor da obrigação, podendo excedê-la	Não pode ultrapassar o valor da obrigação
Beneficiário da multa é a parte contrária	Beneficiário da multa é o Estado

9 Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: [...]

V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;

VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no *caput* de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

§ 3º Não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, a multa prevista no § 2º será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo-se aos fundos previstos no art. 97.

§ 4º A multa estabelecida no § 2º poderá ser fixada independentemente da incidência das previstas nos arts. 523, § 1º, e 536, § 1º.

§ 5º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa prevista no § 2º poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

“A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitindo o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte” (art. 537, § 3º, CPC/2015)	“Não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, a multa prevista no § 2º será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo-se aos fundos previstos no art. 97” (art. 77, § 3º, CPC/2015)
---	--

As *astreintes* representam um meio coercitivo de caráter patrimonial, destinado a pressionar a vontade do réu para que ele cumpra o mandamento jurisdicional, sujeitando-se então à multa diária, sendo também um mecanismo de preservação da autoridade do juiz, de modo a constranger o devedor a satisfazer a obrigação, ou seja, a cumprir a prestação devida pelo não cumprimento.

O valor da multa coercitiva deverá ser fixado pelo magistrado, buscando servir como mecanismo de pressão sobre a vontade do devedor, sempre em montante razoável, adequado e apto a abalar o devedor na sua determinação de permanecer desatendendo a ordem judicial. A multa coercitiva tem o seu fato gerador no descumprimento do comando judicial pelo réu.

A multa coercitiva é desvinculada da obrigação principal, ou seja, é vinculada à ordem judicial com prazo, que não se cumpriu, incidindo a multa independentemente do resultado da ação, pois a multa não se fia necessariamente no direito do autor e sim no descumprimento da ordem judicial.

Por derradeiro, importa anotar que o sujeito passivo da multa é aquele que deve arcar com a prestação, isto é, o devedor inadimplente, seja a pessoa física ou jurídica executada no processo judicial, ao passo que o sujeito ativo – o beneficiário para o qual o valor da multa é revertido – é a parte contrária da demanda.

3. DA APLICAÇÃO DE MULTA COERCITIVA CONTRA AGENTE PÚBLICO EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA

Nesse particular, chega-se à questão versada no presente artigo, qual seja, se existe a possibilidade de, no âmbito do mandado de segurança, a multa coercitiva poder recair diretamente na pessoa física da própria autoridade coatora.

Ab initio, impende destacar a inexistência de controvérsia no Superior Tribunal de Justiça quanto à possibilidade de a imposição de multa diária (*astreinte*) incidir sobre o ente público a que vinculada a autoridade impetrada.

Exemplificativamente, no RMS 43.654/GO, 2ª Turma, Rel.^a Min.^a Assusete Magalhães, assinalou-se que:

É possível o bloqueio de verba e a imposição de multa, com fundamento no art. 461, §§ 4º e 5º do Código de Processo Civil¹⁰, para compelir o réu a cumprir obrigação de fazer ou não fazer, norma que o STJ tem aplicado subsidiariamente ao mandado de segurança (DJe 14/5/2014).

Semelhante entendimento também se encontra na decisão proferida no AgRg nos EDcl no RMS 41.734/GO, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 24/2/2014¹¹.

10 O artigo 461, do CPC/1973 corresponde aos atuais artigos 497, 536, 537 e 538, do Código de Processo Civil de 2015.

11 Demais julgados da Corte Superior de Justiça nos quais é defendido o cabimento da multa coercitiva diretamente para a Fazenda Pública, não obstante o ato de desobediência advir de falta de conduta de um de seus agentes:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. TRATAMENTO DE SAÚDE E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A NECES-SITADO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FAZENDA PÚBLICA. INADIMPLEMEN-TO. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. ASTREINTES. INCIDÊNCIA DO MEIO DE COERÇÃO.

1. Ação Ordinária c/c pedido de tutela antecipada ajuizada em face do Estado objetivando o fornecimento de medicamento de uso contínuo e urgente a paciente portadora de cirrose biliar primária.

2. A função das *astreintes* é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação e incide a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância.

3. *In casu*, consoante se infere dos autos, trata-se obrigação de fazer, consubstanciada no fornecimento de medicamento a pessoa portadora de cirrose biliar primária, cuja imposição das *astreintes* objetiva assegurar o cumprimento da decisão judicial e consequentemente resguardar o direito à saúde.

4. "Consoante entendimento consolidado neste Tribunal, em se tratando de obrigação de fazer, é permitido ao juízo da execução, de ofício ou a requerimento da parte, a imposição de multa cominatória ao devedor, mesmo que seja contra a Fazenda Pública." (AGRGRESP 189.108/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 02.04.2001).

5. Precedentes jurisprudenciais do STJ: RESP 490228/RS, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 31.05.2004; AGRGRESP 440686/RS, Felix Fischer, DJ de 16.12.2002; AGRESP 554776/SP, Relator Ministro Paulo Medina, DJ de 06.10.2003; AgRgREsp 189.108/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 02.04.2001 e AgRgAg 334.301/SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ 05.02.2001.

Por outro lado, no âmbito das ações civis públicas, cumpre registrar que a Corte Superior de Justiça hospeda julgados contrários à imposição de *astreintes* ao agente público que, por não ser réu na relação processual, não teve assegurada a ampla defesa (p.ex.: REsp 1.433.805/CE, 1ª Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 24/6/2014, REsp 1.315.719/SE, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 18/9/2013 e AgRg no AREsp 196.946/SE, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 16/5/2013).

Todavia, quando se cuida da ação constitucional do mandado de segurança – regulada pela Lei nº 12.016/09 -, por se tratar de procedimento especialíssimo, as coisas tomam um rumo diferente. Ou seja, apercebe-se que a autoridade coatora, embora não figure como parte material ou formal, participa ativamente da relação jurídico-processual, incumbindo-lhe, para além de prestar as informações, dar efetivo cumprimento às decisões proferidas pelo juízo.

E, na linha do que consignado no art. 14, § 2º, da Lei nº 12.016/09¹², pode-se afirmar que a autoridade impetrada, por sua

6. Recurso especial provido.

(REsp 715.974/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 28/11/2005, p. 217)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. AS-
TREINTES. APLICAÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. CABIMENTO.
EXTENSÃO DA MULTA DIÁRIA AOS REPRESENTANTES DA PESSOA JURÍ-
DICA DE DIREITO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Conforme jurisprudência firmada no âmbito desta Corte, a previsão de multa cominatória ao devedor na execução imediata destina-se, de igual modo, à Fazenda Pública. Precedentes.

2. A extensão ao agente político de sanção coercitiva aplicada à Fazenda Pública, ainda que revestida do motivado escopo de dar efetivo cumprimento à ordem mandamental, está despidida de juridicidade.

3. As autoridades coadoras que atuaram no mandado de segurança como substitutos processuais não são parte na execução, a qual dirige-se à pessoa jurídica de direito público interno.

4. A norma que prevê a adoção da multa como medida necessária à efetividade do título judicial restringe-se ao réu, como se observa do § 4º do art. 461 do Código Instrumental.

5. Recurso especial provido.

(REsp 747.371/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 26/04/2010)

12 Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.
[...].

§ 2º Estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer.

relevante atuação processual, ganha contornos de parte *sui generis*¹³, pois a ela foi estendido o direito de recorrer.

Ademais, diante do caráter constitucional do qual se reveste o *writ of mandamus* (CF, art. 5º, LXIX¹⁴ e LXX¹⁵), resta justificada a possibilidade de o magistrado impor medidas coercitivas – dentre elas, a *astreinte* - ao agente coator que, de forma injustificada, omissa e/ou recalcitrante, cause embaraço ou se recuse a dar cumprimento às decisões judiciais proferidas no curso do *mandamus*.

Igualmente, vê-se que o artigo 26, da Lei nº 12.016/09, diz constituir crime de desobediência (Código Penal, art. 330) o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei nº 1.079/50 (crimes de responsabilidade), quando cabíveis.

Nesse sentido, José Henrique Mouta Araújo (MOUTA ARAÚJO, 2019, p. 326) assim se manifesta:

Logo, a autoridade coatora, mesmo não sendo *parte* no mandado de segurança, pode estar sujeita a uma ordem judicial e, em decorrência do descumprimento, será atingida pela multa, responsabilidade criminal por crime de desobediência (art. 26, da Lei 12.016/09), e as demais medidas atípicas previstas no CPC/15. A rigor, não há qualquer impedimento para aplicação do art. 139, IV, do CPC, no âmbito do mandado de segurança. (destaque no original)

Com efeito, denota-se que a autoridade coatora recalcitrante, ao sujeitar-se a esse plexo de reprimendas, também revela aptidão para atrair, até mesmo cumulativamente, a responsabilidade pessoal pelo pagamento de multa diária que lhe seja aplicada com esteio nos

13 Essa afirmação foi dada pelo Ministro Sérgio Kukina, do STJ, ao proferir seu voto, como relator, no julgamento do REsp nº 1.399.842/ES, Primeira Turma, Julgamento: 25/11/2014, DJe: 03/02/2015.

14 Art. 5º

[...]

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

15 LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;
b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

artigos 139, IV, 536, § 1º e 537, todos do Código de Processo Civil de 2015.

A corroborar tal assertiva, há autores que defendem que o não atendimento da ordem judicial, nas causas em que o Estado seja parte, decorre da vontade desviante do agente público que o representa, justificando-se, por isso, o apenamento do próprio gestor.

Nessa toada, anota Jorge de Oliveira Vargas (VARGAS, 2001, p. 125) que:

[...] a desobediência injustificada de uma ordem judicial é um ato pessoal e desrespeitoso do administrador público; não está ele, em assim se comportando, agindo em nome do órgão estatal, mas sim, em nome próprio, porque o órgão, como parte que é da administração pública em geral, não pode deixar de cumprir determinação judicial, pois se assim agir, estará agindo contra a própria ordem constitucional, que o criou, ensejando inclusive a intervenção federal ou estadual, conforme o caso; seria a rebeldia da parte contra o todo. Quando a parte se rebela contra o todo, ela, a parte, deixa de pertencer àquele.

Igualmente, elucida Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, 2004, p. 662) que:

[...] não há cabimento na multa recair sobre o patrimônio da pessoa jurídica, se a vontade responsável pelo não-cumprimento da decisão é exteriorizada por determinado agente público. Se a pessoa jurídica exterioriza sua vontade por meio da autoridade pública, é lógico que a multa somente pode lograr o seu objetivo se for imposta diretamente ao agente capaz de dar atendimento à decisão jurisdicional.

Uma vez mais, leia-se o que diz a respeito do tema José Henrique Mouta Araújo (MOUTA ARAÚJO, 2019, p. 330):

Como conclusão, é fácil perceber que o correto direcionamento, por parte do magistrado, da penalidade de desobediência de ordem judicial no mandado de segurança, faz com que a decisão judicial tenha maior estímulo para ser cumprida. Logo, se a multa (e as demais medidas atípicas do art. 139, IV, do CPC) for dirigida à autoridade e não ao ente público, alcançará mais facilmente seu caráter educativo-sancionador, fazendo com que as ordens judiciais sejam efetivadas dentre de um limite temporal razoável e necessário à garantia do direito líquido e certo discutido no *writ of mandamus*.

Ainda, os autores Aylton Bonomo Júnior e Hermes Zaneti Júnior (BONOMO JR; ZANETI JR, 2019, p. 285) asseveram que:

O meio mais usual na prática forense para pressionar o devedor a cumprir a ordem judicial é a fixação de multa diária (*astreinte*) em caso de descumprimento da ordem no prazo assinalado judicialmente, com fundamento no art. 537 do CPC, a recair, por se tratar de mandado de segurança, sobre a autoridade pública (e não o ente público), sendo que o valor da multa será revertido em favor do exequente (art. 537, § 2º, do CPC).

No mesmo tom, o Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado no sentido de que, na ação de mandado de segurança, como a pessoa jurídica exterioriza a sua vontade no processo por meio da autoridade pública, que é notificada pessoalmente para prestar informações e para cumprimento da ordem concessiva, a multa coercitiva (*astreinte*) seja imposta em face da autoridade pública.

Nesse sentido, colaciona-se os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA À PRÓPRIA AUTORIDADE COATORA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 461, §§ 4º e 5º DO CPC. RECURSO ESPECIAL DO ESTADO DESPROVIDO.

1. É pacífica, no STJ, a possibilidade de aplicação, em mandado de segurança, da multa diária ou por tempo de atraso prevista no art. 461, §§ 4º e 5º do CPC. Precedentes.

2. Inexiste óbice, por outro lado, a que as *astreintes* possam também recair sobre a autoridade coatora recalcitrante que, sem justo motivo, cause embaraço ou deixe de dar cumprimento à decisão judicial proferida no curso da ação mandamental.

3. Parte *sui generis* na ação de segurança, a autoridade impetrada, que se revele refratária ao cumprimento dos comandos judiciais nela exarados, sujeita-se, não apenas às reprimendas da Lei nº 12.016/09 (art. 26), mas também aos mecanismos punitivos e coercitivos elencados no Código de Processo Civil (hipóteses dos arts. 14 e 461, §§ 4º e 5º).

4. Como refere a doutrina, “a desobediência injustificada de uma ordem judicial é um ato pessoal e desrespeitoso do administrador público; não está ele, em assim se comportando, agindo em nome do órgão estatal, mas sim, em nome próprio” (VARGAS, Jorge de Oliveira).

As consequências da desobediência da ordem do juiz cível. Curitiba: Juruá, 2001, p. 125], por isso que, se “a pessoa jurídica exterioriza a sua vontade por meio da autoridade pública, é lógico que a multa somente pode lograr o seu objetivo se for imposta diretamente ao agente capaz de dar atendimento à decisão jurisdicional” (MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: RT, 2004, p. 662).

5. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1399842/ES, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 03/02/2015)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PRESTAÇÃO DE MEDICAMENTO. ASTREINTES. POSSIBILIDADE.

1. É possível a fixação de *astreintes* em mandado de segurança, inexistindo óbice à sua imposição sobre a autoridade coatora se esta, sem justo motivo, causar embaraço ou deixar de cumprir a obrigação de fazer. Precedentes.

2. Na hipótese, a insurgência limita-se apenas ao cabimento da medida nessa ação. Por isso, deverá a instância inferior avaliar sua necessidade e a configuração dos requisitos legais.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1703807/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 20/08/2018)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ASTREINTES. AGENTE POLÍTICO QUE FOI PARTE NO POLO PASSIVO DA AÇÃO, BEM COMO TEVE SUA RESPONSABILIDADE PESSOAL ATESTADA NA ORIGEM. CABIMENTO DA MULTA DIÁRIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVO TIDO COMO VIOLADO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF, APLICÁVEIS POR ANALOGIA. COISA JULGADA. PRETENSÃO DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA.

1. Ora agravante, à época Secretário de Estado da Administração e dos Recursos Humanos do Governo do Rio Grande do Norte, foi condenado, ante sua responsabilidade pessoal, pela Corte de origem ao pagamento de *astreintes* devido ao não cumprimento imediato de determinação judicial no bojo de mandado de segurança do qual ele foi, efetivamente, parte impetrada.

2. A matéria não analisada no julgado a quo cujo debate não foi suscitado pela oposição de embargos declaratórios naquela

instância encontra óbice nas Súmulas 282 e 356 do STF, aplicáveis por analogia.

3. As *astreintes* podem ser direcionadas pessoalmente às autoridades ou aos agentes responsáveis pelo cumprimento das determinações judiciais, em particular quando eles foram parte na ação.

Precedentes: AgRg no AREsp 472.750/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 9/6/2014; e REsp 1.111.562/RN, Rel.

Min. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 18/9/2009.

4. O reexame de violação da coisa julgada implica nova análise do acervo fático-probatório, sendo obstado pela Súmula 7/STJ.

5. A divergência jurisprudencial é incognoscível quando o caso não apresenta similitude com as situações fáticas descritas nos paradigmas colacionados.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1388716/RN, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 30/10/2014)

EMENTA PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REVISÃO DE PENSÃO. DEFERIMENTO DE LIMINAR. MULTA DIÁRIA DIRECIONADA À AUTORIDADE IMPETRADA. POSSIBILIDADE.

1. A questão nos autos indaga saber se pode a multa cominatória ser direcionada ao agente público que figura como impetrado na ação mandamental.

2. Segundo o Tribunal de origem, “a imposição da multa pessoal cominada ao Presidente do RIOPREVIDENCIA, vez que em consonância com o parágrafo único do art. 14 do CPC, [...] tem por finalidade reprimir embaraços a efetivação do provimento judicial”.

3. A cominação de *astreintes* pode ser direcionada não apenas ao ente estatal, mas também pessoalmente às autoridades ou aos agentes responsáveis pelo cumprimento das determinações judiciais. (Precedente: REsp 1111562/RN, da relatoria do Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, publicado em 18/09/2009).

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no ARESP 472.750/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 03/06/2014, DJe 9.6.2014).

Alessandro Dantas, Leonardo Garcia e Roberval Rocha, em obra alusiva ao mandado de segurança (DANTAS; GARCIA; ROCHA,

2019, pp. 524-5), ao tratarem do tema em exame, manifestam-se no mesmo sentido, *verbis*:

“Basicamente, a situação é a seguinte: definir que é a pessoa jurídica que deve arcar com os custos da incidência da multa é tomá-la inútil como meio efetivo de coerção, visto que a mesma somente poderá se reverter negativamente contra o Estado muito tempo depois, talvez valendo até a pena para o Poder Público descumprir o que o Judiciário determinar (caso faça um juízo de valor estritamente relacionado ao benefício econômico em não respeitar o comando decisório do Estado-juiz).

No mesmo sentido: A efetividade da sanção pecuniária, como forma de garantir a efetividade da decisão mandamental, será muito maior caso seja o patrimônio da pessoa física aquele acionado se a mesma incidir (ou seja, em caso de descumprimento). Qualquer um pensará duas vezes antes de assumir um risco ao seu próprio patrimônio, desrespeitando provimento jurisdicional”. (KLIPPEL, Rodrigo e NEFFA JUNIOR, José Antônio. Comentários à lei de mandado de segurança. (Lei nº 12.016/09): Artigo por artigo, doutrina e jurisprudência, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 390).

Multa devida pela pessoa física. Mais eficaz

“Quem pratica o ato omissivo ou comissivo de desrespeitar a decisão judicial assume um risco pessoal e não institucional, devendo, pois, ter sua esfera particular sancionada. Embora seja realmente difícil separar quais atitudes de um administrador são tomadas em caráter pessoal ou institucional, a própria teoria geral do estado impõe-nos um raciocínio de que, no caso em tela, a motivação seria particular e, portanto, os efeitos deletérios dela advindos devem ser arcados pelo patrimônio da pessoa.” (KLIPPEL, Rodrigo e NEFFA JUNIOR, José Antônio. Comentários à lei de mandado de segurança. (Lei nº 12.016/09): Artigo por artigo, doutrina e jurisprudência, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 390).

Com efeito, diante do rito especialíssimo de que se reveste a ação constitucional de mandado de segurança, tendo em conta que a pessoa jurídica é *presentada* em juízo pela autoridade impetrada/coatora, bem assim diante do disposto nos artigos 139, IV, 536, § 1º e 537, todos do Código de Processo Civil de 2015, e do que reza o art. 26, da Lei nº 12.016/09, pode-se concluir ser plenamente possível a aplicação de multa coercitiva (*astreintes*) diretamente em face do

agente público, e não em desfavor da pessoa jurídica, em casos nos quais reste manifesta a desídia, omissão ou recalcitrância daquela autoridade pública em cumprir a ordem judicial contra si dirigida, sob pena de a própria sociedade ser apenada por um ato comissivo ou omissivo perpetrado do qual não deu causa diretamente, posto que advindo do agente público que a representa.

Ademais, tem-se que a aplicação de tal medida ocasionará um efeito altamente pedagógico, ou seja, a autoridade coatora que apresenta a pessoa jurídica em juízo, em sede de *mandamus*, pensará duas vezes antes de descumprir uma ordem judicial emanada em seu desfavor, de modo a que o erário reste protegido e indene de responsabilização, sobretudo em casos patentes de evidente recalcitrância infundada e injustificada do agente público.

CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, assevera-se que as *astreintes* (multa diária como medida coercitiva) podem, sim, ser aplicadas diretamente em desfavor do agente público em sede de mandado de segurança, na condição de autoridade coatora, se esta, de maneira recalcitrante, imotivada, injustificada ou embaraçosa, deixar de cumprir a decisão judicial contra si dirigida.

Resta demonstrado que, no caso do mandado de segurança, regulado pela Lei nº 12.016/2009, tem-se que a autoridade coatora, embora não figure como parte material ou formal, participa ativamente da relação jurídico-processual, incumbindo-lhe, para além de prestar as informações, dar efetivo cumprimento às decisões proferidas pelo juízo da causa.

Torna-se lícito, então, afirmar que a autoridade impetrada, por sua relevante atuação processual, ganha contornos, quando menos, de parte *sui generis*, a ponto de a vigente Lei nº 12.016/09, de modo expresso, prever que a ela se estende “o direito de recorrer” (art. 14, § 2º).

Por outro viés, a dignidade constitucional de que se reveste o *mandamus* (art. 5º, LXIX e LXX, da CF) justifica e legitima o conjunto de medidas sancionatórias imponíveis ao indigitado agente coator que, de forma injustificada, cause embaraço ou se recuse a dar cumprimento às decisões judiciais proferidas no curso do *writ*.

Para tanto, cabe destacar as consequências contempladas no art. 26 da Lei nº 12.016/09, que diz constituir crime de desobediência o

não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei nº 1.079/50 (crimes de responsabilidade).

Certamente, então, que a autoridade coatora recalcitrante, sujeitando-se a esse plexo de reprimendas, também revela aptidão para atrair, até mesmo cumulativamente, a responsabilidade pessoal pelo pagamento de multa diária que lhe seja aplicada com apoio nos artigos 139, IV, 536, § 1º, 537 e 538, todos do Código de Processo Civil de 2015.

Por derradeiro, com fulcro na doutrina *suso* mencionada, igualmente estribado na atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e na precitada legislação aplicável à matéria em exame, arremata-se que o não atendimento da ordem judicial, nas causas em que o Estado seja parte, decorre da vontade desviante do agente público que o representa, justificando-se, por corolário lógico, o apenamento da própria autoridade coatora ou impetrada, a qual integra e apresenta a pessoa jurídica na ação constitucional de mandado de segurança, mormente pelo efeito pedagógico de tal medida e como forma de salvaguardar o interesse e os cofres públicos de um ato omissivo ou comissivo do qual a sociedade não deu causa diretamente, sendo que o valor da multa será revertido em favor do exequente (CPC, art. 537, § 2º).

Concomitantemente, em caso de descumprimento de ordem judicial no prazo fixado pelo Juízo, afigura-se também possível, de forma cumulativa, a cominação de multa de até o percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, por ato atentatório à dignidade da Justiça (sistema jurídico positivo brasileiro de instituto similar ao *contempt of court* norte-americano), com fincas no art. 77, inciso IV, e § 2º, do diploma processual civil, a recair pessoalmente sobre o agente *responsável* pela prática do ato (e não a pessoa jurídica parte)¹⁶, sendo que o valor da multa será revertido em favor do fundo da justiça (CPC, art. 77, § 3º).

16 A multa por ato atentatório à dignidade da justiça, diferentemente da multa cominatória prevista no art. 537 do CPC, recai sobre o "responsável" da prática do ato, segundo redação legal do art. 77, § 2º, CPC, de modo a possibilitar, independentemente da espécie de ação, que seja imposta pessoalmente ao agente público responsável pelo ato. Sobre essa diferenciação: STJ, REsp 679.048/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 03/11/2005; STFJ, REsp 666.008/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 17/02/2005.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Curso de processo civil: parte geral* – atualizado com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Mandado de Segurança*. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

BONOMO JÚNIOR, Aylton; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Mandado de Segurança individual e coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2019.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2014.

DANTAS, Alessandro; GARCIA, Leonardo; ROCHA, Roberval (Organiz.) *Mandado de Segurança*. Salvador: JusPodivm, 2019.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. Malheiros: São Paulo, 2008.

DIDIER JR., Fredie. Natureza Jurídica das Informações da Autoridade Coatora no Mandado de Segurança. In BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança*. São Paulo: RT, 2002.

FREITAS. Rafael Vêras de. Aspectos de Direito Público na nova lei de Mandado de Segurança. In GUERRA, Sérgio; FERREIRA JUNIOR, Celso Rodrigues (Coord.). *Direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Marcos Juruena Villela Souto*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. pp. 589-607.

GARCETE, Carlos Alberto. *A nova lei do mandado de segurança (de acordo com a Lei Federal nº 12.016, de 7.8.2009)*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

MEIRELES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança* 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.



REMÉDIO, José Antonio. *Mandado de Segurança individual e coletivo*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SÁ, Renato Montans de. *Manual de Direito Processual Civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SOARES, Mário Lúcio Quintão; NEVES, Lailson Baeta. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

VARGAS, JORGE DE OLIVEIRA. *As consequências da desobediência da ordem do juiz cível*. Curitiba: Juruá, 2001.

ATIVISMO JUDICIAL E SEPARAÇÃO DE PODERES NO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Paulo Henrique de Oliveira

Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Estácio de Curitiba.

José Osório do Nascimento Neto

Professor titular de Direito Constitucional e Administrativo na ESTÁCIO CURITIBA, onde é Membro do Programa Pesquisa Produtividade Pós-doutorado em Direito Político e Econômico pela Universidade MACKENZIE/SP; Doutor e Mestre em Direito Econômico e Social pela PUC/PR, com estágio de doutoramento na Universidad Carlos III de Madrid - UC3M/ES; Especialista em Direito Público pela UCAM/RJ; Advogado.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo buscou analisar o Ativismo judicial praticado pela Suprema Corte Brasileira no atual Estado Democrático de Direito. Para tanto, fora analisado o que vem a ser o Estado Democrático de Direito cuja República Federativa brasileira se constitui e a sua origem; a importância do princípio da Separação dos Poderes que a Constituição assegura e o que vem a ser o Ativismo judicial praticado pela Suprema Corte, buscando perscrutar se o mesmo apresenta risco ao atual Estado Democrático de Direito.

A fim de trazer de maneira clara e objetiva os impactos do Ativismo judicial, foi analisado primeiramente a origem do Estado, uma vez que o Poder do judiciário vem deste, e a sua evolução para o Estado Democrático de Direito. Como é sabido, nem sempre o Estado que conhecemos hoje fora assim, havendo uma grande dessemelhança do atual modelo com o modelo dos séculos passado, passando assim a ser uma importante análise para a conclusão do presente artigo.

Uma das grandes marcas do Estado Democrático de Direito é a separação dos poderes, isto para que não haja a concentração dos poderes nas mãos de uma única pessoa, como eram nas monarquias absolutistas, impedindo assim o abuso de poder e a arbitrariedade. Dessa forma, o presente artigo buscou analisar a separação dos poderes tratando sobre sua origem e evolução até a separação conhecida e consagrada na atual Constituição Federal de 1988.

Quanto ao Ativismo judicial, é de conhecimento que se está diante de uma pro atividade do Poder judiciário frente aos demais poderes, havendo uma interferência intencional do poder Judiciário no poder Legislativo e Executivo sem a devida permissão legal, podendo a Suprema Corte tomar decisões contrárias à lei expressa advinda dos demais poderes, justificando tal ato com princípios subjacentes.

Sendo assim, ante as dúvidas quanto à constitucionalidade do presente mecanismo que vem sendo adotado pela Suprema Corte Brasileira para resolver conflitos que surgem no seio da sociedade, o presente artigo buscou analisar se o mesmo estaria por ferir o atual Estado Democrático de Direito e mostrar as suas consequências neste Estado.

Tratar sobre este tema nos dias atuais é de suma importância, uma vez que o Ativismo judicial vem ganhando força com o passar do tempo e vem sendo praticado reiteradamente pela Suprema Corte, sendo necessário o seu esclarecimento, causas e efeitos, uma vez que se pode estar diante de uma quebra no princípio da separação dos poderes e, conseqüentemente, colocando em risco o atual Estado Democrático de Direito.

Quanto ao método utilizado para chegar à resposta acerca da problematização apresentada no trabalho, foi utilizado a pesquisa descritiva, tendo como referência bibliografias, documentos e doutrinas para embasar o presente artigo. O estudo também possui caráter qualitativo, onde foram analisadas duas decisões da Suprema Corte brasileira consideradas ativistas.

1.1 Origem do Estado

Buscando compreender o que vem a ser Estado Democrático de Direito, se faz necessário uma breve análise sobre o que é Estado. Primeiramente cabe pontuar que conceituar Estado não é uma tarefa simples, uma vez que o Estado, assim como a sociedade, está em

constante evolução. O conceito tem evoluído com o tempo, tendo sua origem do termo polis na Grécia, cívicas em Roma e Estado durante a Idade Média, conforme leciona Reis Friede.¹

De acordo com Dallari o termo Estado surgiu somente após o século XVI, na obra conhecida como “O príncipe” de Maquiavel, sendo utilizado pelos italianos para descrever uma cidade independente e politicamente organizada.² Há muita controvérsia quanto a origem do Estado, alguns autores afirmam que o Estado e a sociedade sempre existiram, estando o homem integrado numa organização dotada de autoridade para determinar o comportamento do grupo todo.³ Uma segunda ordem de autores afirma que a sociedade chegou a existir sem o Estado durante um determinado período, contudo em dado momento se viu necessário a constituição do Estado para atender as necessidades dos grupos sociais.⁴

Na busca de compreender o surgimento do Estado encontramos duas teorias de maior relevância, quais sejam a Origem Familiar e as Teorias Contratualistas. Discorreremos brevemente sobre elas a seguir.

No tocante à origem familiar, de acordo com Maluf, conta esta teoria com a tríplice autoridade da bíblia, de Aristóteles e do Direito Romano.⁵ Esta teoria coloca a família como núcleo fundamental do Estado, sendo o mesmo formado pela ampliação destas, tendo por exemplo o Estado de Israel, onde originou-se da família de Jacó, conforme relato bíblico.⁶ Teoria esta defendida por Robert Filmer, conforme Dallari menciona.⁷

Quanto às teorias contratualistas, afirmam que o Estado organizado nasceu de um acordo utilitário entre os indivíduos. São teorias que partem do princípio das primitivas comunidades, em seu estado de natureza. Dentre os principais autores desta teoria encontramos Thomas Hobbes, justificando o Estado Racional como fruto da razão, onde o homem introduz restrições a si mesmo, por meio do Estado, para sair da condição de guerra, sendo esta

1 FRIEDE, Reis. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 15.

2 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 59.

3 Ibid., p. 60.

4 Ibid., p. 60.

5 MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 70.

6 Ibid., p. 70.

7 ROBERT FILMER, apud DALLARI, op. cit., p. 62.

condição uma consequência das paixões do homem quando não existe um poder capaz de manter o respeito.⁸ Hobbes sistematiza o contratualismo como justificativa do Estado, sendo realizado um pacto de cada homem com todos os homens. Nas palavras de Hobbes:

De modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: cedo e transfiro meu direito de governar a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição que transfiras a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações.⁹

Quanto às definições de Estado, Dallari o definiu com base em seus elementos: “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”.¹⁰

1.2. Origem do Estado Democrático de Direito

Com a evolução do Estado e o fim da idade média houve a instituição do monarquismo absolutista, de acordo com Maluf “A monarquia absolutista assentava-se sobre o fundamento teórico do direito divino dos reis, com evidentes resquícios das concepções monárquicas assírias e hebraicas”.¹¹

Esta forma de governo concentrava os poderes nas mãos de um único homem, proclamando que este, considerado o Rei, era escolhido por Deus, logo este homem detinha de absoluto poder face aos indivíduos.

Salienta Maluf que as monarquias absolutas desconheciam de qualquer limitação de poder.¹² Diante desse cenário o monarca estava acima do Estado, detendo de poder absoluto, podendo tomar decisões arbitrárias sem qualquer limitação.

Em face disso, há o surgimento do Estado de Direito como forma de conter o poder absoluto e como uma ferramenta para acabar com o uso arbitrário da força.

Nas palavras de Moraes:

A necessidade de racionalização e humanização faz com que os textos escritos exijam que todo o âmbito estatal esteja presidido

8 HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Editora Martin Claret, 2004, p. 127.

9 *Ibid.*, pp. 130/131.

10 DALLARI, op. cit., p. 119.

11 MALUF, op. cit., p. 135.

12 *Ibid.*, p. 136.

por normas jurídicas, que o poder estatal e a atividade por ele desenvolvida se sujeitem ao que é determinado pelas previsões legais, ou seja, a submissão de todos aos Estado de Direito, com salientado por Maurice Hariou.¹³

Assim, o Estado de Direito surge com o intuito de submeter todos ao princípio da legalidade, abolindo o monarquismo absolutista e impondo limites às decisões dos governantes como forma de garantir os direitos dos cidadãos, apresentando a ideia de que não apenas os cidadãos devem se submeter às leis para haver uma sociedade organizada, mas o Monarca, que detém o poder do Estado, também deve fazer o mesmo.

De acordo com Moraes o Estado de Direito para se caracterizar deve apresentar as seguintes premissas:

primazia da lei, (2) sistema hierárquico de normas que preserva a segurança jurídica e que se concretiza na diferente natureza das distintas normas e em seu correspondente âmbito de validade, (3) observância obrigatória da legalidade pela administração pública, (4) separação dos poderes como garantia de liberdade ou controle de possíveis abusos (5) reconhecimento da personalidade jurídica do Estado, que mantém relações jurídicas com os cidadãos; (6) reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais incorporados à ordem constitucional; (7) em alguns casos, a existência de controle de constitucionalidade das leis como garantia ante o despotismo do legislativo”.¹⁴

Portanto, podemos falar em Estado de Direito se o mesmo apresentar as características acima descritas. Características estas que não podem ser encontradas nas monarquias absolutas, onde não havia a primazia da lei, uma vez que o monarca estava acima do Estado e ele mesmo ditava a lei; a separação dos três poderes, visto que o poder das monarquias absolutistas era concentrado no monarca tão somente e, por fim, não havia o reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. Assim, o Estado de direito surge com a finalidade de trazer direitos e deveres para todos.

Quanto ao Estado Democrático de Direito, este pode ser considerado como uma evolução do Estado de Direito. Segundo Dallari “A ideia moderna de um Estado democrático tem suas raízes no século XVIII, implicando a afirmação de certos valores

13 MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 3.

14 Ibid., p. 5.

fundamentais da pessoa humana, bem como a exigência de organização e funcionamento do Estado tendo em vista a proteção daqueles valores”.¹⁵

Dessa forma, não há como falar em Estado Democrático de Direito sem os valores fundamentais da pessoa humana. Essa evolução dos direitos e valores individuais também foi acompanhada pela consagração de novas formas de exercício da democracia representativa como leciona Moraes.¹⁶

Abraham Lincoln (1809 – 1865), presidente dos Estados Unidos, conceituou democracia da seguinte maneira: “A democracia é o governo do povo, pelo povo, para o povo.”¹⁷

Atualmente a democracia caracteriza o regime político da maioria dos países ocidentais, inclusive do Brasil, visto que a Constituição Federal Brasileira, em seu artigo primeiro, nos princípios fundamentais, determina que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”.¹⁸

Assim, de acordo com Moraes “O princípio democrático exprime fundamentalmente a exigência da *integral* participação de cada uma das pessoas na vida política do país, a fim de garantir o respeito à soberania popular”.¹⁹

Dentre os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito encontramos o princípio da separação dos poderes, o respeito aos direitos e garantias fundamentais e a participação dos governados na vida política, sendo este Estado de extrema importância para afastar o autoritarismo e a concentração de poderes, como visto acima.

2. SEPARAÇÃO DOS PODERES

Em um primeiro momento cabe esclarecer que quando falamos sobre a separação dos poderes não estamos falando de uma separação substancial, e sim formal, visto que o poder é uno, o que se triparte

15 DALLARI, op. cit., p. 119.

16 MORAES, op. cit., p. 4.

17 Lincoln, Abraham 1809 - 1865. Disponível em: <https://kdfrases.com/frase/139077>. Acessado em 02 mar. 2020.

18 ANGHER, Anne Joyce. Vade mecum Acadêmico de Direito Rideel. São Paulo : 2017. p. 18. 24ª ed. São Paulo : Rideel, 2017, (Série Vade Mecum) p. 18.

19 CANOTILHO, apud MORAES, op. cit., p. 6.

em órgãos distintos é o seu exercício apenas, conforme leciona Maluf.²⁰

A separação dos poderes é uma das principais características do Estado Democrático de Direito, estando presente nas premissas estabelecidas por Moraes, como anteriormente citado. Esta, objetivamente, surgiu com o intuito de limitar o poder Estatal, impedindo que houvesse decisões arbitrárias e indiscriminadas por parte do detentor do poder e garantindo a liberdade dos indivíduos.

Não há um consenso quanto à origem desta doutrina, contudo, Platão em sua obra “A República” já esboçava a ideia de subdividir as funções do Estado para que o poder não fosse concentrado em apenas uma pessoa, pois na concepção do autor, o homem se desvirtuaria com a concentração dos poderes e a não limitação do poder a ele outorgado.²¹

A doutrina da separação dos poderes foi recebendo diversas contribuições dadas por pensadores políticos até se tornar o modelo presente nos Estados hoje em dia.

Aristóteles, em sua obra “A Política” explana a ideia esboçada por Platão, em suas palavras: “Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente”.²² O Autor classifica as funções do Estado como deliberativas, executivas e judiciais.²³

John Locke contribuiu de maneira significativa para a moderna concepção de separação dos poderes, sendo considerado um dos principais autores da mesma. O Autor discorreu sobre o tema em sua obra “O segundo tratado do governo civil”. Nesta obra o autor se refere ao Estado como tendo três funções, sendo elas o Poder Legislativo, executivo e federativo.²⁴

Entretanto, Locke classifica o Poder Legislativo como poder supremo, estando acima do executivo e federativo, razão pela qual encontramos uma dissonância com o atual modelo dos dias de hoje. Contudo, a contribuição de Locke foi de suma importância

20 MALUF, op. cit., p. 227.

21 PLATÃO, apud Pires, Ana Carolina Fernandes, disponível em <https://anacarolina-fp.jusbrasil.com.br/artigos/144732862/conceito-historico-da-separacao-dos-poderes>.

22 ARISTÓTELES, apud MALUF, op. cit., p. 225.

23 Ibid., p. 225.

24 LOCKE, John. *O segundo tratado sobre o governo civil*. Editora: Vozes, p. 75.

para o aperfeiçoamento desta doutrina, tendo sido aperfeiçoada por Montesquieu em sua obra “O Espírito das Leis”.

Pode se dizer que Montesquieu aperfeiçoou as ideias da separação dos poderes e a tornou em uma doutrina sólida, dividindo as funções do Estado em Legislativo, Executivo e Judiciário, harmônicos e independentes entre si, conforme leciona Dallari.²⁵

Doutrina esta, que foi desde logo acolhida pelos Estados liberais, uma vez que lutavam contra o absolutismo monárquico da época, e que permanece até os dias de hoje, sem alterações substanciais.²⁶

Nas palavras de Mota:

Antes dele, a confusão dos poderes imperava por toda parte, e sempre. Depois dele os Estados, uns após outros, adotaram sua doutrina. De sorte que hoje, todo país, salvo exceções, tem os três poderes, e estes conceituados conforme a doutrina de Montesquieu.²⁷

Cabe esclarecer que embora haja a separação dos poderes (*funções*), esta separação não é rígida e absoluta, havendo situações onde um poder exerce funções atípicas as suas, para que um poder freie o outro. Portanto, juntamente com a doutrina apresentada e idealizada por Montesquieu, surge o sistema denominado de freios e contrapesos (*checks and balances*).

Ensina Dallari:

O sistema de separação dos poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, *foi associado à ideia de Estado Democrático* e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos. Segundo esta teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são atos especiais.²⁸

Sendo assim, de acordo com o referido autor, os atos gerais podem ser praticados apenas pelo Poder Legislativo, criando leis e regras abstratas e imparciais, não tendo oportunidade de legislar beneficiando alguns e prejudicando outros. Já os atos especiais apenas podem ser praticados pelo poder Executivo, pois é este que irá aplicar as leis ao caso concreto, contudo também se encontra

25 DALLARI, op. cit., p. 216.

26 MALUF, op. cit., p. 227.

27 MOTA, Pedro Vieira. *O Espírito das Leis, Montesquieu*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. Saraiva, Ed. 8, Revista, 2004. p. 26.

28 DALLARI, op. cit., p. 218.

limitado a agir discricionariamente, uma vez que os seus atos estão limitados aos atos gerais já praticados pelo Legislativo.

No caso de extrapolação dos limites impostos um ao outro, surge a ação fiscalizadora do Judiciário “obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência” conforme leciona Dallari.²⁹

A ideia central do sistema de freios e contrapesos é de controle recíproco entre os três poderes, impedindo assim, o abuso por parte de algum deles, devendo os poderes além de exercer suas funções típicas, fiscalizar o outro e até mesmo intervir nos casos em que houver exorbitância de qualquer dos poderes, podendo assim denominar de funções atípicas.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 adotou o princípio da separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos, consagrando-os em seu artigo segundo. Determina o artigo: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.³⁰ Ainda, elevou o mesmo à cláusula pétrea, conforme artigo 60, § 4º, inciso III da Constituição.³¹

Ante o exposto, apesar de haver a separação dos poderes, sendo esta formal e não substancial como já mencionado, esta não é absoluta, devendo os poderes estarem em harmonia e fiscalizarem um ao outro para que desta forma efetuem um controle recíproco, a fim de evitar o abuso por parte de um dos poderes. Sendo esta separação um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

3. ATIVISMO JUDICIAL

3.1. Origem

Não há consenso entre os doutrinadores quando o assunto é Ativismo judicial, entretanto a corrente mais aceita leciona que o Ativismo judicial teve sua origem no sistema jurídico norte americano, onde vigora o sistema common law, sendo os precedentes uma das principais fontes do direito e implicando em uma maior atividade jurisdicional.

Leciona Hutzler:

29 Ibid., p. 218.

30 ANGHER, op. cit., p. 18.

31 Ibid., p. 42.

Quanto à origem do termo ativismo judicial, o mesmo teria surgido nos Estados Unidos da América no ano de 1947, em um artigo da revista americana *Fortune* (Vol. XXXV, no 1, no mês de janeiro de 1947), escrito por Arthur Schlesinger Jr.³²

No presente artigo, Schlesinger Jr. avalia a Suprema Corte dos Estados Unidos da América e faz algumas observações quanto à postura dos juízes. Para ele, os juízes ativistas substituíram em dados casos a vontade do legislador pela própria, a fim de ampliar os direitos das minorias e promover a liberdade dos civis, atuando de maneira mais ativa para alcançar esta ampliação, ainda que se aproximando de uma correção dos erros dos legisladores.

A respeito dos juízes que entendiam não intervir no campo da política para não agir de maneira diversa à vontade do legislador, estes foram classificados como juízes não ativistas, campeões da auto restrição, deixando decisões políticas serem tomadas no âmbito político.³³

Quanto à definição de Ativismo judicial para Barroso:

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.³⁴

Para o autor, Ativismo judicial consiste em uma postura mais ativa do judiciário na concretização de valores e fins institucionais, ainda que isso consista em uma maior interferência do judiciário nos demais poderes, tendo por justificativa a ampliação e concretização dos direitos e valores constitucionais.

Para Martins “Ativismo judicial é um termo técnico para definir a atuação expansiva e proativa do Poder Judiciário ao interferirem em decisões de outros poderes.”³⁵

32 Hutzler, Fernanda Souza. *O ativismo judicial e seus reflexos na seguridade social*. São Paulo, 2018. p. 66.

33 Ibid., p. 66.

34 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, nº 8, pp. 11-22, jan./dez. 2009. p. 14.

35 MARTINS, Sérgio Merola. *Ativismo Judicial: tudo que você precisa saber*. disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/ativismo-judicial/>. Acesso em: 22 mar. 2020.

Por fim, pode-se sintetizar Ativismo judicial como uma expansão do poder judiciário, atuando de maneira ativa e até mesmo interferindo em decisões dos demais poderes.

3.2. Ativismo judicial X Judicialização

Neste momento se faz necessário esclarecer acerca do fenômeno chamado judicialização, que difere do Ativismo judicial. Muito embora tratado por alguns autores como sinônimos, é um erro dizer que Ativismo judicial e Judicialização assim o são.

Em síntese, pode se dizer que judicialização é o aumento expressivo de demandas no poder judiciário que buscam resolver questões que, primordialmente, deveriam ser resolvidas pelo Poder executivo e legislativo.

Explana Barroso quanto à judicialização:

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política.³⁶

Portanto, o autor atribui o fenômeno da judicialização ao modelo constitucional que se adotou, sendo resultado de uma redemocratização do país.

De acordo com Hutzler o fenômeno da judicialização tem causas múltiplas, sendo parte delas uma tendência mundial e outras ligadas ao modelo institucional do Brasil.³⁷

Desta maneira a autora menciona três grandes causas desse fenômeno, sendo a primeira grande causa a redemocratização do país e o ambiente democrático, proporcionando uma maior consciência de direitos aos cidadãos que passaram a buscar a tutela jurisdicional ante os seus interesses.

Quanto à segunda causa, escreve a autora: “Foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária”.³⁸

Desta forma, a atual constituição atribuiu ao judiciário competências que a priori, deveriam pertencer a outro poder. No momento em que o constituinte disciplinou certas matérias de

36 BARROSO, op. cit., p. 14.

37 HUTZLER, op. cit., p. 79.

38 Ibid., p. 79.

cunho político na Constituição, este teria transformado política em direito, tendo como resultado a exigência desses direitos no judiciário e consequentemente resultando em uma judicialização da política.

A terceira causa da judicialização classificada pela autora é o sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil. Leciona a autora quanto ao sistema: “híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu”.³⁹ O que influencia diretamente na judicialização.

3.3. O Ativismo judicial no Brasil e a sua justificativa

Quanto ao Ativismo judicial brasileiro, de acordo com alguns autores, o mesmo se dá por uma crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade, crise esta que influencia diretamente na expansão do poder judiciário, uma vez que em casos de omissão do Poder executivo e legislativo, os cidadãos acabam recorrendo ao judiciário para resolver seus conflitos.⁴⁰

Como visto anteriormente, sabe-se que ao legislativo cabe produzir dispositivos legais a fim de proteger o cidadão e ao Executivo a tarefa de concretizar esses dispositivos, a fim de que não apenas estejam presentes no ordenamento de maneira formal, mas também material.

Contudo, ante uma omissão desses dois poderes, cabe ao judiciário resolver a questão quando é provocado, nesse sentido esclarece Hutzler: “o art. 5o, inc. XXXV, da CF, dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder judiciário lesão ou ameaça a direito”.⁴¹

Portanto, uma vez que o judiciário é provocado para suprir tal omissão e preencher tal lacuna, o mesmo não pode ficar inerte, surgindo em dados casos o Ativismo judicial.

De acordo com Ferreira Filho, uma segunda causa que influencia diretamente ao fenômeno é o surgimento do neoconstitucionalismo. Em síntese, é um movimento que tem sua constitucionalidade vinculada necessariamente à moral. Uma das suas características elementares é a prevalência dos princípios sobre as regras, implicando na possibilidade de se fazer uma leitura moral da constituição de

39 Ibid., p. 80.

40 HUTZLER, op. cit., p. 94.

41 Ibid., p. 87.

maneira criativa ou construtiva que possa não apenas revelar novos direitos como expandir o campo de cabimento dos que já existem.⁴²

Esclarece Ferreira Filho quanto ao neoconstitucionalismo: “Sustentamos neoconstitucionalistas que as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido *unívoco* e *objetivo* que uma certa tradição exegética lhes pretende dar”.⁴³

O movimento defende que não estaria os juízes presos ao texto constitucional, podendo fazer uma leitura moral da constituição na aplicação da mesma aos casos concretos, visto o conteúdo da constituição ser aberto e não se prender a um sentido unívoco, na concepção desses.

Complementa Barroso quanto ao Ativismo:

É uma atitude, a escolha de um modo *específico* e *proativo* de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.⁴⁴

3.4. Decisões que caracterizam o Ativismo judicial da Suprema Corte brasileira

No Brasil os casos mais recentes e relevantes que se pode destacar para análise do Ativismo praticado pela Suprema Corte são o julgamento do Habeas Corpus 124.306/RS e o julgamento da Ação direta de inconstitucionalidade 4277 juntamente com o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, a seguir brevemente expostos.

O primeiro caso a se analisar é o julgamento do Habeas Corpus 124.306/RS, onde o ministro Luís Roberto Barroso deixou de aplicar os artigos 124 e 126 ao caso concreto, descriminalizando o aborto até o terceiro mês de gestação. Em extrema síntese, o presente Habeas Corpus trata-se de pacientes que foram presos em flagrantes infringindo os artigos 124 e 126, onde é tipificado o crime de aborto, a seguir expostos:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

42 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira*. Revista de direito administrativo. vol. 250, 2009. pp. 156/157. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4141/0>. Acesso em: 20 mar. 2020.

43 Ibid., op. cit., p. 162.

44 BARROSO, op. cit., p. 14.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.⁴⁵

No caso, mesmo sido presos em flagrantes, a Suprema Corte entendeu que os artigos que disciplinam o ato ilícito não deveriam ser aplicados. Para tanto, fundamentou o Ministro Barroso:

A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.⁴⁶

De acordo com a fundamentação do Ministro, a fim de garantir os direitos fundamentais da mulher, a Suprema Corte deixou de aplicar o dispositivo legal pertinente e usou como fundamentação princípios, sobrepondo os mesmos às regras.

No Presente, a crítica realizada por autores consiste na Suprema Corte ter se absterido de aplicar uma lei criada de maneira legítima pelo poder político, que detém de legitimidade para expressar a vontade do povo, e julgado contra a disposição legal pertinente.

Nesse sentido, salienta Barbosa:

No que diz respeito ao aborto, os artigos 126 e segs. do Código Penal refletem a opinião da larga maioria dos brasileiros[3], sem vilipendiar os direitos de nenhuma minoria, e não violam, de maneira incontestada, nenhum princípio ou norma constitucional. Se por um lado há argumentos jurídicos favoráveis à posição do Ministro Barroso, também os há em relação à posição contrária – por exemplo: parcela da doutrina civilista filia-se à teoria concepcionista, entendendo que, para o Direito Brasileiro, a personalidade jurídica é adquirida no momento da concepção. [4] Sendo assim, diante de duas interpretações igualmente defensáveis da Constituição, o Estado Democrático de Direito

45 ANGHER. op. cit., p. 370.

46 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. p. 1.

parece impor a adesão àquela que se alinha com o desejo da maioria e, mais importante, é *secundum legem*.⁴⁷

Dessa forma, de acordo com Barbosa, o Poder judiciário teria colado em risco a segurança jurídica quando proferiu a decisão, visto a mesma ser *contra legem*, uma vez que aborto é considerado crime e as exceções legais já estão previstas no Código Penal Brasileiro.

O segundo caso a se analisar é a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 juntamente com a Ação Direta de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, onde a Suprema Corte decidiu que os artigos do Código Civil que disciplinam a união estável devem se estender às uniões homoafetivas, alterando o entendimento do artigo 226 § 3 da constituição que traz em seu corpo que é reconhecida a união estável entre homem e mulher, tão somente.⁴⁸

O Ministro Lewandowski em seu voto explana:

Convém esclarecer que não se está, aqui, a reconhecer uma “união estável homoafetiva”, por interpretação extensiva do § 3o do art. 226, mas uma “união homoafetiva estável”, mediante um processo de integração analógica. Quer dizer, desvela-se, por esse método, outra espécie de entidade familiar, que se coloca ao lado daquelas formadas pelo casamento, pela união estável entre um homem e uma mulher e por qualquer dos pais e seus descendentes, explicitadas no texto constitucional.⁴⁹

Críticas quanto à esta decisão são feitas duramente por operadores do direito como William Douglas e Lênio Streck, apontando como uma das mais perigosas realizadas pela Suprema Corte, devido ao fato da mesma ter reescrito a constituição na visão de um dos autores. Quanto a isso leciona William Douglas: “O STF acertou na decisão, mas errou em sua abordagem. Ao invés de interpretar a Constituição, ousou reescrevê-la sem legitimidade para tanto.” Complementa ainda “O STF não se limitou a garantir a extensão de direitos, mas quis reescrever a Constituição e

47 BARBOSA, Alice Pessoa Aires. Supremo Tribunal Federal e ativismo judicial: considerações acerca do processo democrático. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 19 jun. 2019. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592136&seo=1>>. Acesso em: 19 mar. 2020.

48 ANGHER. op. cit., p. 77.

49 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 Rio de Janeiro. p. 112.

modificar conceitos, invadindo atribuições do Poder Legislativo”.⁵⁰ No entendimento do autor, a Suprema Corte ao julgar sobrepôs o seu entendimento acima do poder constituinte originário e não se limitou apenas à extensão de direitos, mas foi além e acabou por reescrever a Constituição e modificar os seus conceitos.

De acordo com Streck:

A efetivação de uma medida desse jaez importa(ria) transformar o Tribunal em um órgão com poderes permanentes de alteração da Constituição, estando a afirmar uma espécie caduca de mutação constitucional (*Verfas- sungswandlung*) que funcionaria, na verdade, como um verdadeiro processo de alteração formal da Constituição (*Verfassungsänderung*), reservado ao espaço do Poder Constituinte derivado pela via do processo de emenda constitucional.⁵¹

Dessa forma, a crítica do autor quanto à decisão se baseia no caminho utilizado para obter tal regulamentação, salientando que “Não é através do exercício de um Ativismo judicial que essa regulamentação deve ser levada a efeito”.⁵²

3.5 Do risco ao Estado Democrático de Direito

A priori, cabe esclarecer que críticas são feitas às decisões consideradas ativistas não por concordarem ou discordarem da assertividade das decisões, mas sim pelo caminho trilhado para conseguir o fim desejado.

Nas palavras de Cittadino:

Se, por um lado, parece não restar nenhuma dúvida sobre a importância da atuação do Poder Judiciário no que diz respeito à garantia da concretização dos direitos da cidadania, é fundamental que o seu atual protagonismo seja compatível com as bases do constitucionalismo democrático.⁵³

50 William Douglas, STF quis reescrever a constituição. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-mai-13/stf-quis-reescrever-constituicao-votar-uniao-homoafetiva#author>. Acesso em 23/03/2020.

51 STRECK, L.; BARRETO, V., OLIVEIRA, R. *Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”*. Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). julho- dezembro. 2009. p. 79.

52 Ibid., p. 83.

53 VIANNA, Luiz Werneck (Org.) *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 19.

Barbosa traz à luz um caso onde se pode ver a complexidade do Ativismo judicial mesmo ante a ampliação de direitos, sendo o exemplo ocorrido no Canadá. Expõem a autora:

O Canadá oferece um exemplo emblemático disso[24]. A Suprema Corte daquele país, no caso O'Connor, decidiu que, em nome do direito à defesa, o réu acusado de abusos sexuais deveria ter acesso aos registros das sessões de terapia de suas vítimas. O direito à privacidade de vítimas de abuso sexual foi afastado em benefício do suposto agressor. A regra, porém, foi revertida pela população graças a um mecanismo que a legislação canadense possui. Resta claro, portanto, que a questão não é simples como querem alguns.⁵⁴

Assim, é possível ver os efeitos do Ativismo judicial praticado por uma Suprema Corte, chegando à compreensão de que há uma problemática mais profunda, devendo ser tratado com a devida cautela.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em seu artigo Notas sobre o direito constitucional pós- moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira apresenta a problemática situação e o risco ao haver um poder judiciário se sobrepondo aos demais poderes justificando tal sobreposição com uma hermenêutica baseada no pós constitucionalismo ou neoconstitucionalismo, como alguns autores assim o chama. No referido artigo o autor traz lições e ensinamentos acerca da Constituição brasileira de 1988.

Ao analisar a fundamentação das decisões proferidas pela suprema corte, observa-se que grande parte está fundamentada em princípios subjetivos, inclusive em casos onde há dispositivo legal disciplinando a conduta, como é o caso do aborto.

Quanto a isso esclarece Ferreira Filho: "Já foi demonstrado cabalmente que, no texto de 1988, predominam regras e não princípios".⁵⁵

Sendo assim, de acordo com o autor, não há que se falar em uma sobreposição dos princípios às regras, visto que na Constituição predominam regras e não princípios.

Quanto aos riscos que surgem ao haver a superação dos princípios às regras na visão do autor:

54 BARBOSA, op. cit., Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592136&seo=1>>. Acesso em: 19 mar. 2020.

55 FERREIRA FILHO, op. cit., p. 156.

É certo que é bem próprio do neoconstitucionalismo sustentar “a superação da regra pelo princípio” (Streck, 2009:204). Isso não pode significar outra coisa senão que o aplicador do direito pode ignorar a regra expressa na lei — na lei expressão da vontade geral, portanto da democracia, pelo que lhe parece a conveniente adequação do princípio ao caso.

Ainda de acordo com o autor, quando se sustenta a superação da regra pelo princípio, se estaria transformando o arbítrio em princípio jurídico, colocando em risco a segurança jurídica, uma vez que as regras normalmente oferecem uma precisão fundamental para impedir o arbítrio.⁵⁷

O autor traz ainda uma importante fala de Sustain: “A Constituição [...] não significa o que determinadas pessoas querem que ela signifique, caso contrário não seria lei alguma”.⁵⁸

Sendo assim, na visão do autor o perigo ao sustentar que as cláusulas constitucionais tem um conteúdo aberto e crer que tais cláusulas são apenas “uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas”⁵⁹ se caracteriza quando colocado em prática visto dar amplos poderes para que o magistrado possa ficar livre para decidir conforme a sua própria vontade, ideologia, valores e crença, ainda que contra a própria constituição, baseando tais decisões em princípios subjacentes.

Streck em sua crítica ao Ativismo judicial explana o risco apresentado por Ferreira Filho sob a ótica do reconhecimento da união estável homoafetiva:

Se, por um lado, a questão é analisada por um magistrado favorável ao movimento das minorias e da regulamentação de tais relações, sua decisão seria no sentido da procedência; por outro lado, um magistrado conservador e alheio a essa “mutação dos costumes” julgaria improcedente o pedido. E é isso que, num caso como esse, não pode acontecer!⁶⁰

Objetivamente, Streck em sua crítica diz que casais homoafetivos estariam à mercê de magistrados decidindo conforme as suas vontades e ideologias, justificando a procedência ou a improcedência da demanda tão somente em sua ideologia e crença.

56 LÊNIO STRECK, apud FERREIRA FILHO, op. cit., p. 160.

57 Ibid., p. 160.

58 SUSTAIN, apud FERREIRA FILHO, op. cit., p. 162.

59 BARROSO E BARCELLOS apud FERREIRA FILHO, op. cit., p. 162.

60 STRECK, L.; BARRETO, V., OLIVEIRA, R. op. cit., 79.

Para Ferreira Filho, o posicionamento é condenável, uma vez que o mesmo estaria por desprezar à lei, visto a decisão afrontar lei contrária; a separação dos poderes, visto o juiz se substituir ao legislador, sendo função do legislador densificar os princípios constitucionais e intermediar sua aplicação a casos concretos; e a democracia, uma vez que o juiz se faz por governante, não tendo, entretanto, legitimidade para isso. Tendo a Constituição registrado em seu artigo primeiro que o povo exerce o poder, ou diretamente, ou por meio de representantes eleitos, e no presente caso, os juízes não foram eleitos pelo povo, não tendo legitimidade para praticar tais atos.⁶¹

Por fim, sustenta o autor quanto ao movimento neoconstitucionalista, que justificaria o Ativismo judicial:

Não é, essencialmente, senão uma ideologia, uma roupagem pretensamente científica, para coonestar um ativismo de operadores do direito. Ele serve de instrumento para implantar o politicamente correto, “reformatar” o mundo e, de passagem, o país, num arremedo de socialismo utópico (para lembrar a lição de Marx).⁶²

Dessa forma, críticas são direcionadas ao Ativismo judicial uma vez que praticado se encontra interferindo diretamente nos demais poderes, legislando no lugar de quem detém de legitimidade para isso e tomando decisões contrárias à própria Constituição, justificando estas com base em princípios, ficando assim, os magistrados livres para decidir conforme seus valores, compromissos e posições ideológicas, como ensina Ferreira Filho.⁶³

4. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que o Ativismo judicial é prejudicial à democracia e, por conseguinte, ao atual Estado Democrático de Direito. Isso se dá uma vez que à Suprema Corte cabe a proteção da Constituição, sendo nesse ponto que o perigo se faz presente. O perigo se manifesta quando a Suprema Corte se aventura em um protagonismo judicial proferindo decisões contrárias às leis vigentes e à própria Constituição, colocando em risco a segurança jurídica do país.

61 FERREIRA FILHO., op. cit., p. 164.

62 Ibid., op. cit., p. 165.

63 Ibid., op. cit., p. 163.

Ao analisar os casos expostos, verifica-se que a Suprema Corte brasileira: adentrou na esfera dos demais poderes, expandiu o seu entendimento além do texto constitucional e ousou reescrever a constituição, tendo como justificativas princípios e valores subjetivos.

Como fora apresentado nas sessões anteriores, para que tenhamos um Estado Democrático de Direito é necessário o respeito à Constituição e principalmente ao princípio da Separação dos Poderes, não devendo haver a sobreposição de um Poder aos demais, sendo estes independentes e *harmônicos* entre si. A própria Constituição traz em seu corpo as exceções onde haverá a interferência de um Poder nos demais, havendo assim o controle mútuo. Entretanto, o Ativismo judicial não se encontra no rol de exceções elencadas no texto constitucional.

No direito não há a possibilidade de dizer que os fins justificam os meios, existindo um procedimento que precisa ser respeitado para que haja ordem e também impeça arbitrariedade por parte dos que detêm do poder Estatal.

O Ativismo judicial abre margem para que juízes possam decidir conforme suas vontades e ideologias, o que é prejudicial para a democracia, uma vez que a mesma significa governo da maioria e, ao se falar sobre Ativismo judicial, estamos diante da possibilidade de magistrados deixarem de aplicar lei criada de maneira legítima e que expressa a vontade da maioria, tendo por justificativa princípios subjetivos, utilizando-se do mecanismo para implantar o que consideram politicamente correto.

Dentre as problemáticas do Ativismo judicial, vê-se que juízes ativistas interpretam a lei à luz do fim que se busca, colocando assim, toda a população à mercê do que apenas um ou alguns juízes entendem como certo. Outra grande problemática deste mecanismo é que o mesmo se apresenta não somente de maneira prejudicial, tendo este a aceitação pelo povo quando *concordam* com a assertividade da decisão e sendo rejeitado quando o oposto acontece.

Entretanto, não há como criticar o Ativismo judicial quando discordamos da assertividade da decisão se o aplaudimos quando concordamos com a mesma.

Dessa forma, conclui-se que o Ativismo judicial apresenta risco ao atual Estado Democrático de Direito, cabendo à Suprema Corte tão somente ser a guardiã da Constituição e assegurar o seu



cumprimento, devendo se abster de tomar decisões que precisam ser tomadas na arena política.

Uma vez combatendo de maneira correta as causas do Ativismo Judicial, se estará preservando o princípio da Separação dos Poderes e consequentemente o atual Estado Democrático de Direito, impedindo arbitrariedade e abusos, uma vez que como fora tratado no presente artigo, os maiores prejudicados quando não há a separação dos poderes e o respeito à Constituição é a própria sociedade.

O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E A PRÁTICA DE ATOS CONSTRITIVOS EM SEDE DE EXECUÇÃO FISCAL CONTRA A EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Pedro Parolin Teixeira

Pós-graduado em Direito Tributário Empresarial e Processual Tributário pela PUC-PR; Bacharel em Direito pela PUC-PR; Acadêmico do Curso de Administração da Universidade Positivo; Advogado; Membro da Comissão de Direito Falimentar da OAB/PR.

Edeilson Ribeiro Bona

Mestre em Direito pela UFMT; Pós-graduado em Direito Constitucional pela ABDConst; Professor substituto do Curso de Direito na UNEMAT; Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito, Estado e Sociedades (GPDES - UNEMAT); Advogado.

1. INTRODUÇÃO

A atividade empresarial ganha relevância diariamente. Atualmente, os novos fatores da economia, como a globalização e as novas tecnologias, renovam a atividade empresária e dão fôlego sobre a mutação do conceito e do conteúdo do direito empresarial. A empresa, todavia, é sempre inserida no contexto socioeconômico vivido; e o Brasil tem passado por uma série crise econômica que tem levado diversas empresas a experimentar situação de crise.

A Lei 11.101/2005 buscou tratar exclusivamente da possibilidade de recuperação judicial da empresa, ou seja, antes da falência e consequente extinção da pessoa jurídica. Superou institutos antigos como a concordata, que não representavam a melhor forma de tratamento às empresas em crise e, com a lei, fortaleceu-se a noção sobre a preservação da empresa, transmutando-se em princípio que irradia todo o ordenamento falimentar.

A referida legislação também consagrou como princípio o juízo universal da recuperação judicial, determinando que cabe a este dizer sobre eventuais restrições e atos de constrição que a empresa venha a sofrer. Indica, igualmente, exceção nas ações decorrentes de dívidas tributárias.

De toda forma, a leitura da Lei 11.101/2005 sob o ponto de vista da preservação da empresa acabou por trazer novos ares e problemáticas para as matérias afetas à recuperação judicial, inclusive no âmbito da execução fiscal.

Neste artigo, ao se investigar a possibilidade de constrição de bens da empresa em recuperação judicial, pauta-se a matéria a partir de dois argumentos e em busca de convergência: 1. O primeiro se dá no sentido de que a satisfação do crédito tributário, pela sua função social, prevalece sobre o direito de a empresa em crise buscar sua recuperação; 2. Já o segundo aponta em sentido contrário, indicando que o princípio da preservação da empresa e a sua função social devem preceder aos interesses fiscais.

Ambos os argumentos vêm sendo aplicados pelos Tribunais pátrios e serão objetos de pesquisa deste artigo. Para tanto, apresentar-se-á a evolução na compreensão do fenômeno da empresa em crise, bem como o tratamento atual dado pela jurisdição à matéria.

Para a realização da pesquisa qualitativa, serão utilizados o método hipotético-dedutivo e o procedimento estruturalista, com estudo documental (análise de documentos oficiais públicos) e estudo bibliográfico (revisão da literatura).

2. A ATIVIDADE EMPRESARIAL E A EMPRESA EM CRISE

Compreender a atividade empresarial é o ponto de partida a fim de que se perceba a necessidade de se dar o devido tratamento legal à matéria. Para Alex Sander Hostyn Branchier, “a empresa assume um papel preponderante em nosp. 247-250, jun-1974. Instituto meio, especialmente na tarefa de produção e distribuição dos bens e serviços que nos são tão necessários e úteis”¹.

Além disso, a empresa se revela como essencial não apenas para prover bens e serviços, mas também para prover riquezas. Em outras palavras, para além dos interesses individualistas e imediatos,

1 BRANCHIER, Alex Sander Hostyn. *Direito empresarial*. Curitiba: Editora Intersaberes, 2012, p. 12.

sobre a empresa se faz presente o interesse público e social, de caráter nacional, que busca o desenvolvimento.

Como aponta Rachel Sztajn, a atuação empresarial está calcada no domínio econômico, “não para cumprir as obrigações típicas do Estado nem substituí-lo, mas sim no sentido de que, socialmente, sua existência deve ser balizada pela criação de postos de trabalho, respeito ao meio-ambiente e à coletividade”².

Esta preocupação pode ser vista já no início de nossa mais alta legislação nacional, a Constituição Federal de 1988. Revela-se no art. 3º, inc. II, que “garantir o desenvolvimento nacional” constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil³.

Sobre esta disposição constitucional, afirmam Lênio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes a necessidade de analisá-lo com vistas ao momento atravessado pelo Brasil até a promulgação da Constituição. Para os autores, deve-se compreender tanto a instauração do Estado Democrático de Direito como a abertura de mercado e as (novas) políticas econômicas vigentes mundialmente a fim de se extrair o melhor significado do desenvolvimento nacional enquanto objetivo fundamental do país:

O atendimento a esses fins sociais e econômicos é condição de possibilidade da própria inserção do Estado Nacional na seara da pós-modernidade globalizante. Portanto, há que se ter presente que os objetivos constantes no art. 3º não são conceitos desvinculados da contemporaneidade que cerca a noção de Estado Nacional; na verdade, o art. 3º da Constituição do Brasil conecta-se com a própria noção de Estado Democrático de Direito constante do art. 1º. [...] É nesse contexto que a Constituição, enquanto explicitação do pacto de (re)fundação da sociedade ocorrido a partir de um legítimo processo constituinte, define um novo modelo de nação, impondo perceber o art. 3º da Constituição do Brasil como estabelecedor dos parâmetros constitucionais para a verificação da compatibilidade da atividade estatal em face dos desígnios teleológicos que define. [...] Para

2 SZTAJN, Rachel. “Comentários ao art. 47 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência”. In SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 220.

3 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10 ago. 2020.

tanto, o Direito assume uma nova feição: a de transformação das estruturas da sociedade.⁴

Além desta relevante menção no art. 3º, a Constituição Federal de 1988 ainda aponta os princípios gerais da atividade econômica em seu art. 170⁵. Sobre esta disposição constitucional, destaca-se para os fins deste artigo os incisos III (função social) e VIII (busca do pleno emprego) do art. 170 da Carta Magna, pois guardam relação direta com a temática da empresa em crise, notadamente a fim de advogar pela necessidade de preservação da atividade empresarial.

Mas, afinal, o que é a empresa em crise? Esta denominação decorre da previsão legal contida no art. 47 da Lei 11.101/2005 que afirma, de início, que a recuperação judicial “tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor”⁶.

A fim de clarear o alcance do termo legal, é a lição de Roando Vasconcelos sobre a melhor interpretação do dispositivo:

O termo *crise econômico-financeira* pressupõe a existência de duas situações distintas, mas que podem se manifestar em conjunto. Enquanto a *crise econômica* se caracteriza por problemas diversos na alocação dos recursos utilizados pela empresa (problemas no modelo do negócio), a *crise financeira* pode ser identificada pela incapacidade de a empresa devedora

4 STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. “Comentários ao artigo 3º”. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 312.

5 De acordo com o texto constitucional: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, op. cit.

6 BRASIL. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em 10 ago. 2020

honrar o seu passivo (seja pela iliquidez de seus ativos e/ou pelo fato de o passivo superar o ativo).⁷

Desta forma, ainda que momentaneamente a empresa passe por adversidades, ela não deixa de merecer especial proteção diante de sua função social (art. 170, III da CF/88) e, ainda, por contribuir ao alcance do pleno emprego (art. 170, VII da CF/88).

Acerca da função social da empresa, pairam divergências sobre o que efetivamente deve ser considerado para sua ocorrência. Há autores que consideram exclusivamente o caráter econômico (eficiência na adimplência das obrigações) a fim de cumprir a exigência legal, como é o caso de Rachel Sztajn:

A função social da empresa só será preenchida se for lucrativa, para o que deve ser eficiente. Eficiência, nesse caso, não é apenas produzir os efeitos previstos, mas é cumprir a função despendendo pouco ou nenhum esforço; significa operar eficientemente no plano econômico, produzir rendimento, exercer a atividade de forma a obter os melhores resultados. Se deixar de observar a regra da eficiência, meta jurídica, dificilmente, atuando em mercados competitivos, alguma empresa sobreviverá. Esquemas assistencialistas não são eficientes na condução da atividade empresária, razão pela qual não podem influir, diante da crise, na sua recuperação.⁸

Em sentido contrário, abrangendo a função social a partir de outras vertentes, qualidades e particularidades, especialmente sócioeconômicas, aponta Waldo Fazzio Junior que “a recuperação judicial não se restringe à satisfação dos credores nem ao mero saneamento da crise econômico-financeira em que se encontra a empresa destinatária”⁹.

Para o autor, a recuperação judicial “alimenta a pretensão de conservar a fonte produtora e resguardar o emprego, ensinando

7 VASCONCELOS, Ronaldo. *Princípios processuais da recuperação judicial*. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2012, p. 27.

8 SZTAJN, Rachel. “Comentários ao art. 47 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência”. In SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 221.

9 FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 93.

a realização da função social da empresa, que, afinal de contas, é mandamental”¹⁰.

Esta visão abrange não apenas o direito dos credores, mas outras motivações, como a manutenção dos empregos gerados por determinada empresa, ainda que em crise. Tal conclusão pode ser vista em trabalho acadêmico de Paulo Salvador Frontini, publicado na década de 70, merecedor de destaque em razão da atividade empresária nacional naquele momento se dar em menor intensidade que nos dias atuais e, ainda assim, ser reconhecida a importância de sua função social a partir de balizas socioeconômicas (“de caráter público”):

É justamente a expressão sócio-econômica de certas empresas que imprimindo-lhes verdadeiro caráter público ou de interesse público, justifica a continuação de suas atividades. Chega-se, por via desse raciocínio, ao cerne da moderna teoria da empresa, que reconhece suas responsabilidades e deveres perante a coletividade e como que a emancipa de seus proprietários, dissociando a empresa do empresário.¹¹

Embora a prática mercantil anteceda às legislações que buscaram lhe regulamentar, evidentemente que o ordenamento jurídico inseriu a atividade comercial em diversas legislações, materializada em diversos focos e pelos mais distintos interesses.

A seguir, busca-se apresentar a disciplina legal da empresa em crise no Brasil, primeiro através de breve retrospecto das legislações que trataram da empresa em crise no Brasil até, finalmente, abordar-se a Lei 11.101/2005.

3. O DIREITO FALIMENTAR NO BRASIL: UM BREVE RETROSPECTO ATÉ A EDIÇÃO DA LEI 11.101/2005

A temática do direito falimentar é intimamente ligada à evolução do tratamento legal dado à pessoa em situação de inadimplência. As formas de satisfação da dívida já se deram pelo uso da força em diversas vertentes, desde a tipificação da inadimplência como crime punível com a pena de morte até mesmo com a possibilidade de se escravizar o devedor até a resolução da dívida com o credor.

De acordo com o breve resgate histórico do tema realizado por Luiz Inácio Vigil Neto:

Na antiguidade clássica existiu, de modo consensual, a ideia de a insolvência ser uma irresponsabilidade e, como tal, dever

ser severamente punida ou com a morte, ou com a escravidão, ou com a prisão, ou com a tortura, ou com a humilhação, em concordância com o pensamento romano, *verbatim*: “*decoctvs semper cvlposos praesvmter donec contrarvm probetvr*”. Essa ideia, que fora inicialmente absorvida pela cultura medieval, aos poucos foi sendo abandonada por uma outra de maior eficiência sistêmica na proteção do direito do credor.¹²

A compreensão do tratamento dispensado ao devedor, portanto, é um fenômeno complexo, que passa desde a forma de resolução dos conflitos até o fenômeno dos direitos fundamentais, com a recente ideia de prevalência da dignidade da pessoa humana¹³.

Neste trabalho, dar-se-á preferência para apresentação da breve evolução do tratamento dado às pessoas jurídicas em crise no Brasil.

De acordo com Luis Felipe Salomão, o direito falimentar no Brasil passou por quatro fases, culminando a última na edição da Lei 11.101/2005¹⁴.

A primeira fase se iniciou com o advento do Código Comercial até a República (1889) e se caracterizava por não conceituar com precisão os institutos envolvidos na matéria, bem como por conceder aos credores excessiva autonomia na organização falimentar e, ainda, pelo fato da falência se caracterizar a partir da cessação de pagamentos e, portanto, de difícil definição objetiva para se encontrar o termo inicial¹⁵.

O descomedido poder dado aos credores e o excesso de formalismo vivido nesta época podem ser ilustrados no célebre caso em que figurou Irineu Evangelista de Sousa, o Visconde de Mauá¹⁶.

12 VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 52.

13 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 20-26.

14 SALOMÃO, Luis Felipe. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 5

15 Idem.

16 Valendo-se da narrativa de Rubens Requião: “Para ser válida a concordata, o art. 847, alínea terceira, exigia que fosse concedida por credores que representassem pelo menos a maioria em número, independentemente de seu comparecimento à assembleia, e dois terços do valor de todos os créditos sujeitos aos efeitos da concordata. Esse preceito tornou-se famoso, pois impediu que o Visconde de Mauá – exemplo edificante do espírito empresarial dos brasileiros – obtivesse concordata de seus credores. Tendo sofrido grande infortúnio em seus negócios, o que levou à falência seu poderoso império econômico – não pôde reunir na as-

Em razão desta situação, que impediu a concessão da concordata para o Visconde de Mauá, editou-se a Lei nº 3.605/1885, que alterava o critério de deliberação na reunião dos credores, além de instituir a concordada por abandono de bens e preventiva.

Para André Fernandes Estevez, “o art. 898 do Código Comercial previa a possibilidade de se conceder moratória ao devedor, o que seria deferido pelo magistrado e sem a necessidade de anuência dos credores”¹⁷.

A segunda fase tratou da Lei Carlos de Carvalho (Decreto 917 de 1890) e, de acordo com Luis Felipe Salomão, marcou-se pelas seguintes características:

a) moratória – pagamento integral de todos os credores em até um ano. Dependia de 3/4 dos credores. Somente cabível antes do protesto;

b) acordo extrajudicial – natureza contratual. Assembleia Geral dos credores quirografários. Negado, decretava-se a falência. Somente admissível antes do protesto;

c) cessão de bens – dependia da aprovação dos credores. Somente possível antes do protesto. Formava-se um contrato de união (forma de liquidação).¹⁸

Já a terceira fase do direito falimentar tinha como base legal o Decreto-lei nº 7.661/1945, também conhecido como Lei de Falências, marcando-se por dois traços bem definidos: “a) reforçou bastante o aspecto judicial da falência e da concordata, proibindo a moratória amigável. Eliminou a natureza contratual da concordata; b) diminuiu a influência dos credores, concentrando poderes nas mãos do juiz”¹⁹.

Sobre este período, elucida André Fernandes Estevez:

sembleia os 3.000 credores dispersos pelo mundo a fora, tornando-se impossível consequentemente sua concordata. Esse acontecimento levou-o a representar ao Parlamento, em 1879, expondo a iniquidade do preceito legal. Precipitou-se, então, o movimento de revisão da Terceira Parte do Código, resultando na Lei nº 3.065, de 1882. Para a concessão da concordata, exigia-se, daí por diante, a maioria dos credores que comparecessem à assembleia, tornando então exequível a concordata por abandono”. REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*, v. 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 19.

17 ESTEVEZ, André Fernandes. “Das origens do direito falimentar à lei nº 11.101/2005”. *Revista jurídica empresarial* – RJE v. 3, nº 15, pp. 11-50, jul./ago., 2010. Porto Alegre, Notadez, 2008, p. 32.

18 SALOMÃO. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*, op. cit., p. 6.

19 Ibidem, p. 7.

Entre as principais modificações trazidas, foram reforçados os poderes do magistrado, diminuiu-se a influência dos credores, abolindo-se a assembleia de credores para a aprovação da concordata e as concordatas deixaram de ser um contrato para tornarem-se um benefício concedido pelo Estado. A mudança principal introduzida pelo Decreto-Lei estava no fato de que a concordata era concedida ou não pelo juiz, em vez de ocorrer o tradicional consenso de credores. Ao passo que as leis anteriores tinham “inspiração privatística” e conferiam maior predominância ao interesse dos credores, a nova lei considerou mais apto o “impulso oficial” para a tutela do próprio interesse comum dos credores, elevado ao plano de interesse público.²⁰

O esvaziamento do poder dos credores, inversamente proporcional ao irrestrito poder do magistrado nesta fase, pode ser exemplificado na hipótese da concordata, que deixou de exigir o consenso dos credores para atribuir ao arbítrio do juiz seu deferimento ou não. Esta situação, nos termos utilizados de Waldemar Ferreira, “criou a concordata sem acordo do falido com os credores, com o mesmo nome tradicional, mas esvaziado de sentido”²¹:

Rompendo com o regime geral da concordata, mantido por leis estrangeiras recentes, como a italiana de 1942, segundo a qual a concordata se reputa aprovada pelo consenso de credores com direito de voto, que representem ao menos dois terços da soma dos créditos; e como a francesa de 1955, pela qual a concordata não se celebrará senão mediante o concurso da maioria em número de credores admitidos definitiva ou provisoriamente e que representem dois terços do total dos créditos – o Decreto-lei nº 7.661, criou a concordata sem acordo do falido com os credores, com o mesmo nome tradicional, mas esvaziado de sentido.²²

Nesta conjuntura, a empresa em crise não conseguia reaver sua saúde econômica-financeira pois dependia de muitos fatores externos, que não dependiam, necessariamente, de seu interesse e habilidade para lidar com as obrigações vencidas e vincendas.

Isto é, buscava-se tão somente alienar seus ativos a fim de liquidar o passivo, sem a adequada preocupação com a preservação

20 ESTEVEZ. “Das origens do direito falimentar à lei nº 11.101/2005”, op. cit., p. 37.

21 FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*, v. 15. São Paulo: Saraiva, 1966, p. 266.

22 Idem.

da empresa e a manutenção de sua atividade empresarial. Não é por outra razão que se buscou a atualização desta legislação, que passou por diversas revisões até, finalmente, derrogar-se sua vigência com a edição da Lei 11.101/2005.

Sobre a revisão do Decreto-lei nº 7.661/1945, aponta André Fernandes Estevez que a legislação, “desgastada pela nova realidade econômica, social e política, foi constituída comissão para rever a lei de falências”²³. Por isso, “foi aprovada a emergencial reforma convertida na Lei nº 7.274, de 10.12.1984. Em seguida, foi publicado o Decreto-Lei nº 2.279/1985 para corrigir graves “equivocos” de redação”²⁴.

Após algumas reformas, a referida legislação deu lugar à Lei 11.101/2005, que pretendeu tratar especificamente da situação da empresa em crise, buscando formas a fim de ser possível sua manutenção. Quer dizer, antes de se decidir sobre a falência e liquidação dos ativos para satisfação das dívidas, a lei buscou efetivamente enfrentar a questão da superação da crise da empresa.

A seguir, aponta-se os desdobramentos da Lei 11.101/2005, sobretudo que implicam no reconhecimento do princípio da preservação da empresa nas mais diversas áreas do direito para, depois, pesquisar sua aplicação na proibição dos atos constritivos em face da empresa em recuperação judicial.

4. A EDIÇÃO DA LEI 11.101/2005 E O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

A Lei nº 11.101/2005 atualmente regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Tratou-se de inovação em diversas frentes no direito concursal. André Fernandes Estevez correlaciona a Lei nº 11.101/2005 com o Decreto-lei 7.661/1945 (Lei de Faências) nos seguintes termos:

Ao contrário do Decreto-Lei nº 7.661/1945, que tinha a concordata como um favor legal concedido independente de anuência dos credores, a Lei nº 11.101/2005 fortaleceu o poder dos credores em moldes similares ao que já ocorria nas legislações brasileiras entre os anos de 1850 e 1945. Desta forma, a recuperação judicial não terá êxito sem apoio dos credores na forma estabelecida nos seus arts. 35 a 46 e 58, onde

23 ESTEVEZ. “Das origens do direito falimentar à lei nº 11.101/2005”, *op. cit.*, p. 38.

24 Idem.

se verificam requisitos específicos de votação, inclusive para a aprovação do plano de recuperação judicial.²⁵

Para Luis Felipe Salomão, a legislação “alterou conceitos e termos jurídicos, extinguindo a concordata e a continuação dos negócios pelo falido, como previsto no revogado Decreto-lei 7.661/1945”²⁶. Além disso, “introduziu a recuperação extrajudicial e judicial de empresas, modificando radicalmente o sistema falimentar então vigente”²⁷.

A fim de conceituar a recuperação judicial segundo legislação atual, Sérgio Campinho aborda o instituto a partir de sua justificativa e prática no ordenamento jurídico:

A recuperação judicial, segundo perfil que lhe reservou o ordenamento, apresenta-se como um somatório de providências de ordem econômico-financeiras, econômico-produtivas, organizacionais e jurídicas, por meio das quais a capacidade produtiva de uma empresa possa, da melhor forma, ser reestruturada e aproveitada, alcançando uma rentabilidade autossustentável, superando, com isso, a situação de crise econômico-financeira em que se encontra seu titular – o empresário –, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego e a composição dos interesses dos credores (cf. art. 47 da Lei 11.101/2005). Nesta perspectiva, é um instituto de direito econômico. Sob a ótica processual, a medida se implementa por meio de uma ação judicial, de iniciativa do devedor, com o escopo de viabilizar a superação de sua situação de crise. É um processo especialíssimo, em que, por exemplo, não existe a figura do réu. Mas dita pretensão somente pode ser exercida até a declaração de sua falência (art. 48, I da Lei 11.101/2005).²⁸

A função social da empresa está presente na redação do art. 47 da Lei 11.101/2005, que indica a visão atual referente à organização empresarial, com o seguinte texto:

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e

25 ESTEVEZ. “Das origens do direito falimentar à lei nº 11.101/2005”, cit., pp. 42-43.

26 SALOMÃO. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*, op. cit., 8.

27 Idem.

28 CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial falência e recuperação de empresa*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 32.

dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.²⁹

Este dispositivo legal expressamente aponta a necessidade de se viabilizar a superação da empresa em crise, demonstrando a preocupação legislativa sobre a importância da empresa atualmente. Isto é, o art. 47 acaba por indicar a necessidade de preservação da empresa como um dos instrumentos a se garantir o pleno emprego e o desenvolvimento socio-econômico.

A ligação existente entre a preservação da empresa e a Lei 11.101/2005 é realizada por Ronaldo Vasconcelos, em valiosa lição que se transcreve:

Ao considerar a *empresa* um ente organizativo de múltiplos interesses, o desafio reside justamente em validar o *direito de recuperação de empresas* como sistema efetivo para a superação da *crise econômico-financeira* nela instaurada. Tudo isso à luz do princípio da *preservação da empresa*, o qual, por sua vez, é norteado pelos vetores sinalizados pelo princípio constitucional da função social da empresa, ora possibilitando a adoção de medidas coletivas para a superação da crise da empresa, ora viabilizando a sua rápida e eficiente liquidação em prazo razoável.³⁰

Esta abordagem é incentivada pela ordem constitucional, notadamente o art. 170 - incisos III, que trata da função social da empresa, e VIII, sobre a busca do pleno emprego –, pois são regras e princípios que dialogam com a empresa em crise.

Para Gladston Mamede, a função social da empresa, no contexto do direito falimentar, é manifestada no princípio da preservação da empresa:

O princípio da função social da empresa reflete-se, por certo, no princípio da preservação da empresa, que dele é decorrente: tal princípio compreende a continuidade das atividades de produção de riquezas como um valor que deve ser protegido, sempre que possível, reconhecendo, em oposição, os efeitos deletérios da extinção das atividades empresariais que prejudica não só o empresário ou sociedade empresária, prejudica também

29 BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, op. cit.

30 VASCONCELOS, Ronaldo. *Princípios processuais da recuperação judicial*. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2012, p. 31.

todos os demais: trabalhadores, fornecedores, consumidores, parceiros negociais e o Estado.³¹

Sobre o princípio de preservação da empresa, aponta Scilio Faver, em linhas gerais: “o escopo do preceito é se privilegiar aquela atividade econômica organizada (denominada como empresa) em detrimento de ações de credores intolerantes e egocêntricos”^{32 33}.

Ronaldo Vasconcelos se vale dos ensinamos de Fabio Ulhoa Coelho para apresentar os critérios que o Poder Judiciário deve levar em consideração para analisar a viabilidade da empresa em crise e, consequentemente, para aplicabilidade do princípio: “(i) a importância social da devedora; (ii) o porte econômico da empresa no mercado; (iii) o volume do ativo e passivo; (iv) o tempo da empresa”³⁴.

O princípio da preservação da empresa em recuperação judicial irradia em toda a Lei 11.101/2005. Isto é, todas as disposições que possuem como finalidade a continuidade da atividade empresarial são, em última medida, significantes do princípio.

Embora não se possa abordar neste trabalho todas as implicações do princípio da preservação da empresa, deve-se indicar o juízo universal da recuperação judicial como uma das implicações deste princípio, consoante previsão legal do art. 76 da Lei 11.101/2005 ³⁵.

31 MAMEDE, Gladston. *Falência e Recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 417.

32 FAVER, Scilio. *Curso de recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 7.

33 Anota Ronaldo Vasconcelos que este princípio guarda relação até mesmo com a dignidade da pessoa humana, nos termos: “Corroborando a aplicabilidade desse raciocínio, quando o objeto do debate é a empresa em crise e a importância da sua preservação (CF, arts. 3o, inc. II e 170, incs. III e VIII e LRF, art. 47), qualquer limitação que imponha a sua liquidação como primeira alternativa deve ser evitada. Tudo isso com o objetivo de proteger os interesses sociais em benefício da comunidade, inclusive garantidos constitucionalmente e encarados como questão de dignidade da pessoa humana (decorrentes da função social da empresa)”. VASCONCELOS, Ronaldo. *Princípios processuais da recuperação judicial*, op. cit., p. 59.

34 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 282-385 *apud* VASCONCELOS, Ronaldo. *Princípios processuais da recuperação judicial*, op. cit., p. 63.

35 De acordo com a disposição legal: “Art. 76. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo. Parágrafo único. Todas as ações, inclusive as excetuadas no *caput* deste artigo, terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida,

Ainda que a própria lei excetue, dentre outras situações, a execução decorrente de crédito tributário, observado este poder do juízo falimentar - que tal como buscou se abordar anteriormente, é decorrente da própria evolução do direito falimentar -, criou-se divergência sobre a matéria.

De toda forma, embora a lei pareça clara nesse sentido, o princípio da preservação da empresa, na prática, acaba por delimitar a possibilidade de outros juízos incorrerem na constrição dos bens da empresa em recuperação judicial. É bastante comum a divergência na jurisprudência sobre esse tema, inclusive tendo o Superior Tribunal de Justiça afeto o tema para julgamento em sede de recurso repetitivo.

Estas e outras questões serão abordadas a seguir.

5. A DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL SOBRE OS ATOS CONSTRITIVOS CONTRA A EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Conforme tratado, a empresa em crise possui regramento próprio no ordenamento jurídico. Dentro deste sistema que busca possibilitar a recuperação judicial da empresa, prevalece o princípio de preservação da empresa.

O princípio de preservação da empresa, neste tocante, acarreta a interpretação de diversos outros dispositivos. Alberto Camiña Moreira *et al* Aponta que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem sido palco destas discussões³⁶.

Em referência ao juízo universal da recuperação judicial, por exemplo, tem se decidido no STJ que este juízo é competente para se autorizar atos de constrição (apreensão e alienação) de bens da empresa em recuperação judicial, ainda que a execução fiscal tramite no juízo próprio, como se vê da ementa do julgamento de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AGRAVO INTERNO. EXECUÇÃO FISCAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRÁTICA

sob pena de nulidade do processo". BRASIL. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, op. cit.*

- 36 MOREIRA, Alberto Camiña; ROQUE, Andre Vasconcelos; COSTA, Daniel Carnio; DELLORE, Luiz; SACRAMONE, Marcelo; FURTADO, Paulo. "Construção de bens da recuperanda na execução fiscal: como evitar um novo "banana boat"?". Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/InsolenciaemFoco/121,MI275669,61044Constricao+de+bens+da+recuperanda+na+execucao+fiscal+como+evitar+um>>. Acesso em 28 set 2020.

DE ATOS EXECUTÓRIOS CONTRA O PATRIMÔNIO DA RECUPERANDA. LEI Nº 13.043/2014. MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO DA SEGUNDA SEÇÃO.

[...] Conquanto o prosseguimento da execução fiscal e eventuais embargos, na forma do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/2005, deva se dar perante o juízo federal competente - ao qual caberão todos os atos processuais, inclusive a ordem de citação e penhora -, a prática de atos constitutivos contra o patrimônio da recuperanda é da competência do Juízo da recuperação judicial, tendo em vista o princípio basilar da preservação da empresa. [...].³⁷

Neste julgamento, portanto, diferenciou-se a execução fiscal dos atos de constrição de bens decorrentes da execução. Isto é, ainda que o art. 6º, §7º da Lei 11.101/2005 excetue a suspensão das execuções em decorrência de dívida tributária, caberá ao juízo da recuperação a efetivação dos atos de apreensão e alienação dos bens.

No mesmo sentido é o precedente de lavra do Ministro Mauro Campbell Marques, que preza pela prevalência da empresa, e diante da relevância se transcreve e destaca (itálico):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ARTIGO 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. DISPOSITIVOS APONTADOS COMO VIOLADOS. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. EXECUÇÃO FISCAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. MEDIDAS CONSTRITIVAS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO. PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]. 3. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido que a execução fiscal não se suspenda com o deferimento da recuperação judicial, todavia os atos de alienação e constrição devem ser submetidos ao juízo da recuperação judicial, em homenagem ao princípio da preservação da empresa. 4. *Vale destacar que o objetivo da recuperação judicial é a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, a teor do art. 47 da Lei 11.101/2005. Assim, ao se atribuir exclusividade ao juízo da recuperação para a prática de atos de execução, busca-se evitar medidas expropriatórias que possam prejudicar o cumprimento do plano de recuperação. Cumpre esclarecer que não se está impedindo a satisfação do*

37 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. AgInt no CC 153.006, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em 22/2/2018, DJe 27/2/2018.

crédito da Fazenda Pública, mas sim a submissão do mesmo à ordem legal. Precedentes: AgRg no REsp 1462017/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12/11/2014; AgRg no REsp 1453496/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 29/09/2014; AgRg no REsp 1121762/SC, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 13/06/2012. Manutenção do óbice da Súmula 83/STJ. 5. Agravo regimental não provido.³⁸

Vê-se, portanto, que para o STJ há evidente diferença entre a execução fiscal e os atos de constrição em decorrência do ajuizamento da ação. Os atos de constrição ficam à critério do juízo da recuperação judicial, em que pese a disposição contida no art. 6, §7º da Lei 11.101/2005³⁹.

Além disso, entende o Superior Tribunal de Justiça que o princípio de preservação da empresa em crise se sobrepõe, também, aos créditos fiscais, sob o prisma de que sendo deferida a recuperação judicial, a maior preocupação deve se dar com a possibilidade da empresa, efetivamente, superar a crise econômica-financeira e possibilitar a manutenção de sua atividade empresarial.

Diante destas decisões, houve uma mudança de entendimento na forma de se encarar as execuções decorrentes de dívida tributária em face de empresa em recuperação judicial.

Não por outra razão os entes federativos passaram a buscar a alteração deste entendimento, a fim de possibilitar a constrição dos bens destas empresas enquanto garantia da execução fiscal.

Ocorre, todavia, que há divergência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, pois, no plano interno de distribuição de competências do Tribunal, existem decisões contrárias às citadas, notadamente de Turmas diversas.

No caso, como apontam Alberto Camiña Moreira *et al*, as Turmas que compõem a 1º Seção do STJ entendem de forma diversa,

38 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. AgRg no REsp 1.462.032/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado em 05/02/2015, DJe de 12/02/2015.

39 De acordo com a disposição legal: "Art. 6º: A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário. [...] § 7º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica". BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. *op. cit.*

no sentido de que havendo dispensa na apresentação de certidões de regularidade fiscal, prevalece o juízo da execução fiscal enquanto órgão competente inclusive pra determinar a constrição de bens⁴⁰.

Ilustra-se o tema a partir da ementa do julgamento (Rel. Min. Herman Benjamin):

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ONLINE. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. QUESTÕES RELEVANTES. OMISSÃO CONFIGURADA.

[...] 6. O segundo ponto discutido nos aclaratórios também possui relevância, pois, não obstante o entendimento da Segunda Seção do STJ, quanto à vedação à prática de atos de constrição nas Execuções Fiscais, o entendimento da Segunda Turma é de que é necessário que as instâncias de origem analisem se a Recuperação Judicial foi deferida com ou sem a exigência da prévia apresentação de Certidão Negativa de Débitos. 7. Com efeito, diante da redação do art. 6º, § 7º, da lei 11.101/2005, e do fato de que no Plano de Recuperação Judicial não há inclusão ou negociação dos créditos tributários, a Execução Fiscal poderá ter regular prosseguimento, inclusive com penhora de bens, caso constatado que não há CND e que os débitos tributários não se encontram suspensos. Nesse sentido: REsp 1.645.655/SC, de minha relatoria, DJe 18/4/2017.⁴¹

Portanto, não há unanimidade nesta matéria, prevalecendo insegurança jurídica ainda que no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Esta difícil questão de entendimentos diversos dentro da própria Corte é bem elucidada por Alberto Camiña Moreira *et al.*:

Assim é que, no próprio STJ, que possui a incumbência de uniformizar a interpretação da lei federal, há relevante divergência interna sobre o assunto em análise: afinal, a quem competirá (juízo da recuperação judicial ou da execução fiscal) avaliar se é caso ou não de autorizar a constrição sobre o patrimônio da recuperanda? Normalmente, a matéria chega à 2ª seção em sede de conflitos de competência entre o juízo da recuperação judicial e o da execução fiscal, ao passo que a mesma discussão

40 MOREIRA, Alberto Camiña; ROQUE, Andre Vasconcelos; COSTA, Daniel Carnio; DELLORE, Luiz; SACRAMONE, Marcelo; FURTADO, Paulo. “Constrição de bens da recuperanda na execução fiscal: como evitar um novo “banana boat”?”, *op. cit.*

41 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp 1681463/SP, Rel. ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 3/10/2017, DJe 19/12/2017.

é submetida à 1ª Seção, que possui entendimento diverso, na hipótese de interposição de recurso pela Fazenda Pública.⁴²

Recentemente, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça afetou esta matéria para julgamento em sede de recursos repetitivos. Isto é, o referido órgão fracionário do STJ pretende dar solução única à matéria a fim de uniformizar e prevalecer este entendimento em território nacional, nos termos do art. 1.036, do CPC/2015⁴³.

A decisão do Ministro Mauro Campbell Marques se deu nos seguintes termos:

Verifica-se que há multiplicidade de recursos que tratam do tema em debate, razão pela qual a questão merece ser submetida ao regime dos recursos repetitivos.

A questão jurídica central pode ser assim delimitada: “Possibilidade da prática de atos constritivos, em face de empresa em recuperação judicial, em sede de execução fiscal”.

Desse modo, em conjunto com o REsp 1.694.261/SP e o REsp 1.694.316/SP, proponho que o presente recurso afetado como representativo da controvérsia, nos termos do art. 1.036, § 5º, do CPC/2015, observando-se o seguinte:

- a) a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional;
- b) a comunicação da decisão, enviando-se cópia desta, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais;
- c) a intimação da União Federal e dos Estados-membros para eventual manifestação;

42 MOREIRA, Alberto Camiña; ROQUE, Andre Vasconcelos; COSTA, Daniel Carnio; DELLORE, Luiz; SACRAMONE, Marcelo; FURTADO, Paulo. “Construção de bens da recuperanda na execução fiscal: como evitar um novo “banana boat”?”, *op. cit.*

43 De acordo com o CPC: “Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça”. (BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso: em 28 set 2020).

d) vista ao Ministério Público para parecer, em quinze dias (art. 1.038, III e §1º, do CPC/2015).⁴⁴

Esta decisão monocrática foi cancelada pelo colegiado em abril do ano de 2018, autuando-se como Tema 987 dos recursos repetitivos no STJ, estando pendente de julgamento a questão. Por tudo que se abordou até aqui, todavia, fica a impressão de que este julgamento ainda não colocará fim à divergência, diante da multiplicidade de entendimentos em Seções diferentes da Corte Superior.

Atualmente, portanto, esta questão se encontra em um limbo jurídico bastante complexo e de difícil solução, sendo difícil prescrever um cenário⁴⁵. De toda forma, pode-se ver tranquilamente a força do princípio da preservação da empresa a ponto de se cogitar até mesmo sua prevalência frente aos créditos tributários.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atividade empresarial sempre foi e sempre será foco do ordenamento jurídico. Todavia, a forma pela qual as legislações abordam o tema nem sempre guardam consonância com o intuito da lei.

A evolução do tratamento legal dado ao endividado demonstra plenamente os equívocos cometidos pelo legislador até o ponto atual. Especificamente ao direito falimentar, diversas legislações anteriores à Lei 11.101/2005 não socorriam às empresas em crise, tampouco garantia às dívidas adquiridas na atividade empresarial, de modo que serviam apenas para formalizar a falência da empresa.

A Lei 11.101/2005 mudou este panorama, trazendo consigo o relevante princípio de preservação da empresa, que deve ser mensurado e irradiado para todo ordenamento falimentar.

Por esta razão, na prática, as dívidas tributárias contraídas por uma empresa acabam sendo determinantes no seu plano de recuperação judicial. Isto é, primeiro se busca fazer a garantia de

44 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. ProAfR no RECURSO ESPECIAL Nº 1.712.484 - SP (2017/0158996-9). Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, decisão monocrática proferida em 20 de fevereiro de 2020.

45 MOREIRA, Alberto Camiña; ROQUE, Andre Vasconcelos; COSTA, Daniel Carnio; DELLORE, Luiz; SACRAMONE, Marcelo; FURTADO, Paulo. "Construção de bens da recuperanda na execução fiscal: como evitar um novo "banana boat"?", *op. cit.*

manutenção da atividade empresarial para, depois, resolver sobre as obrigações não adimplidas – ainda que fiscais.

Por conseguinte, valendo-se do princípio da preservação da empresa, a jurisprudência nacional reconheceu a impossibilidade de atos constritivos contra as empresas em recuperação judicial, notadamente a fim de estabelecer esta possibilidade somente ao juízo universal da recuperação judicial.

Isto porque o juiz falimentar tem melhores condições de decidir sobre eventuais penhoras e indisponibilidades sobre os bens da empresa, aferindo no caso qual deles é essencial a sua atividade e aqueles que podem servir para satisfação do crédito fiscal.

Esta questão foi amplamente debatida em sede do Superior Tribunal de Justiça, tendo a Corte reconhecido a prevalência do princípio da preservação da empresa. Todavia, esta conclusão não é unânime, pois pairam controvérsias no âmbito das Seções do STJ sobre a mesma questão.

A afetação do tema para julgamento em sede de recurso repetitivo (Tema 987) por si só, não garantirá a pacificação da jurisprudência, pois se tratou de iniciativa da Primeira Seção do Tribunal, ao contrário do entendimento da Segunda Seção do STJ.

É por esta razão que não há como se antever os próximos capítulos para o tratamento que será dado a matéria pela jurisprudência. Ademais, tendo a matéria fundo constitucional, não é impossível que a mesma chegue à deliberação do Supremo Tribunal Federal, confirmando a insegurança jurídica do tema, com consequências práticas na atividade empresarial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANCHIER, Alex Sander Hostyn. *Direito empresarial*. Curitiba: Editora Intersaberes, 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10 ago. 2020.

_____. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em 10 ago. 2020.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em 10 ago 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. *ProAr no REsp nº 1.712.484 – SP*. Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, decisão monocrática proferida em 20 de fevereiro de 2018, DJe 24/02/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. *AgInt no CC 153.006*, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em 22/2/2018, DJe 27/2/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. *AgRg no REsp 1.462.032/PR*, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado em 05/02/2015, DJe de 12/02/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. *REsp 1681463/SP*, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 3/10/2017, DJe 19/12/2017.

CAMPINHO, Sergio. *Curso de direito comercial falência e recuperação de empresa*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ESTEVEZ, André Fernandes. “Das origens do direito falimentar à lei nº 11.101/2005”. *Revista jurídica empresarial – RJE* v. 3, nº 15, pp. 11–50, jul./ago., 2010. Porto Alegre, Notadez, 2008.

FAVER, Scilio. *Curso de recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2014.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2005.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*, v. 15. São Paulo: Saraiva, 1966.

FRONTINI, Paulo Salvador. “O Caso da falência da Sanderson e as tendências atuais do direito falimentar”. *Revista de direito mercantil*,

industrial, econômico e financeiro v. 13, nº 15/16, pp. 247–250, jun-1974. Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

MAMEDE, Gladston. *Falência e Recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, Alberto Camiña; ROQUE, Andre Vasconcelos; COSTA, Daniel Carnio; DELLORE, Luiz; SACRAMONE, Marcelo; FURTADO, Paulo. “*Construção de bens da recuperanda na execução fiscal: como evitar um novo “banana boat”?*” Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/InsolvenciaemFoco/121,MI275669,61044Constricao+de+bens+da+recuperanda+na+execucao+fiscal+como+evitar+um>>. Acesso em 10 ago 2020.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*, v. 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

SALOMÃO, Luis Felipe. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. “Comentários ao artigo 3º”. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SZTAJN, Rachel. “Comentários ao art. 47 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência”. In SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VASCONCELOS, Ronaldo. *Princípios processuais da recuperação judicial*. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2012.

VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA ELECTRÓNICA: NUEVOS RETOS Y POSIBILIDADES PARA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CONTEMPORÁNEA¹

Renata Fabiana Santos Silva

Procuradora do Estado da Bahia; Mestra em Direito Público pela Universidade de Sevilha; Doutoranda em Direito pela Universidade de Sevilha.

1. INTRODUCCIÓN

La Administración pública contemporánea experimenta un período de transformación que la aleja de sus características tradicionales de actuación, como la imperatividad y la unilateralidad, a los cuales desplaza en la búsqueda de un desempeño más basado en la participación ciudadana y la consensualidad.

Esta metamorfosis vivida por la Administración pública está justificada por la necesidad de redefinir la actuación administrativa para el atendimento de las demandas de la sociedad contemporánea. Así, es necesaria la adopción de instrumentos de gestión que sean más céleres, flexibles y compatibles con la complejidad de la sociedad posmoderna.

La nueva forma de gestión administrativa también impone la necesidad de revisión de la relación jurídica establecida entre Estado y administrado, a través del reconocimiento de la centralidad del ciudadano. Para esto, es fundamental la participación ciudadana y la inserción de las nuevas tecnologías en las prácticas administrativas.

Por lo tanto, este estudio tiene por objetivo analizar dicha transformación en el ámbito de la resolución de los conflictos administrativos, por medio del implemento de la mediación electrónica. Además, también se busca delinear los posibles

1 Artigo ganhador do primeiro lugar do Concurso de Artigos Jurídicos do “1er Congreso Argentino de Derecho Administrativo de la Región Centro y Áreas Metropolitanas”, realizado em 28 e 29 de março de 2019, na cidade de Paraná, Entre Ríos, Argentina.

obstáculos al implemento de la mediación administrativa electrónica y las posibles claves para la superación de dichos inconvenientes.

Importante señalar que, en un contexto de crisis y carencias, es necesario plantear sobre posibilidades de que la actuación administrativa sea efectiva y hábil para resolver los problemas y realizar los fines constitucionalmente establecidos para el Estado. En este punto reside la importancia de esta investigación, que no se propone reflexionar sobre la sobrecarga de la jurisdicción, sino sobre el rol de la Administración pública frente al ciudadano, por el camino de la mediación, de la buena administración y de las nuevas tecnologías.

2. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEL SIGLO XXI Y EL PARADIGMA DE LA CONSENSUALIDAD

Las Constituciones de los Estados Sociales y Democráticos de Derecho imponen a los poderes públicos la tarea de garantizar a los derechos fundamentales por ellas reconocidos. De esta manera, el poder público tiene el deber de hacer efectivos dichos derechos fundamentales titularizados por los ciudadanos.

Coscuelluela Montaner (2017, pp. 28-29) señala que el Estado Social de Derecho “es una progresión evolutiva del propio Estado Derecho, que impone la superación de la diferenciación absoluta entre Estado y Sociedad, para permitir una más decidida acción conformadora de aquél sobre ésta, y una clara interpenetración entre ambos conceptos”. Dicha concepción consagra la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural.

En efecto, el Estado Social y Democrático de Derecho se basa en el principio de la dignidad de la persona humana, que significa la valorización del individuo como ciudadano. Es decir, el individuo debe ocupar la centralidad de las actuaciones estatales, lo que impone un cambio en las estructuras del Derecho Público para el alcance de la justicia e igualdad, haciendo que el ciudadano sea más que mero espectador de la actuación estatal.

Por tanto, esta nueva Administración pública emerge de la necesidad impuesta por el Estado Social y Democrático de Derecho de concreción de los derechos fundamentales y respeto a la dignidad de la persona humana. Es por eso que Rodríguez-Arana (2013, p. 34) afirma que la gestión de lo público debe realizarse “desde la

convicción de que el poder público es una institución para mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos”.

Así, los ciudadanos no son sujetos pasivos de la relación jurídico administrativa, al revés, son protagonistas en la tarea de definir y evaluar las políticas públicas gubernamentales. Tomar parte de la vida pública es una exigencia democrática que, además, está alineada con la dignidad humana (LANDA, 2015).

En tal perspectiva, la Administración pública del siglo XXI identifica la necesidad de cambiar su modelo de actuación y abandona el paradigma autoritario del siglo XIX, caracterizado por la adopción de decisiones unilaterales y verticales; evolucionando hacia un modelo de aproximación con el ciudadano, basado en la participación y el diálogo.

Siguiendo la misma línea de pensamiento, Rodríguez-Arana (2010, p. 119) afirma que “el interés general, que es el interés de toda la sociedad, de todos los integrantes de la sociedad, ya no es patrimonializado por el poder público, ya no puede ser objeto de definición unilateral por la administración”.

En el mismo sentido, registra Gordillo (2013, p. 25) que

ya no basta el imperio de la autoridad de quien ejerce ocasionalmente el poder; ya no satisface la voz de mando, se a quien fuere el que manda. Ahora se intenta conseguir una sociedad cada vez más participativa, y la sociedad se queja cuando un gobierno intenta decidir y actuar sin consensuar con nadie, sin consultar, sin acordar ni ceder posiciones.

En este escenario de metamorfosis social y catalizado por la globalización, el pluralismo y el avance de la tecnología de la información y comunicación (TIC), la Administración pública necesita desarrollar una nueva metodología de actuación para el enfrentamiento de las demandas sociales contemporáneas.

Dromi (2015, p. 294) también reconoce la necesidad de metamorfosis de la Administración Pública, y señala que

las actuales estructuras de gobierno son insuficientes para satisfacer los requerimientos mínimos de la sociedad. La solución no pasa por agrandar el gobierno del funcionariado o de la burocracia, sino que es preciso dinamizar el espacio y el tiempo de la participación administrativa de los interesados.

Importa aclarar que la nueva concepción de Administración Pública no rechaza por completo los modos tradicionales de

gobernación; en realidad, la propuesta es añadir nuevas prácticas de gobernanza para que sea posible enfrentar eficazmente los problemas actuales.

También hay que aclarar que las cuestiones relacionadas a la globalización y pluralismo son enfrentadas no apenas por los gobiernos, ellas también son retos que desafían a los particulares, de manera que se impone la interpenetración y colaboración entre estos agentes para que sea posible concretar los intereses generales no alcanzables por los métodos tradicionales.

Dicho de otro modo, los nuevos métodos de gobernanza y gestión administrativa, basados en la participación ciudadana, posibilitan el fortalecimiento de la democracia, por medio del equilibrio entre los poderes y de la efectividad de la representación social en la política.

La importancia de la participación también es señalada por Vanossi (2008, p. 14), cuando afirma que se trata de “un requisito para el fortalecimiento de los sistemas democráticos y para hacer más viable la gobernabilidad de estos sistemas”.

La misma idea es empleada por Lírío do Valle (2011, p. 90) quien afirma que “las alianzas y el consenso son las nuevas consignas, en una esfera pública habitada por múltiples actores, finalmente reconocidos como interlocutores fundamentales (nuestra traducción)”.

Por lo tanto, las prácticas consensuales son parte de este nuevo instrumental administrativo, cuyo fundamento está en la colaboración de otros actores para la formación de la decisión estatal. Así, las técnicas adecuadas de solución de conflictos (*Appropriate Dispute Resolution – ADR*)², sobre todo las de naturaleza autocompositiva, como la mediación y conciliación, surgen como una herramienta de aproximación entre Administración pública y administrados.

Además, la consensualidad aplicable a la resolución administrativa de conflictos es un mecanismo de alcance de flexibilidad y eficiencia, de ahí que Moreira Neto (2008, p. 120) identifique que ella dota al Estado y sus instituciones de “la necesaria flexibilidad para ponderar los intereses en disputa y definir, a través de

2 La expresión *Alternative Dispute Resolution* es atribuida al norteamericano Frank Sander, que la había utilizado en 1976. Posteriormente *Alternative* empezó a ser interpretado como *Appropriate*, para indicar la complementariedad de los sistemas, lo que puede ser traducido como *Técnicas Adecuadas de Resolución de Conflictos*.

procedimientos administrativos, abiertos e transparentes, fórmulas que se muestren más eficientes bajo el criterio de la finalidad (nuestra traducción)".

En este escenario, matizado por el avance de las nuevas TIC, la Administración Pública tiene que desarrollar prácticas innovadoras que agrandan los espacios de relacionamiento entre la Administración pública y los ciudadanos, generando también el incremento de la eficacia administrativa.

3. LA UTILIZACIÓN DE LA TECNOLOGÍA PARA LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS ADMINISTRATIVOS

El desarrollo de los medios de comunicación en la actualidad, genera la expansión de su uso, así como el intercambio de información, ideas e iniciativas. Es por esto que Castells (1999, p. 04) afirma que "la informacionalización y la globalización son procesos centrales de la constitución de una nueva economía y una nueva sociedad en el cambio de milenio".

Esta nueva sociedad, que emerge de la era de la información, exige más eficacia, competitividad, innovación, flexibilidad y participación. En este contexto, las nuevas tecnologías se cambian en instrumentos idóneos para atender dichas demandas contemporáneas.

Para Ramírez-Alujas (2011, p. 21), la Administración pública, basada en los fundamentos de gobierno abierto³, tiene el rol de "crear espacios de contacto directo con la ciudadanía mediante la Web y otros medios, así como la creación de plataformas para el debate informado y el trabajo común". Así, es posible, por medio de la tecnología, la aproximación entre administrados y Administración pública para la construcción de las decisiones gubernamentales.

Sin embargo, no se trata de un simple cambio de soporte para la actuación administrativa, en realidad, hay profundo cambio en la forma de relacionamiento entre Administración Pública y la ciudadanía. Por ello, Nemirovski (2010, p. 88) afirma que "la optimización del vínculo entre el gobierno y los ciudadanos a través de nuevas tecnologías de comunicación implica ante todo un cambio cultural".

3 El sistema de gobierno abierto tiene como elemento central la existencia de una interactividad efectiva entre Estado y administrados, basada en los valores de transparencia, participación y responsabilidad.

La tecnología está presente en el contexto actual no sólo para la construcción de las relaciones jurídicas y sociales, sino también para la solución de los conflictos decurrentes de ellas. Es por eso que Rodríguez Ayuso (2017, p. 264) afirma que

como consecuencia del desarrollo de nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, nace no sólo la posibilidad de celebrar contratos por medios electrónicos, sino también de poner fin por esta vía a los conflictos que surjan una vez estos perfeccionados.

En el ámbito privado desarrollaron mecanismos de ODR (Online Dispute Resolutions), cuyo objetivo inicial era la solución de disputas oriundas del comercio electrónico. Sin embargo, poco a poco, ha empezado la utilización de dicha herramienta para la solución de conflictos de distinto origen.

En Brasil, por ejemplo, el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) ha impulsado la solución de conflictos en línea, por medio de la creación de un sistema de mediación y conciliación digital⁴. Tal medida ha permitido el desarrollo de la plataforma “Mediação Digital”, cuyo objetivo es el impulso de la mediación extrajudicial para la solución de conflictos privados en materia de seguros y consumo.

En el ámbito europeo, la Directiva 2008/52/CE, 21 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, no impide la utilización de medios electrónicos para el desarrollo de la mediación, según el considerando nueve que dispone: “La presente Directiva no debe impedir en modo alguno la utilización de las nuevas tecnologías de comunicaciones en los procedimientos de mediación”. Tampoco se puede olvidar del Reglamento UE 524/2013, de 21 de mayo de 2013, de 21 de mayo de 2013, que dispone sobre la resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo.

Con todo, el escenario de las nuevas tecnologías no excluye la Administración Pública. En realidad, estos instrumentos también son útiles a la solución de las disputas de que la Administración Pública sea parte.

4 Vid. Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) n° 125, de 29 de novembro de 2010.

Vale destacar que, la posibilidad de utilización de la tecnología para la solución de conflictos administrativos, no implica que todas las disputas de esta naturaleza puedan ser sometidas a los procedimientos en línea. Aviles Navarro (2015, p. 265) advierte que “de la misma manera que no todos los conflictos pueden ser abordados por la mediación, tampoco todos los conflictos mediables pueden serlo a través de medios electrónicos”.

En efecto, la mediación en línea se muestra más efectiva para los conflictos de baja complejidad, cuya presencia física de las partes y del mediador no sea imprescindible para el restablecimiento de la comunicación entre administrado y Administración pública, como, por ejemplo, en los conflictos de extranjería y de reclamaciones de cantidad.

Por otra mano, las nuevas prácticas de gobernanza y gestión administrativa, basadas en los fundamentos de gobierno abierto, estimulan la adopción de las TIC para el fortalecimiento de la transparencia, rendición de cuentas y participación. Significa decir que los valores del gobierno abierto pueden ser concretados a través del uso de la tecnología, reestructurando los modelos de gestión y organización administrativa que también alcanza la solución de los conflictos administrativos.

No se puede olvidar que la litigiosidad administrativa representa un gran embarazo al desarrollo de las políticas públicas gubernamentales, pues impide la ejecución de las mismas. Así, la idea de colaboración y participación con apoyo en las TIC representa un cambio estructural en la forma de gestionar y solucionar dichos conflictos.

En efecto, las TIC pueden ser utilizadas para la solución de determinados conflictos administrativos, proporcionando la creación de un espacio de comunicación activa entre Administración pública y ciudadanía, generando, una actuación administrativa más ágil y eficiente.

4. LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA ELECTRÓNICA COMO HERRAMIENTA DE ALCANCE DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN

Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, se considera que las técnicas autocompositivas de solución de conflictos generan el restablecimiento del dialogo entre las partes. De esta manera,

cuando se las aplican a los conflictos administrativos, es posible la participación del administrado en la construcción de la decisión gubernamental (RODRIGUEZ-ARANA, 2015, p. 117).

La idea de participación ciudadana está relacionada con lo que se denomina de buena administración, pues la Administración pública, desde este punto de vista, debe ser un instrumento para la ejecución de acciones estatales orientadas a la mejora de la calidad de vida de las personas.

Esta también es la perspectiva de Moreira Neto (2008, p. 111) que afirma que “el atendimento de las necesidades concretas de las personas, adecuado a las circunstancias, es la razón constitucional de la existencia de la actividad administrativa (nuestra traducción)”.

Importante señalar que, en el ámbito europeo, el reconocimiento de la centralidad del ciudadano generó la declaración de la buena administración como derecho fundamental del ciudadano europeo en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Consecuentemente, el contenido de la buena administración en el CDFUE es integrado por una serie de derechos y principios conexos, que son exigibles de la Administración pública. Es por eso que Rodríguez-Arana (2010, p. 142) afirma que

el artículo 41 de la Carta constituye un precipitado de diferentes derechos ciudadanos que a lo largo del tiempo y a lo largo de los diferentes Ordenamientos han caracterizado la posición central que hoy tiene la ciudadanía en todo lo que se refiere al Derecho Administrativo.

Es importante registrar que la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública, aprobada en el año de 2013 por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), también reconoce expresamente el derecho a la buena administración. Dicha carta pone el ciudadano en la centralidad de la actuación estatal, de manera que establece un compromiso de una Administración pública más humana y cercana del ciudadano. Sin embargo, la Carta Iberoamericana no es una norma jurídica obligatoria, sino un documento orientativo para el desarrollo de la legislación de los países signatarios (RODRÍGUEZ-ARANA, 2014).

En realidad, el reconocimiento del derecho a la buena administración como derecho fundamental es una consecuencia de la adopción del modelo de Estado Social y Democrático. Luego, la

Administración pública tiene que ajustarse a las nuevas demandas, a través de instrumentos de participación ciudadana en todas las fases de la actuación administrativa, como establecido en la Carta Iberoamericana y CDFUE.

Además, la buena administración está conectada con la realización eficiente de la función administrativa, lo que genera un deber ético y jurídico de la Administración Pública. Este deber, en la sociedad de la información, es potencializado, pues la eficiencia constituye un paradigma esencial en la contemporaneidad.

En este panorama, la mediación surge como un instrumento de consenso apto al alcance de la eficiencia y eficacia del hacer estatal, pues permite una respuesta más rápida y adecuada al conflicto que se intenta dirimir. Luego, la utilización de la mediación en el ámbito administrativo lleva a la eficiencia y eficacia exigidas por el Estado Social y Democrático de Derecho.

En esta línea es la aclaración de Alencar (2018, p. 55) que destaca que

el desarrollo de la eficiencia depende de nuevos mecanismos de gestión pública en la búsqueda de la satisfacción de los derechos fundamentales de los ciudadanos bajo un análisis multidisciplinario, que puede señalar los parámetros objetivos de comparación y establecer metas razonables” (nuestra traducción).

Así, la utilización de las herramientas de TIC en los procedimientos de mediación puede permitir, con más acierto, el alcance de esta finalidad. Esto porque la tecnología aplicada a la mediación no genera solamente comodidad para las partes en disputa, sino también la transformación de la gestión del conflicto.

Como ya dicho, la eficiencia constituye un elemento que integra la noción de buena administración, de manera que la Administración Pública debe utilizar todos los instrumentos disponibles para una prestación eficiente y eficaz, que puedan garantizar los derechos fundamentales. Así, las herramientas de TIC abren puertas para la eficiencia administrativa y por consecuencia para la realización del derecho a la buena administración.

Cabe afirmar que la relación entre la Administración pública y administrados puede ser profundizada a través de la tecnología, por eso Nemirovski (2010, p. 91) afirma que “no hay relación mejorada sin una urgente y profunda mutación cultural que permita

incorporar los modernos instrumentos de la comunicación en la práctica interfaz entre administradores públicos y públicos que no administran". Y esta percepción debe ser extendida para la resolución de los conflictos administrativos.

Además, hay que tener claro que, bajo del prisma de la tutela judicial efectiva, el Estado tiene que garantizar no solo el ejercicio del derecho de acción delante de los órganos jurisdiccionales, sino también garantizar la adecuada resolución del conflicto, que puede ser obtenida por medio de la mediación administrativa electrónica.

En conclusión, se puede verificar por todo lo antedicho que, la mediación electrónica es un instrumento apto a la realización del derecho a la buena administración, de manera que su práctica en el ámbito administrativo tiene que ser estimulada y profundizada. Sin embargo, la mediación administrativa electrónica no es la solución para todos los problemas estatales, es solamente más un mecanismo de soporte a la Administración pública para cumplimiento de su deber de buena administración.

5. INCONVENIENTES AL DESARROLLO DE LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA ELECTRÓNICA

La mediación administrativa electrónica es, indudablemente, una herramienta que posibilita el alcance de la eficiencia administrativa y de la colaboración ciudadana, concretando los fundamentos de buena administración y de gobierno abierto.

Sin embargo, para que efectivamente se llegue a tales objetivos, es necesario superar algunos inconvenientes.

Primero hay que garantizar la inclusión digital en el sentido de la igualdad de los conocimientos tecnológicos entre las partes. Sobre este punto, Aviles Navarro (2015, p. 269) pondera que

para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, será necesario salvaguardar la igualdad entre las partes evitando el desequilibrio que pudiera derivarse de la falta de medios o conocimientos tecnológicos por parte de los ciudadanos.

Sin embargo, también es necesario pensar la exclusión digital bajo el prisma del acceso a la tecnología. Es decir, la Administración pública tiene que garantizar a los ciudadanos la posibilidad de acceso a estos medios tecnológicos de aproximación. Es por eso que Rodríguez-Arana (2013, p. 36) sostiene que "para que la Administración pública

on-line tenga sentido, el desarrollo en el interior de la organización pública debe ir en paralelo al propio desarrollo tecnológico de la sociedad”.

El segundo inconveniente detectable en la mediación en línea es la fragilidad del procedimiento de comunicación. Algunos críticos argumentan que en la mediación electrónica hay la pérdida del contacto interpersonal característico del procedimiento, lo que dificulta que las partes expongan las reales causas del conflicto. Eisen (1998, p. 1310), por ejemplo, argumenta que

la gran paradoja de la mediación en línea, es que impone una distancia electrónica entre las partes, mientras que la mediación es, por lo general, una forma de oral de resolución de disputas diseñada para involucrar los participantes en un contacto directo interpersonal (nuestra traducción).

Por lo tanto, la mediación administrativa en línea debe ser utilizada para una categoría específica de conflictos administrativos, pues existen conflictos en que la interacción presencial es fundamental para la construcción de la solución de la disputa, de forma que la mediación en línea es desaconsejable.

Otro inconveniente de la mediación en línea es la cuestión de la protección a la confidencialidad. Alzate Sáez de Heredia (2008, p. 15) señala que “mientras que la mediación tradicional no produce registros físicos, salvo el acuerdo, la RDL produce un registro electrónico”. Por eso la posibilidad de la parte copiar tales registros electrónicos, sin la aceptación de la otra parte, podría generar un problema, pues los intercambios transparentes y honestos podrían ser dañados.

No obstante, en los conflictos en que la Administración pública sea parte, la confidencialidad puede ser restringida en razón del principio de publicidad de la actuación administrativa. De esta manera, la posibilidad de divulgación de registros electrónicos de un procedimiento de mediación no sería un gran problema para la Administración Pública, ya que la misma tiene el deber de transparencia. Además, los conflictos administrativos, adecuados al sometimiento a la mediación en línea, son de baja complejidad que, a lo general, no estarían sometidos al sigilo de las informaciones.

Así, se puede decir que aunque existan inconvenientes a mediación administrativa en línea, estos en absoluto representan obstáculos insuperables. El empleo de los medios electrónicos para

la solución de conflictos administrativos representa una evolución para la Administración Pública y para la ciudadanía, a la medida que genera más transparencia, colaboración, reducción de los costes y efectividad de la respuesta gubernamental.

6. CONCLUSIONES

La Administración pública del siglo XXI está marcada por un cambio de concepción, saliendo de una actuación preponderantemente imperativa y unilateral para una basada en la participación ciudadana y en la consensualidad. La adopción de esta nueva perspectiva de actuación aproxima la Administración pública de los valores fundamentales del Estado Social y Democrático de Derecho y de los modelos de gestión administrativa basados en el gobierno abierto y la buena administración.

Además, los problemas enfrentados por el Estado posmoderno exigen de la Administración pública una actuación más plural, celer y flexible que no es posible con la adopción de las herramientas jurídicas y de gestión del siglo XIX. Esta mentalidad alcanza también la solución de los conflictos de índole administrativa.

Por eso las técnicas autocompositivas de solución de conflicto ganan más espacio en la contemporaneidad, pues permiten la participación, el diálogo y el desarrollo de una cultura de paz. En el ámbito administrativo, dichas características son potencializadas puesto que crean un espacio de colaboración ciudadana y de refuerzo a la representación democrática. El administrado se torna protagonista de los procesos de toma de decisión gubernamental.

Asimismo, las TIC asumen un rol importante, en la medida que no solamente tornan la vida del administrado y de la Administración más cómoda, ellas generan un gran cambio cultural, en el sentido de la formación de ciudadanos más participativos y de administradores hábiles al diálogo. Las TIC tienen una potestad transformadora de las relaciones sociales.

En lo que toca a la solución de los conflictos administrativos, el uso de la tecnología aplicable a la mediación, permite una reducción sustancial de la litigiosidad repetitiva. La masificación de las reclamaciones demanda la búsqueda de mejores técnicas para prevenir y solucionar los conflictos, y la mediación en línea permite el rápido restablecimiento de la comunicación entre Administración pública y administrado, viabilizando una mejor gestión de la litigiosidad.

Tampoco se puede olvidar que la adecuada resolución del conflicto, que puede ocurrir a través de la mediación en línea, garantiza la tutela judicial efectiva, puesto que esta debe buscar no solamente la solución de la disputa, sino también la solución más efectiva y adecuada a las partes.

No obstante todas las ventajas de la mediación en línea, hay que reconocer los inconvenientes de su aplicación. De todos los inconvenientes explotados en el presente trabajo, lo que puede ser un obstáculo real a la efectividad de la mediación en línea es la exclusión digital.

Como dicho, la mediación en línea sólo cumple su rol si el poder público garantiza el acceso y el conocimiento de las herramientas de TIC a la población. En un escenario de exclusión digital, no es posible el desarrollo satisfactorio de la mediación administrativa electrónica, pues no será garantizada la igualdad de trato entre los administrados y por consecuencia se menoscaba la democracia. Además, una de las motivaciones para el uso de la mediación en línea es el combate a la litigiosidad repetitiva, lo que no será alcanzado con el mantenimiento de la exclusión digital.

En conclusión, la mediación administrativa electrónica es un instrumento de rescate de la democracia, en la medida que promueve la colaboración ciudadana y la prevención de los conflictos administrativos, y de esta manera constituye un importante instrumento de gestión administrativa basado en los fundamentos de gobierno abierto y buena administración.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Leandro Zannoni Apolinário de. *O novo Direito Administrativo e Governança Pública. Responsabilidade, metas e diálogo aplicado à Administração Pública do Brasil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, Ramón. *Mediación en línea*. Revista de Mediación, año 1, n° 1, 2008, pp. 06-15.

AVILES NAVARRO, María. *La Mediación Intrajudicial en el orden del contencioso administrativo: evolución hacia una nueva realidad*. Madrid: Universidad Carlos III, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n° 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional

de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, Brasil. Disponible en: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acceso en: 02.02.2019.

CASTELLS, Manuel et al. *Globalización, identidad y estado en América Latina*. Santiago de Chile: PNUD, 1999.

CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO. Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública. Aprobada por el Consejo Directivo del CLAD en reunión presencial-virtual celebrada desde Caracas el 10 de octubre de 2013. Disponible en: <http://old.clad.org/documentos/declaraciones/Carta%20Iberoamericana%20de%20los%20deberes%20y%20derechos%20-%20documento%20aprobado.pdf/view>. Acceso en: 02.02.2019.

COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Manual de Derecho Administrativo*. 28ª Edición. Navarra: Editorial Civitas, 2017.

DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 13ª Edición, Tomo 1. Buenos Aires: Hispania Libros, 2015.

EISEN, Joel B. *Are we ready for mediation in cyberspace?* By Law Review.1998, pp. 1305-1358.

UNIÓN EUROPEA. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, firmada en Niza, 07 de diciembre de 2000. Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf. Acceso en: 02.02.2019.

_____. DIRECTIVA 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Disponible en: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:Es:PDF>. Acceso en: 02.02.2019.

_____. Reglamento (UE) nº 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. Disponible en: <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32013R0524>. Acceso en: 02.02.2019.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. Tomo 1. Parte General*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013.

LANDA, César. Dignidad de La Persona Humana. En: *El Respeto a la Dignidad de la Persona Humana*. Coordinadores: CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto; BARROS LEAL, César. Fortaleza: IBDH/IIDH, 2015, pp. 107-137.

LÍRIO DO VALLE, Vanice Regina. *Direito Fundamental à Boa Administração e Governança*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

NEMIROVSCI, Osvaldo. Un cambio cultural. En: *Open Government. Gobierno Abierto*. Directores: CALDERÓN, César; LORENZO, Sebastián. Jaén: Algón Editores MMX, 2010, pp. 87 -102.

RAMÍREZ-ALUJAS, Álvaro V. *Open Government y Gobernanza Colaborativa: El (inevitable) camino hacia un nuevo paradigma de Gobierno y Gestión Pública*. Estado del arte, desafíos y propuestas, ponencia para el X Congreso de la Asociación Española de Ciencia Política y de la Administración (AECPA): "La política en la red". Murcia, 2011. Disponible en: <<https://aecpa.es/files/view/pdf/congress-papers/10-0/555/>>. Acceso en: 20.01.2019.

RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco. La mediación como método autocompositivo de resolución de controversias en el ámbito de la contratación electrónica. En: *La mediación como método para la resolución de conflictos*. Director: CABRERA MERCATO, Rafael. Coordinador: QUESADA LÓPEZ, Pedro M. Madrid: Editorial Dykinson, 2017, pp. 259-272.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, nº 40, abr./jun. 2010, pp. 117-149.

_____. *La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa*. Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales, v. 6, nº 6, 2013, pp. 23-56.

_____. *Sobre la Carta Iberoamericana de derechos y deberes del ciudadano*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña – AFDUC. España, nº 18, 2014, ISSN: 1138-039X, pp.17-30.

_____. *La mediación en el derecho administrativo*. Revista de Derecho Público, nº 74 – 1º semestre, 2015, pp. 113-131. Doi:10.5354/07195249.2015.37538. Acceso en: 02.02.2019.

VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *Estado de Derecho*. 4ª Edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2008.

A OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO DE CUSTEAR TRATAMENTOS NÃO FORNECIDOS PELO SUS FORA DO DOMICÍLIO DO PACIENTE: O ESTUDO DE CASO DO MENOR W.S.B.

Vanessa Mesquita Sousa

Graduanda de Direito.

Laíz Mariel Santos Souza

Mestrado em Ciências Jurídico Empresarial, Professora de Direito.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa procurou destacar os princípios da universalidade e do direito à saúde, como meios de garantir a todo cidadão, independentemente de sua condição social ou do local onde se encontre domiciliado, conforme esculpido na Constituição Federal, com pleno acesso a todas as modalidades de serviços médicos, básicos ou complexos, fornecidos ou não pelo SUS e sua rede conveniada.

Em virtude de um atendimento feito pelo Núcleo de Direito à Saúde, integrante do Núcleo de Práticas Jurídicas do Centro Universitário Christus (NPJ), em que determinado assistido necessitava de um tratamento da doença de *Coats*, o qual apenas existe em clínicas particulares e fora do estado do Ceará, segundo laudo emitido por médico do Hospital Geral de Fortaleza. Na oportunidade, descobriu-se que, há alguns anos, um atendimento semelhante havia sido realizado também pelo NPJ da Unichristus, resultando no ajuizamento de demanda, que obteve provimento pioneiro para assegurar ao assistido tratamento médico integral fora do Estado do Ceará.

O tema despertou interesse no meio forense local, inclusive recebendo cobertura midiática, o que ampliou sobremodo a discussão entre os diversos atores intervenientes no processo de implantação da inédita decisão. De tal modo, pela relevância apresentada, o acontecimento referido será analisado em estudo de caso neste artigo.

Para que se possa compreender o estudo de caso em análise, a pesquisa fundou-se, inicialmente, na apreciação acerca do direito à saúde como direito básico e fundamental, capaz de garantir ao paciente o que ele necessitar, incluindo o tratamento fora de seu domicílio.

Em seguida, passa-se a analisar o programa TFD, criado pelo Ministério da Saúde, que se mostrou uma valiosa ferramenta na busca de auxiliar o acesso pleno às ações e serviços de saúde, mesmo carente de regulamentação legal, viabilizando recursos nas três esferas federativas, buscando garantir, dessa forma, ao menos, o direito básico à saúde de todo cidadão que, não tendo o tratamento hospitalar onde reside, possa ser atendido em local fora do seu domicílio. Ocorre, porém, que a abrangência desse programa ainda não é suficiente para atender a outros tipos de necessidades, o que será explicitado a seguir.

Por fim, será feita uma avaliação do caso ocorrido com um menor que foi atendido pelo Centro Universitário Christus, necessitando este de um tratamento fora do estado do Ceará e que obteve, por meio de uma ação judicial, o provimento de que necessitava. Ainda nesse momento, será analisado de que forma o TFD pode melhorar para ter ainda mais eficácia em seu objetivo.

Justifica-se a presente opção com respaldo na dignidade da pessoa humana, servindo-se a presente investigação de metodologia construída a partir de pesquisas doutrinárias, normativas e jurisprudenciais, através de bibliografia física e digital.

2. DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Em concordância com artigo 5º da Constituição Federal (CF), o direito à vida, entendido como direito fundamental, deve ser garantido a todos os brasileiros e estrangeiros. No mesmo sentido, o artigo 6º da CF estipula o direito à saúde como um direito fundamental social.

Dessa forma, percebe-se que a Constituição brasileira, em respeito, inclusive, ao princípio da dignidade da pessoa humana disposto como fundamento da República Federativa do Brasil (art.

1º, III da CF), determinou que a vida e, consequentemente, a saúde, devem ser garantidas pelo poder público.

Sendo assim, a legislação brasileira não exclui nenhuma pessoa que necessite de assistência à saúde; da mesma forma, não restringe a atuação do SUS a nenhum tipo de tratamento, forma de proceder ou medicamentos, muito pelo contrário, assegura-se que os entes da federação deverão garantir tudo que for necessário para que a saúde de uma pessoa seja resguardada.

Em decorrência do exposto anteriormente, não pode o direito à vida e à saúde de alguém ser negado devido a falta de atendimento hospitalar no local onde reside o paciente. Entretanto, em algumas localidades, por precariedade ou ausência de serviços hospitalares, muitos indivíduos acabam por não terem acesso a estabelecimentos hospitalares, profissionais da saúde, cirurgias, medicamentos, dentre outras demandas, surgindo então a necessidade de submeter o paciente a tratamento fora de seu domicílio.

O acesso universal à saúde, ainda que seja fora do território onde o paciente reside, é assegurado com substrato no art. 196 da vigente Constituição Federal que garante a universalidade e o acesso igualitário a todos que necessitem de ações e serviços de saúde, seja no âmbito do Sistema Único de Saúde e sua rede conveniada, ou não (com amparo na Lei Orgânica da Saúde – Lei nº 8.080/90).

As Cortes Superiores consagram nos seus julgados o entendimento de que não pode haver escusa do Estado, ou ausência de cobertura, por inexistência de profissionais ou de insumos. Na expressão, por exemplo, do voto do Ministro Marco Aurélio: “De tal sorte, o Poder Público – federal, estadual ou municipal - é responsável pelas ações e serviços de saúde, não podendo, cada um e todos, esquivar-se do dever de prestá-los de forma integral e incondicional.”¹

Dessa forma, com a finalidade de atender às necessidades de quem se encontra em situação como essa, foi criado, por meio da portaria nº 55/99, o denominado Tratamento Fora de Domicílio (TFD), sendo a seguir analisado.

1 RIBEIRO, Davi. O Estado é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo a todos? STF decide sobre fornecimento gratuito de medicamentos de alto custo. *Jusbrasil*, 2016. Disponível em: <https://davirdr.jusbrasil.com.br/artigos/388826867/o-estado-e-obrigado-a-fornecer-medicamentos-de-alto-custo-a-todos>>. Acesso em 29 ago. 2018.

2.1 O conceito e a abrangência do Tratamento Fora do Domicílio (TFD)

Importa ressaltar que o direito à saúde precisa respeitar o mínimo existencial, em cotejo com a reserva do possível, garantindo, por meio da dialética desse binário, a dignidade da pessoa humana e o direito à vida, em conformidade com os princípios fundamentais esculpidos na parte preambular do Estatuto Fundamental.²

Não pode a escassez de recursos servir como subterfúgio capaz de afastar o dever do Estado de propiciar o tratamento universal e igualitário a quem dele precise, sendo, portanto, despropositada e desprovida de razoabilidade qualquer argumentação que venha a eximir de responsabilidade um ente público. Não pode haver recusa no fornecimento de itens ou serviços médicos fundamentais à saúde da população, em face da falta de medicamentos, adiamento de cirurgias por indisponibilidade de profissionais ou mesmo ausência de datas. Igualmente, não devem ser toleradas desculpas como a ausência de recursos financeiros ou de estrutura em determinadas localidades, ou ainda quando se tratar da aquisição de medicamentos de alto custo.³

O cenário acima descrito fez surgir, em 1999, o programa Tratamento Fora do Domicílio pelo Ministério da Saúde. Este foi implantado como resposta à escassez de recursos, falta de atendimento e ausência de medicamentos no local em que se encontra domiciliado o paciente.

O programa instituído por meio da Portaria nº 55/99⁴ de fato é um instrumento infralegal que visa a garantir o direito à vida e o

2 NASCIMENTO, Ana Franco. Direito à saúde deve ser visto em face do princípio da reserva do possível. *Consultor Jurídico*. 12 de fev. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-12/ana-franco-direito-saude-visto-face-reserva-possivel>>. Acesso em 03 set. 2018.

3 ABREU, Camila. O direito à saúde e a responsabilidade civil do Estado decorrente da deficiência na prestação de serviços públicos. *Jusbrasil*, 2015. Disponível em: <<https://camilasabreu.jusbrasil.com.br/artigos/308558672/o-direito-a-saude-e-a-responsabilidade-civil-do-estado-decorrente-dadeficiencia-na-prestacao-de-servicos-publicos>>. Acesso em 29 ago. 2018.

4 BRASIL. Portaria nº 55 de fevereiro de 1999. Dispõe sobre a rotina do Tratamento Fora de Domicílio no Sistema Único de Saúde - SUS, com inclusão dos procedimentos específicos na tabela de procedimentos do Sistema de Informações Ambulatoriais do SIA/SUS e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília. *Ministério da Saúde*. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/1999/prt0055_24_02_1999.html>. Acesso em: 29 ago. 2018.

direito à saúde de pacientes portadores de doenças que não seriam tratadas no seu município de origem, em decorrência da falta de condições para tanto onde residem. Dirley e Novelino acentuam íntima relação do direito à saúde com o direito à vida, conforme o excerto abaixo:

Por sua íntima ligação com o direito à vida e com a dignidade da pessoa humana, o direito à saúde possui um caráter de fundamentalidade que o inclui, não apenas dentre os direitos fundamentais sociais (CF, art. 6º), mas também no seletivo grupo de direitos que compõem o mínimo existencial.⁵

Visando a mitigar a dor e o sofrimento de muitos pacientes que tiveram o esgotamento do tratamento no próprio domicílio, buscou-se a alternativa de disponibilizar o tratamento em outro município. Ao contemplar essa necessidade, o Governo Federal idealizou o Programa “Tratamento Fora do Domicílio”, instituído por meio da Portaria Ministerial nº 55/99 (SAS/MS)⁶, com repercussão nos estados da Federação.

Destaca-se que, mesmo não havendo lei a subsidiar ou validar o TFD, ele encontra amparo na própria Constituição Federal de 1988 e na legislação, em especial na Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080, 19.09.1990), que, no *caput* do art. 2º, dispõe: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. Os autores supracitados destacam o caráter principiológico de direito fundamental à saúde no breve comentário a seguir:

O dispositivo que consagra a saúde como direito de todos e dever do Estado (CF, art.196) está consubstanciado em uma norma de natureza principiológica que estabelece fins a serem

5 CUNHA JUNIOR, Dirley da, NOVELINO, Marcelo. Constituição Federal para concurso: Doutrina, Jurisprudência e questões de concursos. 7ª ed., rev., ampl. e atual., Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 911.

6 BRASIL. Portaria nº 55 de fevereiro de 1999. Dispõe sobre a rotina do Tratamento Fora de Domicílio no Sistema Único de Saúde - SUS, com inclusão dos procedimentos específicos na tabela de procedimentos do Sistema de Informações Ambulatoriais do SIA/SUS e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília. *Ministério da Saúde*. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/1999/prt0055_24_02_1999.html>. Acesso em: 29 ago. 2018.

buscados pelo Estado sem, no entanto, especificar os meios a serem utilizados para tanto.⁷

Portanto, ao Estado incumbe ofertar o tratamento aos portadores de doenças. Quando o tratamento não é oferecido dentro dos limites territoriais da pessoa enferma, compete ao poder público oferecer o atendimento fora do seu domicílio, mediante o custeio das despesas com deslocamento, tratamento ambulatorial, ajuda de custo para alimentação e hospedagem do paciente e acompanhante (quando se fizer necessário), enquanto durar o tratamento.

Exatamente para resguardar o pleno exercício do direito à saúde dentro dos limites territoriais do país, é que esse mesmo território não pode representar um óbice ao pleno atendimento desse direito básico e fundamental. Quando o tratamento não for possível no domicílio do paciente, ele deverá ocorrer em outro local. É o que se constata da precisa observação de Dirley e Novelino abaixo reproduzida:

Por sua vinculação direta à dignidade da pessoa humana, o direito à saúde é titularizado por todas as pessoas que estejam no território brasileiro, independentemente da nacionalidade (brasileiro ou estrangeiro) e do país de domicílio (...). O principal destinatário do dever, sem dúvidas, é o Estado (gênero), sendo todos os entes federativos solidariamente responsáveis (CF, art. 23, II).⁸

O encaminhamento a outros locais, onde o tratamento é ofertado, muitas vezes representa o único modo de manter a saúde ou a vida do paciente, evidenciando a relevância do TFD e o alcance de sua abrangência. Dependendo do caso concreto, poderá haver a necessidade de judicializar a questão em face da recusa do poder público em viabilizar o Tratamento Fora do Domicílio. O STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 271.286 - AgR/RS, assim dispôs sobre o princípio universal e igualitário às ações e serviços de saúde:

O princípio universal e igualitário às ações e serviços de saúde, enquanto concretização do princípio da isonomia (CF, art. 5º), impõe aos poderes públicos o dever de agir fornecendo, a todos,

7 CUNHA JUNIOR, Dirley da, NOVELINO, Marcelo. *Constituição Federal para concurso: Doutrina, Jurisprudência e questões de concursos*. 7ª ed., rev, ampl e atual., Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 911.

8 CUNHA JÚNIOR, Dirley da, NOVELINO, Marcelo. *Constituição Federal para concurso: Doutrina, Jurisprudência e questões de concursos*. 7ª ed., rev, ampl e atual., Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 912.

prestações materiais e jurídicas adequadas à promoção e proteção da saúde, bem como sua recuperação nos casos de doença, independentemente da situação econômica do indivíduo.⁹

Em decorrência disso, não pode o Estado preferir um sem detrimento de outros no fornecimento de serviços médicos e hospitalares. A oferta da saúde precisa ser isonômica, independentemente da condição econômica ou da classe social do paciente. É a gravidade do caso que irá reger a prioridade de atendimento.

O programa nacional do TFD oferece tratamento ambulatorial, hospitalar e cirúrgico com o custeio de deslocamento para o paciente e o acompanhante, quando este se fizer necessário. A ajuda de custo deve contemplar os custos com alimentação e hospedagem, segundo é previsto no artigo 4º da Portaria nº 55/99. Ressalta-se, inclusive, que despesas decorrentes do óbito também deverão ser suportadas pelo Programa idealizado pelo Ministério da Saúde, de acordo com a determinação do artigo 9º da Portaria supracitada.¹⁰

É importante destacar que, para que o paciente tenha direito ao TFD, deve-se atender aos seguintes requisitos expressos no art. 1º da portaria nº 55/99:

Art. 1º - Estabelecer que as despesas relativas ao deslocamento de usuários do Sistema Único de Saúde - SUS para tratamento fora do município de residência possam ser cobradas por intermédio do Sistema de Informações Ambulatoriais - SIA/SUS, observado o teto financeiro definido para cada município/estado.

§ 1º - O pagamento das despesas relativas ao deslocamento em TFD só será permitido quando esgotados todos os meios de tratamento no próprio município.

§ 2º - O TFD será concedido, exclusivamente, a pacientes atendidos na rede pública ou conveniada/contratada do SUS.

9 CUNHA JÚNIOR, Dirley da, NOVELINO, Marcelo. *Constituição Federal para concurso: Doutrina, Jurisprudência e questões de concursos*. 7ª ed., rev, ampl e atual., Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 912.

10 BRASIL. Portaria nº 55 de fevereiro de 1999. Dispõe sobre a rotina do Tratamento Fora de Domicílio no Sistema Único de Saúde - SUS, com inclusão dos procedimentos específicos na tabela de procedimentos do Sistema de Informações Ambulatoriais do SIA/SUS e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília. *Ministério da Saúde*. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/sau-delegis/sas/1999/prt0055_24_02_1999.html Acesso em: 29 ago. 2018.

§ 3º - Fica vedada a autorização de TFD para acesso de pacientes a outro município para tratamentos que utilizem procedimentos assistenciais contidos no Piso da Atenção Básica - PAB.

§ 4º - Fica vedado o pagamento de diárias a pacientes encaminhados por meio de TFD que permaneçam hospitalizados no município de referência.

§ 5º - Fica vedado o pagamento de TFD em deslocamentos menores do que 50 Km de distância e em regiões metropolitanas.¹¹

O dispositivo legal acima transcrito apresenta o rol dos requisitos para que o paciente seja beneficiado pelo Programa Tratamento Fora do Domicílio. Há, sem dúvidas, uma preocupação restritiva e, ao mesmo tempo, limitativa com alguns critérios que demandam uma maior reflexão pelo aspecto padronizador das regras concessivas.

Não pode, por exemplo, condicionar-se o benefício aos serviços de saúde fornecidos pelo SUS e sua rede conveniada. Exatamente porque muitas das vezes, pela excepcionalidade do tratamento impõe-se recorrer à rede privada como única alternativa.

A restrição na concessão do programa do TFD é medida que necessita ser revista, pois o § 2º, do art. 1º da Portaria acima transcrita, restringe a concessão do programa, exclusivamente a pacientes atendida na rede pública ou conveniada ao Sistema Único de Saúde (SUS).

Isso porque, algumas vezes, o tratamento que o paciente necessita não só inexistente em sua localidade, mas, também, não existe dentre os tratamentos oferecidos pelo Sistema Único de Saúde que, algumas vezes, haja vista constante evolução da medicina, acaba por se mostrar atrasado e obsoleto. Um exemplo disso é o tratamento da doença de Coats, existente apenas em três estados da federação e apenas em clínicas e hospitais particulares, não havendo o tratamento pela rede SUS. Pela relevância do tema, a doença de Coats será analisada por meio de estudo de caso apresentado em capítulo próprio.

11 BRASIL. Portaria nº 55 de fevereiro de 1999. Dispõe sobre a rotina do Tratamento Fora de Domicílio no Sistema Único de Saúde - SUS, com inclusão dos procedimentos específicos na tabela de procedimentos do Sistema de Informações Ambulatoriais do SIA/SUS e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília. *Ministério da Saúde*. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/1999/prt0055_24_02_1999.html> Acesso em: 29 ago. 2018.

Tal fato acaba por demonstrar que a regra de que o paciente deva ser atendido pelo SUS necessita de urgente modificação, no sentido de passar a prever que, preferencialmente, o TFD deve ser feito por meio da rede pública mas que, caso não exista o tratamento pelo SUS, este deverá abranger o tratamento em hospitais e clínicas particulares.

Com isso, o valor repassado ao TFD poderá ser utilizado não só para tratamentos não disponibilizados na localidade de domicílio do paciente, mas, também, em estabelecimentos particulares, sempre que a saúde pública não o tiver em sua rede de assistência.

Ainda no tocante ao plano nacional, deve-se destacar que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 264/2017¹², buscando garantir o acesso aos serviços de saúde, especialmente para aqueles moradores de áreas longínquas e de menor infraestrutura que carecem de atendimento onde têm domicílio.

Espera-se, portanto, que a mencionada lei modifique o requisito do artigo 1º, § 2º da portaria nº 55/99, de forma a passar exigir o atendimento pelo SUS apenas se este existir na rede pública. Uma vez que a lei citada anteriormente seja modificada, o TFD poderá alcançar as clínicas e hospitais particulares, como forma de conferir a eficácia indispensável aos direitos à vida, à saúde e, sobretudo, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Porém, até que mencionado Projeto de Lei seja convertido em lei, o Tratamento Fora do Domicílio se encontra regulamentado apenas pela Portaria SAS/GM nº 55/99 em âmbito nacional, sendo o atendimento pelo SUS um de seus requisitos. Todavia, é imprescindível que cada estado da Federação regule seu próprio TFD, como forma de implementar o programa em seus territórios, atendendo às peculiaridades de cada região, tal qual dispõe o artigo 5º da referida Portaria.

É verdade que nem todos os estados da Federação regulamentaram seus TFDs, o que acaba por deixar a cargo do

12 BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 264 de 19 de setembro de 2017. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, para instituir ajuda de custo ao usuário do SUS que necessita realizar tratamento de saúde fora do município onde reside. *Senado Federal*. Disponível em: < <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=11/08/2017&paginaDireta=00157>. Acesso em: 30 ago. 2018.

Poder Judiciário a efetivação do direito à saúde daqueles pacientes que não tenham como receber o tratamento hospitalar onde vivem, assegurando-se o deslocamento e o atendimento médico necessários exclusivamente por meio de ações judiciais.

Em concordância com o que foi ponderado por um servidor lotado na Secretaria de Saúde do Estado do Ceará, a Bahia e o Ceará são considerados estados modelos em âmbito do Tratamento Fora do Domicílio. Em contrapartida, estados como Acre e Rondônia merecem maior atenção do Poder Público na efetivação desse direito.¹³

2.2 O TFD no Âmbito do Estado do Ceará

Louva-se, de forma semelhante, a Portaria nº 136/2018¹⁴ (renovada anualmente para fazer face à atualização monetária do salário mínimo), que dispõe sobre o valor da ajuda financeira do Programa Tratamento Fora do Domicílio (TFD) no âmbito do Estado do Ceará. Ela ostenta natureza remuneratória, com previsão orçamentária, de gasto público para pacientes e acompanhantes que venham a receber o benefício denominado de Tratamento Fora do Domicílio.

A portaria acima faz coro com a Portaria do Ministério da Saúde nº 55 de 1999 que dispõe sobre o TFD em âmbito nacional, mas ressalta, em seu artigo 5º, que caberá a cada Estado da federação regulamentar o seu próprio TFD, respeitando a realidade de cada região, porém poucos são os estados que cumpriram com tal dispositivo.

Com relação ao estado do Ceará essa realidade não é diferente, haja vista ainda não haver nenhuma norma legal que regule o Tratamento Fora do Domicílio no âmbito cearense.

Porém, deve-se ponderar que, em contrapartida, o programa tem funcionado relativamente bem no estado do Ceará, por meio das mencionadas portarias de nº 55/99, em âmbito nacional e 136/2018, em âmbito estadual, sendo excepcionálíssimas as hipóteses em que

13 Entrevista concedida a Vanessa Mesquita Sousa em artigo científico a ser apresentado ao Núcleo Direito e Saúde, em Fortaleza-CE, em 24 ago. 2018.

14 CEARÁ. Portaria n. 136/2018 16 de fevereiro de 2018. Dispõe sobre o valor da ajuda financeira do programa Tratamento Fora do Domicílio – TFD, e dá outras providências. Fortaleza. Página 136 do Diário Oficial do Estado do Ceará (DOECE). Disponível em: <<http://imagens.seplag.ce.gov.br/PDF/20180216/do20180216p02.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

há necessidade de suprimimento pelo Poder Judiciário diante da recusa pontual à concessão do benefício.

Em entrevista realizada com funcionário lotado na Secretaria Estadual do Ceará, destacam-se as seguintes questões que foram prontamente respondidas:

Existe orçamento para as despesas com o TFD? Esse orçamento é suficiente para fazer face às despesas com o programa?

Resposta: “Sim, existe orçamento e ele é suficiente para atender à demanda do TFD. Inclusive, há anos em que sobram recursos, que são remanejados para o exercício seguinte.”

Quantas pessoas já foram beneficiadas pelo TFD no Ceará e quais são os requisitos para que elas recebam o benefício?

Resposta: Não há como informar o quantitativo de pessoas que foram contempladas até agora pelo TFD no Ceará. Contudo, de janeiro a setembro do presente ano totalizam 1.322 (mil trezentos e vinte duas) pessoas beneficiadas. Para que haja a concessão, basta laudo médico informando que não há o tratamento no Estado do Ceará.”¹⁵

Percebe-se, pela entrevista acima, que existe afetação de verba pública destinada ao TFD do Ceará e que, em alguns anos, existe até sobra desse valor, que é remanejado para o exercício seguinte. O problema é que, a despeito dos bons resultados do TFD no Ceará, este não abrange tratamentos que não sejam fornecidos pela rede SUS, haja vista norma expressa na portaria 55/99, fato já anteriormente mencionado.

Dessa forma, mesmo havendo verba pública disponível, aqueles pacientes que precisam de TFD para doenças em que o tratamento não é disponibilizado pelo SUS acabam ficando desamparados por não preencherem o mencionado requisito. Caso tal regra seja alterada, passando a prever apenas uma preferência pela rede pública, poderá haver um maior alcance do TFD, e mais pessoas poderão ter a saúde e a vida resguardadas.

Como forma de corroborar que o TFD seja ampliado para tratamentos em clínicas e hospitais particulares sempre que a rede pública não disponibiliza-lo, será analisado a seguir um estudo de caso de um menor que, mesmo procurando o TFD para ter seu

15 Entrevista concedida a Vanessa Mesquita Sousa em artigo científico, em Fortaleza-CE, em 24 ago. 2018.

tratamento garantido, precisou recorrer ao poder judiciário para que seus direitos à vida e à saúde fossem resguardados, o que passa-se a analisar.

2.3 O suprimento judicial em virtude da ausência de tratamento no Ceará: um estudo de caso do menor W.S.B

Como visto até agora, inexistente norma legal que regule o TFD no âmbito do Estado do Ceará, havendo apenas uma portaria mais voltada para a questão do valor da ajuda de custo. Semelhantemente, a norma que regulamenta os requisitos do TFD é a portaria 55/99, a qual estabelece a necessidade de o tratamento ser fornecido pelo SUS. Diante disso, poderá ocorrer, em algumas hipóteses, a recusa de atendimento pelos órgãos de saúde do Estado do Ceará por meio de TFD, mesmo quando o tratamento é fora de domicílio.

Ainda que, em regra, o programa do TFD conceda, em muitos casos, auxílio com passagens para o paciente e acompanhante (quando se fizer necessário), cujo teto é de um salário mínimo vigente; quando houver recusa por parte do Poder Público, não restará ao paciente outro caminho que não seja recorrer ao Poder Judiciário para garantir seu lícito direito à saúde.

No presente artigo, como forma de ilustrar a atuação do Poder Judiciário como meio de se efetivar o direito ao tratamento fora de domicílio em estabelecimentos particulares, será apresentado, por meio de um estudo de caso, a demanda proposta pelo menor W.S.B. que, acometido por uma doença rara chamada doença de *coats*¹⁶, precisou de tratamento fora de seu domicílio, mas que lhe foi negado por não haver a disponibilização deste na rede pública de saúde.

No caso do pequeno W.B.S, o histórico da doença se manifestou meses após o seu nascimento, como relatou o pai, Luiz Carlos Barroso, à Defensoria, complementando com as informações a seguir:

16 Essa doença atinge uma a cada 100 mil pessoas, tendo como característica principal o desenvolvimento anormal dos vasos que irrigam a retina, podendo ocasionar a perda da visão ou até mesmo ocasionar a retirada do globo ocular. A doença tem maior incidência na infância, de 2 a 4 anos de idade, podendo igualmente acometer adultos. Os estudos médicos que tratam e investigam essa doença são unânimes em apontar que ela se desenvolve em cinco estágios diversos, sendo o primeiro o comprometimento dos vasos sanguíneos e o quinto (e último) se desenvolve após a cegueira completa.

Começou com um estrabismo, quando percebemos a doença ele já estava com 4 meses. Foi feito o teste do olhinho quando ele nasceu e o resultado indicou tudo dentro da normalidade. O mais interessante é que só descobrimos do que se tratava porque assistimos a um programa na televisão que falava de sobre a Doença de Coats e havia uma indicação sobre um teste que poderia ser feito com o celular. Pegamos o celular e batemos uma foto com flash. Vimos então que em um dos olhos, o brilho do olho era diferente. O brilho do olho direito era amarelo, e o do outro era vermelho.¹⁷

É o primeiro caso envolvendo liminar concessiva de tratamento hospitalar fora do Estado do Ceará. Ele, assistido pela Defensoria Pública estadual, ingressou com demanda que tramitou junto à 6º Vara da Fazenda Pública do Estado do Ceará, em face do Governo do Estado, colimando garantir ao mesmo o direito de realizar cirurgia reparadora de sua visão, onde o tratamento fosse disponibilizado, isto é, em São Paulo/SP, Belo Horizonte/MG ou em Curitiba/PR.

Ressalte-se que o tratamento poderia estacionar o grau de evolução da doença, contudo, para que isso se tornasse possível, a Justiça precisaria garantir rapidamente ao usuário a continuidade do tratamento médico que lhe fora concedido/propiciado, mas que, pelo agravamento da situação, supostamente não estaria albergado no objeto inicial da demanda. É o que se constata de informação presente do site da Defensoria Pública do Estado do Ceará, *in litteris*:

A liminar foi cumprida, a cirurgia foi realizada em maio desse ano e a ação já chegou ao seu final, mas apesar da alegria, essa é só uma das batalhas. O bebê atingiu a cegueira completa no olho direito e os pais lutam para que não aconteça a remoção do olho. O tratamento estaciona o grau da doença, evitando que ela fique em progressão, e possa causar o aumento da pressão do olho, que caso ocorra, leva à remoção. Diante disso, os pais já iniciaram uma nova ação acompanhada pela Defensoria Pública para realização da próxima cirurgia, programada para agosto desse ano.¹⁸

17 DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO CEARÁ – DPGE-CE. Notícia. Ação da Defensoria garante tratamento para criança com doença de coats. Disponível em: <http://www.defensoria.ce.def.br/noticia/acao-da-defensoria-garante-tratamento-para-crianca-com-doenca-decoats>/Acesso em: 23 ago. 2018.

18 DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO CEARÁ – DPGE-CE. Notícia. Ação da Defensoria garante tratamento para criança com doença de coats. Disponível em: <http://www.defen.>

Em contraste com a recusa do cumprimento espontâneo do Estado do Ceará, a liminar restou efetivada por meio do sequestro de verbas públicas. O emblemático caso foi sucedido por outro semelhante: o do menor de iniciais R.G.S.S.C, assistido pelo Núcleo Direito e Saúde (NDS) da Unichristus, que também sofre da doença de Coats.

Naquela oportunidade, os alunos do NDS, com auxílio e orientação da professora responsável, redigiram petição inicial com pedido de tutela antecipada de urgência em caráter liminar, solicitando, urgentemente, que o Estado do Ceará custeasse não só o valor do tratamento em uma clínica particular, mas, também, as passagens de ida e volta de Fortaleza a Belo Horizonte para o menor e seus pais, bem como as despesas com hospedagem, transporte e alimentação, pedido esse que, em sede de liminar, foi deferido pelo juízo.

Colaciona-se, a título de ilustração, a parte dispositiva que concede as despesas com passagem aérea, hospedagem, alimentação e transporte ao menor R.G.S.S.C (caso análogo ao do menor W.S.B) *ipsis litteris*:

Destarte, hei por bem CONCEDER a eficácia da tutela jurisdicional requestada, ao fito de determinar que o requerido, ESTADO DO CEARÁ, providencie o custeio de todas as despesas necessárias à realização de intervenção cirúrgica na cidade de Belo Horizonte/MG com médico especialista no tratamento da Doença de Coats, incluindo despesas com passagem aérea, hospedagem, alimentação e transporte do requerente, **R.G.S.S.C**, e de seus genitores, no prazo de até 15 (quinze) dias a contar da intimação desta decisão, de forma a garantir-lhe os direitos fundamentais à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana, com fulcro no art. 3º da Lei nº 12.153/2009 e no art. 4º da Lei nº 10.259/2001.¹⁹

No domínio da Constituição do Estado do Ceará, destacam-se os arts. 245 e 248 que dispõem ser a saúde uma prestação de serviço fundamental também no âmbito estadual. Portanto, o direito à saúde

soria.ce.def.br/noticia/acao-da-defensoria-garante-tratamento-para-crianca-com-doenca-decoats/. Acesso em: 23 ago. 2018.

19 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. Comarca de Fortaleza. 6ª Vara da Fazenda Pública (SEJUD I). Processo nº: 0129675-44.2018.8.06.0001. Requerente: R.G.S.S.C. Requerido: Estado do Ceará. Sentença. Data do documento: 28 maio 2018.

tem prioridade em sede constitucional, assegurando à generalidade das pessoas, seus serviços, toda vez que dele necessitarem de modo inafastável e inadiável devendo o Poder Público, assegurar o acesso universal e igualitário dos serviços de saúde.

Percebe-se que o tanto o tratamento do menor W.S.B, quanto o do menor R.G.S.S.C. foram negados pelo TFD do Ceará, mesmo havendo verbas para tal, de posse do conhecimento que a doença de *Coats* apenas tem tratamento em estabelecimentos particulares, o que acaba por não preencher o requisito da portaria 55/99.

Caso tal norma fosse flexibilizada, os menores não teriam necessitado ajuizar uma demanda na justiça, afogando ainda mais o poder judiciário e, pior, retardando o tratamento para a estabilização da doença. Por esse motivo aqui se defende uma mudança no requisito do art. 1º, §2º da portaria 55/99, de forma a abranger tratamentos em estabelecimentos particulares sempre que o SUS não os tiver em sua rede.

3. CONCLUSÃO

O Tratamento Fora do Domicílio mostrou-se uma importante ferramenta capaz de ajudar a viabilizar o atendimento universal e igualitário a todos que necessitem das ações e serviços de saúde pelo SUS. O TFD, assim, auxilia na concretização o direito básico à saúde ao custear o deslocamento e a internação de pacientes que não tenham o tratamento hospitalar onde residem.

Constatou-se, ainda, que em decorrência do requisito expresso no artigo 1º, § 2º da portaria 55/99, o TFD alcançar apenas tratamentos fornecidos pelo SUS, isso acaba por se tornar um empecilho para que pessoas possam ser contempladas pelo benefício, razão pela qual, diante da negativa administrativa, surge a necessidade de judicialização da questão, objetivando reverter a recusa do benefício.

Em particular, exemplificou-se o suprimimento judicial para ilustrar a insegurança jurídica de pacientes portadores de doenças que não tenham o tratamento no local do seu domicílio, bem como que inexistentes na rede pública, tomando como referência o caso do menor W.S.B que foi assistido pela Defensoria Pública do Estado do Ceará, por meio do Núcleo de práticas de jurídicas da Unichristus, obtendo prestação jurisdicional diante da recusa do Governo cearense em lhe custear as despesas de traslado, passagens aéreas, alimentação e hospedagem em Belo Horizonte – MG.

A carência de regulamentação tanto no plano federal como na esfera estadual, em que apenas portarias definem como deve ser disponibilizado o TFD, torna necessária e indispensável a aprovação de Projeto de Lei que tramita no Congresso Nacional, cujo objeto busca inserir o TFD na Lei orgânica da Saúde (Lei nº 8080/90). Sendo que aqui se sugere, para essa lei, que ela flexibilize o requisito de o tratamento ter que ser pela rede pública, tornando tal necessidade uma preferência que poderá ser ultrapassada caso o tratamento não exista pelo SUS.

É inegável que o TFD tem sido um fator preponderante de efetivo auxílio a pacientes que precisam se deslocar para receber o devido tratamento pelo Sistema Único de Saúde, competindo ao Poder Público fazer o custeio dos respectivos tratamentos com fundamento no Direito à saúde e no direito à vida, tão representativos da dignidade da pessoa humana.

Deixou a desejar o § 2º do art. 1º da Portaria nº 55/99, quando concede o TFD exclusivamente para pacientes da rede pública ou conveniada, deixando de ofertar o mesmo tratamento também pela rede privada, quando não houver tratamento pelo Sistema Único de Saúde. De tal sorte, o paciente precisará recorrer ao Poder judiciário como única forma de garantir o atendimento em rede especializada, como é o caso de doenças raras, conforme o estudo de caso trabalhado nesse artigo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU. Camila. O direito à saúde e a responsabilidade civil do Estado decorrente da deficiência na prestação de serviços públicos. *Jusbrasil*, 2015. Disponível em: <<https://camilasabreu.jusbrasil.com.br/artigos/308558672/o-direito-a-saude-e-a-resp-ponsabilidade-civil-do-estado-decorrente-da-deficiencia-na-prestacao-de-servicos-publicos>>. Acesso em 29 ago. 2018.

BRASIL. Portaria nº 55 de fevereiro de 1999. Dispõe sobre a rotina do Tratamento Fora de Domicílio no Sistema Único de Saúde - SUS, com inclusão dos procedimentos específicos na tabela de procedimentos do Sistema de Informações Ambulatoriais do SIA/SUS e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília. *Ministério da Saúde*. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/1999/prt0055_24_02_1999.html>. Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 264 de 19 de setembro de 2017. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, para instituir ajuda de custo ao usuário do SUS que necessita realizar tratamento de saúde fora do município onde reside. *Senado Federal*. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=11/08/2017&paginaDireta=00157>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

CEARÁ. Portaria nº 136/2018 16 de fevereiro de 2018. Dispõe sobre o valor da ajuda financeira do programa Tratamento Fora do Domicílio – TFD, e dá outras providências. Fortaleza. Página 136 do Diário Oficial do Estado do Ceará (DOECE). Disponível em: <<http://imagens.seplag.ce.gov.br/PDF/20180216/do20180216p02.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da e NOVELINO, Marcelo. *Constituição Federal para concurso: Doutrina, Jurisprudência e questões de concursos*. 7ª ed., rev, ampl e atual., Salvador: Jus Podivm, 2016.

DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO CEARÁ – DPGE-CE. Notícia. Ação da Defensoria garante tratamento para criança com doença de Coats. Disponível em: <http://www.defensoria.ce.def.br/noticia/acao-da-defensoria-garante-tratamento-para-crianca-com-doenca-de-coats>. Acesso em: 23 ago. 2018.

Entrevista concedida a Vanessa Mesquita Sousa em artigo científico a ser apresentado ao Núcleo Direito e Saúde, em Fortaleza-CE, em 24 ago. 2018.

RIBEIRO, Davi. O Estado é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo a todos? STF decide sobre fornecimento gratuito de medicamentos de alto custo. *Jusbrasil*, 2016. Disponível em: <https://davirdr.jusbrasil.com.br/artigos/388826867/o-estado-e-obrigado-a-fornecer-medicamentos-de-alto-custo-a-todos>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. Comarca de Fortaleza. 6ª Vara da Fazenda Pública (SEJUD I). Processo nº: 0129675-44.2018.8.06.0001. Requerente: R.G.S.S.C. Requerido: Estado do Ceará. Sentença. Data do documento: 28 maio 2018.

PEÇAS FORENSES

1

EXCELENTÍSSIMO SENHOR ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES DESEMBARGADOR RELATOR DO AGRAVO DE INSTRUMENTO 0620289- 62.2020.8.06.0000 DA TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ.

AGRAVO INTERNO (CPC – ART. 1.021)

Agravante: ESTADO DO CEARÁ.

Agravada: ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES DA SUPERINTENDÊNCIA DE OBRAS HIDRÁULICAS DO ESTADO DO CEARÁ-ASSO.

O ESTADO DO CEARÁ comparece à presença de Vossa Excelência, com o devido respeito, para interpor AGRAVO INTERNO, com fundamento no art. 1.021, do CPC, aduzindo, para tanto, o seguinte:

1. DOS FATOS

Trata-se de agravo interno no agravo de instrumento interposto pela Associação dos Servidores da Superintendência de Obras Hidráulicas do Estado do Ceará (ASSO) em face de decisão interlocutória proferida pelo Juízo da 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza nos autos da ação coletiva ordinária nº 0297478- 82.2000.8.06.0001 (fls. 998-1001 dos autos principais).

Dita ação fora ajuizada objetivando a condenação da Superintendência de Obras Hidráulicas do Estado do Ceará (SOHIDRA) no pagamento, a favor dos supostos beneficiários discriminados em lista adunada à inicial, de adicional de insalubridade no percentual de 40% (quarenta por cento). Em sede de apelação, o Egrégio Tribunal de Justiça deu provimento ao pleito autoral, determinando (genericamente) o pagamento da gratificação pela Autarquia Estadual. Referida decisão transitou em julgado

e encontra-se atualmente em fase de liquidação/cumprimento de sentença.

O Doutor Magistrado de piso, diante do elevado valor das liquidações/cumprimentos de sentenças que estavam sendo protocoladas, circunstância que presumivelmente acarretaria uma responsabilização subsidiária do Estado do Ceará, determinou a intimação deste Ente Público para que tomasse ciência do feito. Destarte, após conhecimento da demanda, consequentemente, do excessivo montante postulado pelos liquidantes/exequentes, o Estado do Ceará, tendo em vista sua responsabilidade principal quanto ao pagamento dos precatórios porventura advindos do feito, peticionou nos autos requerendo, com base no art. 97, do ADCT, da CF/88 e no art. 5º, Parágrafo único, da Lei nº 9.469/97, combinado com o art. 45, V, da Lei Complementar 58/06: i) a concessão de prazo para impugnar as liquidações/cumprimentos de sentenças correlatos ao feito; e ii) invocando o instituto legalmente previsto da avocação da representação processual em relação às entidades que compõem a sua Administração Indireta, o direcionamento de todas as intimações relativas à SOHIDRA – e que dissessem respeito ao processo principal e seus apensos – à PGE.

O Preclaro Juízo de primeiro grau, ao reconhecer a possível responsabilização direta ou de forma subsidiária deste Ente Federado, quanto ao pagamento dos eventuais precatórios advindos do feito, bem como em razão da previsão legal de intervenção anômala das pessoas jurídicas de direito público, expressa no Parágrafo único do art. 5º da Lei nº 9.769/97, determinou (fls. 998-1001 dos autos principais) a concessão de prazo para defesa do Estado do Ceará nas liquidações/execuções relacionadas ao processo. Ademais, deferiu igualmente o pleito de avocação da representação processual da SOHIDRA pela PGE, porque vislumbrou o perfeito preenchimento dos requisitos autorizadores do instituto.

A parte autora, a seu turno, recorreu em agravo de instrumento da referida decisão ao argumento de que o Douto Magistrado de primeira instância havia concedido uma suposta reabertura dos prazos de impugnação em favor da Procuradoria-Geral do Estado, o que não poderia ter sido determinado porque já se teria efetivado a preclusão temporal para manifestação, uma vez que houve anterior intimação para o ente estatal ter ciência do feito. Sendo assim, pugnou pela suspensão da decisão vergastada, com o consequente prosseguimento da execução. O Relator do agravo no Tribunal de

Justiça concedeu o efeito suspensivo pleiteado, aduzindo que a decisão agravada configurou caso de “decisão surpresa”, haja vista que a parte autora não foi intimada da petição (fls. 995-997) apresentada pelo Estado do Ceará.

Concluiu, ainda, que não vislumbra, no feito em questão, interesse relevante deste Ente Público para a avocação dos processos pela PGE.

A concessão do efeito suspensivo, entretanto, não encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio, inclusive no que diz respeito à LEGITIMIDADE, RECONHECIDA POR ESTA TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, DO ESTADO DO CEARÁ para figurar como litisconsorte, em causas envolvendo as respectivas Entidades da Administração Indireta, nas hipóteses de possível responsabilização subsidiária do primeiro em face de débitos que as segundas não possuam orçamento suficiente para arcar.

Expõe-se, a seguir, fundamentos que ensejam reconsideração/reforma da decisão ora recorrida.

2. HIGIDEZ DA DECISÃO QUE DETERMINOU A CIÊNCIA DO FEITO AO ESTADO DO CEARÁ, TENDO EM VISTA A INTERVENÇÃO *IUSSU IUDICIS*. LEGITIMIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DE DEMANDAS DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA QUANDO VISLUMBRADA A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO NA CAUSA

JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS. PRECEDENTE DA TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ.

HIPÓTESE DE LITISCONSÓRCIO

Inicialmente, cumpre rechaçar a possível alegação de que o Douto Magistrado de primeira instância procedeu erroneamente ao determinar a ciência do feito a este Ente Federado. A ação principal, que originou o título executivo em favor dos supostos beneficiários, foi movida em desfavor de uma Autarquia Estadual integrante da Administração Indireta do Estado do Ceará.

A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, SEGUIDA INCLUSIVE POR ESTA TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ALENCARINO, ENTENDE PELA LEGITIMIDADE DOS ENTES PÚBLICOS PARA FIGURAREM NO POLO PASSIVO DE DEMANDAS DIRECIONADAS ÀS SUAS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. Colaciona-se abaixo julgados nesse sentido:

APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE EM ESTRADA NA BARRAGEM DE AÇUDE ESTADUAL. DISSONÂNCIA ENTRE O CASO DOS AUTOS E A SENTENÇA PROFERIDA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE EM SEDE DE REMESSA. APELO PREJUDICADO. CAUSA MADURA. JULGAMENTO DO PROCESSO NO SEGUNDO GRAU. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. PRELIMINAR AFASTADA. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. OMISSÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS CONFIGURADOS. SENTENÇA ANULADA. JULGAMENTO NESTA INSTÂNCIA. 1.O autor da presente ação requereu indenização pelos prejuízos sofridos, em decorrência de um acidente de moto, na estrada que passa por cima da parede de açude construído por autarquia estadual. Apesar disso, a juíza sentenciante condenou o Estado do Ceará, reconhecendo a presença do fato administrativo (queda da árvore sobre veículo que trafegava em via pública), do dano (prejuízos causados ao automóvel e lesões corporais sofridas pela vítima) e nexo causal (que os referidos danos decorreram da omissão estatal). A dissonância entre o caso dos autos e os fundamentos da decisão impõe a nulidade da sentença. 2.Estando a causa madura, em observância ao princípio da celeridade, é possível o julgamento do processo diretamente nesta instância. 3.A SOHIDRA, AUTARQUIA ESTADUAL RESPONSÁVEL PELA OBRA DE CONSTRUÇÃO DO AÇUDE, É TAMBÉM RESPONSÁVEL PELA SINALIZAÇÃO NOS ARREDORES DA BARRAGEM, DE MODO A PRESERVAR A SEGURANÇA DA POPULAÇÃO LOCAL. DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ, O ESTADO TEM RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA À DA AUTARQUIA A ELE VINCULADA, POSSUINDO, ASSIM, LEGITIMIDADE PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA DEMANDA. 4.Configurados o fato administrativo, o dano moral e o nexo causal entre eles, impõe-se o dever de indenizar. 5.Remessa necessária conhecida e provida para anular

a sentença. Apelo prejudicado. Julgamento do processo nesta instância para julgar parcialmente procedente o pedido inicial. ACÓRDÃO Acorda a 3ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por uma de suas turmas julgadoras, à unanimidade de votos, em conhecer da remessa necessária para anular a sentença, restando prejudicado o apelo e, em julgar de imediato o processo para julgar parcialmente procedente o pedido inicial, tudo nos termos do voto do relator, parte integrante deste. Fortaleza, 3 de dezembro de 2018. (Relator (a):ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 12ª Vara da Fazenda Pública; Data do julgamento: 03/12/2018; Data de registro: 03/12/2018) ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TOMBAMENTO. EXTENSÃO DA RESPONSABILIDADE DA UNIÃO PELA CONSERVAÇÃO DE IMÓVEL TOMBADO. FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO IPHAN. AUTARQUIA FEDERAL. PERSONALIDADE JURÍDICA E PATRIMÔNIO PRÓPRIOS. LEI 8.113/1990. INTERPRETAÇÃO DO ART. 19, § 1o. DO DL 25/1937 À LUZ DA LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO APENAS SUBSIDIÁRIA, EM CASO DE INSUFICIÊNCIA DE VERBAS DO IPHAN. EXISTÊNCIA, CONTUDO, DE LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO DO CONTRADITÓRIO. RECURSO ESPECIAL DA UNIÃO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO, PARA AFIRMAR O CARÁTER SUBSIDIÁRIO DE SUA RESPONSABILIDADE. 1. Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Enunciado Administrativo 2). (...). 9. A responsabilidade da UNIÃO pelos gastos tratados no art. 19 do DL 25/1937, destarte, é apenas subsidiária, limitada aos casos em que o IPHAN não tenha condições de custear as obras necessárias à conservação ou recuperação do bem tombado. 10. Mantém-se, todavia, a legitimidade passiva da UNIÃO, pois a responsabilidade subsidiária do Ente Federado instituidor (em relação às obrigações de sua Autarquia) confere-lhe legitimidade para figurar no polo passivo da lide. Julgados: REsp. 1.595.141/PR, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 5.9.2016; AgRg no AREsp. 203.785/RS, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, DJe 3.6.2014. 11. Em razão dos princípios da ampla defesa, do contraditório e da economia processual, é em todo recomendável

que o Ente Federado instituidor participe da fase cognitiva do processo, para que possa aduzir suas razões e influir na formação do título executivo que poderá ser chamado a cumprir, caso a Autarquia Federal não tenha condições de fazê-lo. Evita-se, com isso, o ajuizamento de nova Ação em face do Ente Federado, caso a Autarquia Federal não possua recursos para cumprir a condenação. 12. Recurso

Especial da União a que se dá parcial provimento, a fim de determinar que caberá ao IPHAN a responsabilidade originária pelas despesas com as obras do bem tombado, devendo a União arcar com tais gastos subsidiariamente, caso o IPHAN não tenha condições financeiras de fazê-lo. (STJ-REsp: 1549065 RS 2015/0194703-8, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 11/12/2018, T1-PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/02/2019)

Foram ajuizadas mais de oitenta liquidações/cumprimentos de sentença relativas à ação principal, as quais, juntas, demandam mais de cinquenta e sete milhões de reais. Evidente, portanto, a possibilidade de responsabilização subsidiária do Estado do Ceará pelo pagamento dos precatórios porventura advindos dessas execuções, haja vista que o montante total supera a capacidade orçamentária da Autarquia Estadual.

Em boa verdade, tendo em vista que o Estado do Ceará se encontra sujeito ao regime especial de precatórios, previsto no art. 97, do ADCT, sua responsabilidade na espécie é principal, pois arcará com os precatórios acaso expedidos, nos exatos termos do citado preceito constitucional:

Art. 97. Até que seja editada a lei complementar de que trata o § 15 do art. 100 da Constituição Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, na data de publicação desta Emenda Constitucional, estejam em mora na quitação de precatórios vencidos, relativos às suas administrações direta e indireta, inclusive os emitidos durante o período de vigência do regime especial instituído por este artigo, farão esses pagamentos de acordo com as normas a seguir estabelecidas, sendo inaplicável o disposto no art. 100 desta Constituição Federal, exceto em seus §§ 2º, 3º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14, e sem prejuízo dos acordos de juízos conciliatórios já formalizados na data de promulgação desta Emenda Constitucional.

Destarte, correto o despacho judicial (fls. 986-987 dos autos da ação principal) que determinou a cientificação deste Ente Federado acerca do trâmite da ação. O Estado do Ceará qualifica-se no feito como verdadeiro litisconsorte passivo unitário ulterior, o que autoriza o órgão julgador a, de ofício, dar-lhe ciência da ação para que, caso lhe convenha, ingresse na lide.

Trata-se de exemplo da chamada intervenção *iussu iudicis*. Versando a respeito da temática, seguem lições do abalizado doutrinador Fredie Didier Jr. (2019):

Diante dessa situação – demanda proposta por um litigante, mas que poderia ter sido proposta por mais de um, em litisconsórcio unitário, cabe ao juiz determinar a convocação de possível litisconsorte unitário ativo para, querendo, integrar o processo. Trata-se de exemplo de intervenção *iussu iudicis*. Essa providência tem o objetivo de dar ciência do litígio ao possível litisconsorte unitário, para que possa tomar a providência que lhe convier. Isto vai permitir que, tendo ou não ingressado no processo, a esse colegitimado se estendam os efeitos da coisa julgada. (...) Uma vez cientificado, o terceiro pode: a) ou assumir a posição de litisconsorte ativo ulterior unitário; b) calar-se, prosseguindo a condução do processo pelo demandante originário, que é seu substituto processual (legitimado extraordinário); c) aderir à contestação do réu, resistindo à pretensão do demandante originário, assumindo posição semelhante à de um assistente. Nesse último caso, atuaria em nome próprio defendendo a situação jurídica afirmada pelo réu – caso, pois, de legitimação extraordinária. (DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: JusPodivm, 2019, Vol. 4, 13ª ed., pp. 535-536).

Parece possível, no Direito Brasileiro, a partir da concretização dos princípios da adequação, da duração razoável do processo e da eficiência, a intervenção *iussu iudicis* atípica, sempre que o órgão jurisdicional, por decisão fundamentada, entender conveniente a participação de terceiro no processo. Lia Batista, ao enfrentar o tema, em trabalho específico, defende o cabimento e a utilidade da intervenção *iussu iudicis* em dois setores: (i) no litisconsórcio facultativo unitário; e (ii) nos casos em que o terceiro puder ser afetado pela eficácia da sentença. (...)

Não se trata, convém reforçar, de provocação para demandar (*provocatio ad agendum*): imposição do magistrado para que o terceiro seja demandante. É mera cientificação, para que terceiro assumia a posição no processo de acordo com os seus interesses.

(DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: JusPodivm, 2019, Vol. 4, 13ª ed., pp. 618-619).

Dessa forma, a partir do INGRESSO DO ESTADO DO CEARÁ NO FEITO, NA CONDIÇÃO DE LITISCONSORTE PASSIVO UNITÁRIO ULTERIOR, OU AINDA DE TERCEIRO QUE PODE SER AFETADO PELA AÇÃO, deve-lhe ser assegurado o contraditório e ampla defesa próprios, distintos dos já conferidos à outra parte demandada, no presente caso, a Superintendência de Obras Hidráulicas do Estado (SOHIDRA). Por essa razão, o pedido do Estado do Ceará, consistente na concessão de prazo para impugnação das execuções correlatas ao processo, diferentemente do que afirma a parte autora deste agravo de instrumento, não significa pedido para reabertura de prazo já escoado, mas sim na concessão de prazo autônomo para o Estado do Ceará, como legitimado passivo, apresentar suas razões de defesa.

E nem se argumente que o prazo do Estado do Ceará iniciou quando o magistrado o intimou para ter ciência do feito. Ora, como foi visto acima em abalizada doutrina, a intimação do magistrado não significou que o Estado do Ceará deveria comparecer ao processo e se sujeitar aos prazos de defesa das liquidações/cumprimentos de sentença.

A intimação apenas deu ciência ao Estado para, se assim julgasse pertinente, ingressar na lide, nos exatos termos já expostos pela doutrina.

Em resposta à intimação, o Estado do Ceará demonstrou seu interesse de ingressar no feito e apresentar defesa (por isso o pedido de ABERTURA de prazo), afirmando que não seria só responsável subsidiário, mas sim principal por precatório a ser expedido. Ademais, para além da questão atinente à legitimidade passiva em virtude da responsabilidade subsidiária/principal deste Ente Federado, quanto ao cumprimento das obrigações porventura advindas das execuções relacionadas à ação, o Estado do Ceará pode igualmente intervir no feito por intermédio do instituto da intervenção anômala, disciplinado no Parágrafo único do art. 5º da Lei nº 9.469/97, *in verbis*:

Lei nº 9.469/97

Art. 5º Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões

de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.

Tratando acerca desta modalidade de intervenção da Fazenda Pública em Juízo, segue lição do ilustre doutrinador Leonardo Carneiro da Cunha (2018):

Não é preciso, como se vê, que haja interesse jurídico, nem que a esfera jurídica da Fazenda Pública possa vir a ser atingida. Mesmo que a decisão não atinja a relação jurídica que o Poder Público mantenha com uma das partes, será possível a intervenção, bastando a simples alegação de que há interesse, além da constatação da potencialidade de eventual lesão econômica. A intervenção prevista no parágrafo único do art. 5º da Lei 9.469/1997 dispensa a demonstração de interesse jurídico, satisfazendo-se com a simples evidência de uma potencial e reflexa repercussão econômica, a ser realizada em qualquer tipo de demanda judicial, seja naquelas que envolvam entes da Administração Pública indireta, seja naquelas que tenham particulares como partes. (CUNHA, Leonardo Carneiro. A Fazenda Pública em Juízo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, 15ª ed., p. 164).

O interesse no feito em questão é manifesto, haja vista a já debatida responsabilidade do Estado pelo pagamento dos futuros precatórios acaso decorrentes deste feito.

Tendo em mente o entendimento aqui sinalizado, a alegação de dano grave de difícil ou impossível reparação, caso mantidos os efeitos da decisão agravada, não há como prosperar. O Estado do Ceará nada mais busca senão sua integração ao feito como legítimo litisconsorte passivo unitário ulterior, ou terceiro que será atingido pela execução, que lhe garante, via de consequência, o direito a contraditório e ampla defesa.

Em última análise, busca-se a correta aplicação do princípio maior do devido processo legal. Nesse sentido, o correto entendimento acerca do prejuízo a ser suportado é diametralmente oposto ao que alega o ora agravado, pois verdadeiro dano haverá, inclusive para parte autora, se a execução correr à revelia do Estado, visto que o cumprimento do eventual título executivo a ser formalizado, unicamente em face da Autarquia Estadual, ficará inviabilizado, o

que imporá ao demandante o ônus de ajuizar uma nova ação perante o Ente Federado a fim de buscar a efetivação do seu direito.

3. DA NÃO CONFIGURAÇÃO DE DECISÃO SURPRESA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO AO PROCESSO DE LITISCONSORTE PASSIVO UNITÁRIO, OU TERCEIRO RESPONSÁVEL PELA EFICÁCIA DA DECISÃO, PARA A GARANTIA DO RESULTADO ÚTIL DA EXECUÇÃO

O Douto Relator, acolhendo a alegação da parte autora, manifestada na petição inicial deste agravo instrumento, entendeu, em sede de juízo sumário, que o despacho prolatado pelo Magistrado de piso, às fls. 986-987 dos autos da ação principal, configurou decisão surpresa, porque não teria sido dada à parte contrária a oportunidade de se manifestar sobre o petitório apresentado pelo Estado do Ceará às fls. 995-997.

Não obstante, impende assinalar que, em verdade, o caso vertente configura hipótese de dispensa de contraditório porque a decisão judicial questionada traz conteúdo notoriamente benéfico para a parte autora, visto que integra ao processo um segundo legitimado passivo, o qual atuará no feito na qualidade de garante da execução. Trata-se do que a doutrina denomina de “contraditório inútil”.

A esse respeito, o Novel Código de Processo Civil dispõe, no *caput* do seu art. 9º, que a necessária oitiva prévia da parte apenas se dará quando a decisão a ser prolatada for contrária aos seus interesses. Senão, vejamos:

Art. 9º Não se proferirá decisão CONTRA uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Destarte, o art. 10 do CPC/2015, que alega a parte autora haver sido violado pela decisão agravada, deve ser interpretado em conjunto com o supramencionado art. 9º, não se devendo impor o contraditório em toda e qualquer circunstância, mas apenas quando se mostrar efetivamente útil/necessário à defesa da parte. Tratando acerca da matéria, segue o magistério do ilustre processualista civil Daniel Amorim Neves (2016):

O Novo Código de Processo Civil, entretanto, e aqui de forma diferente do diploma legal revogado, cria uma regra geral que consagra a dispensa do contraditório inútil. Nos termos do art. 9º, *caput*, do Novo CPC, não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Ou seja, a exigência de oitiva prévia se dá exclusivamente para a prolação de decisão contra a parte, entendendo-se, *a contrario sensu*, que a decisão a seu favor poderá ser proferida sem sua oitiva prévia. Trata-se, à evidência, do fundamento da dispensa do contraditório inútil: se a decisão irá favorecer a parte não há qualquer necessidade de ouvi-la antes de sua prolação, servindo o dispositivo legal ora analisado como regra a legitimar tal dispensa para qualquer situação. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, Vol. Único, 8ª ed., p. 120).

Destaque-se, ainda, que o entendimento aqui esposado restou sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça em recente julgamento de Recurso Especial, cuja ementa abaixo se transcreve:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 20 DO CPC/73. NÃO OCORRÊNCIA. DENUNCIAÇÃO À LIDE. INEXISTÊNCIA. INTERVENÇÃO *IUSSU IUDICIS*. EXCEPCIONALIDADE NÃO CONFIGURADA. PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA E PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. (CPC, ART. 47, PARÁGRAFO ÚNICO). RECURSO DESPROVIDO. 1. Discute-se quem deve arcar com os honorários advocatícios devidos a terceiro que ingressou no polo passivo da demanda por iniciativa do juízo, após parecer do Ministério Público (atuando como custos legis), que opinava pela intimação do autor para aditar a inicial e que, ao final, foi excluído da demanda por ter sido reconhecida a inexistência de requerimento citatório de qualquer das partes. 2. O objetivo do instituto da intervenção *iussu iudicis*, admitido somente mediante interpretação extensiva do parágrafo único do art. 47 do CPC/73, é dar ciência da existência da demanda ao terceiro, permitindo-lhe ingressar na lide na posição que escolher e se resguardar dos efeitos da sentença, garantindo-se, assim, o contraditório e a efetividade do provimento judicial. Não se presta, pois, a impor ao terceiro o dever de demandar. 3. Em se tratando de hipótese em que não houve, tecnicamente, vencido nem vencedor, tendo em vista que o feito foi extinto sem resolução do mérito e que também não se trata de hipótese de perda superveniente de objeto, na qual caberia apurar quem, na origem, deu causa ao ajuizamento da ação, cumpre definir quem motivou o ingresso do terceiro

na lide e a quem sua intervenção, ainda que não requerida, favoreceu. 4. Embora também não tenha havido requerimento expresso do réu para inclusão do terceiro no polo passivo da lide, deve-se considerar que tal inclusão a ele favoreceu, porque ampliou subjetivamente os responsáveis pelo cumprimento de eventual obrigação determinada na sentença e que sua defesa foi baseada no sigilo bancário devido ao terceiro quanto aos documentos cuja exibição pleiteava o autor. Tanto é assim que, mesmo tomando conhecimento da inclusão do terceiro como seu denunciado à lide, o que, em tese, instauraria uma lide secundária entre as partes, a esta decisão não se opôs. 5. Assim, sobrevindo julgamento no qual se reconheceu a nulidade da decisão que, de ofício, determinou a inclusão de terceiro na demanda como litisdenunciado, e considerando que sua defesa se opôs diretamente às alegações do réu, cabe a este arcar com os honorários advocatícios do denunciado. 6. Recurso especial desprovido. (REsp 1170028/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 29/08/2017)

Assim, demonstrada a completa ausência de prejuízo ao agravado, tem-se por não configurada a alegada “surpresa”, pelo que se impõe a manutenção do comando judicial vergastado neste agravo de instrumento.

Por outro lado, tem o litisconsorte unitário ulterior o direito de ingressar no feito, como visto, e este direito não pode ser entendido como prejudicial ao contraditório, eis que decorre exatamente deste, pois não há sentido em arcar com os efeitos de uma ação sem poder manifestar-se sobre a mesma.

POR FIM, JÁ SE MANIFESTOU O AGRAVANTE SOBRE A DECISÃO DE PISO, RAZÃO PELA QUAL A MESMA NÃO PODE SER ANULADA E SIM VISTA A PARTIR DE SEU MÉRITO.

4. DO CABIMENTO DA AVOCACÃO DA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL DA SOHIDRA PELA PGE. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. JUÍZO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em que pese os argumentos levantados na decisão recorrida acerca da suposta falta de interesse da Procuradoria-Geral do Estado em proceder com a avocação da representação jurídica da SOHIDRA, tal proceder detém total razão fática, jurídica e legal de ser. A lei do processo administrativo (Lei nº 9.784/99), ao tratar do instituto da

avocação, elenca em seu art. 15 pressupostos essenciais para sua validade, quais sejam: i) excepcionalidade; ii) motivo relevante e justificado e; iii) temporariedade. Transcreve-se abaixo o dispositivo legal:

Lei nº 9.874/99

Art. 15. Será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior.

Digno de nota, a propósito, a exposição levada a cabo pelo respeitável Magistrado de piso, na fundamentação da decisão interlocutória ora agravada, que muito bem aplicou a norma supracitada ao presente caso. Na oportunidade, transcreve-se elucidativo trecho do *decisum*:

Longe de qualquer vulgarização do instituto da avocação, entendo que esta é pertinente, pois:

(a) revestida de seu caráter excepcional, posto que as execuções têm assumido valores vultosos, conforme se verifica nos processos apensos a estes autos, o que requer maior complexidade e experiência na apreciação/representação do requerido/executado;

(b) quanto ao motivo e sua relevância, também entendo presentes, posto que sustentou-se a ocorrência de irregularidades no acompanhamento das execuções por parte da antiga representação jurídica da SOHIDRA;

(c) por fim, o requisito da transitoriedade também encontra-se presente, posto que a avocação requerida diz respeito apenas aos presentes autos e suas consequentes execuções, não se ampliando a todo e qualquer processo em que a SOHIDRA figure. (Processo nº 0297478-82.2000.8.06.0001, 7ª Vara da Fazenda Pública, Juiz de Direito Carlos Augusto Gomes Correia, decisão interlocutória de fls. 998-1001).

Ademais, conforme já sinalizado por este Ente Público, na petição de fls. 995-997 dos autos principais, a avocação possui igualmente expressa previsão legal em âmbito estadual, precisamente no art. 45, inciso V, da Lei Complementar 58/06, *in verbis*:

Art. 45. Compete à Procuradoria da Administração Indireta e de Políticas Públicas: (...) V avocar os processos em que for parte

entidade da Administração Indireta, REPRESENTANDO-A, quando for considerado relevante o interesse do Estado na causa.

O preclaro Relator deste agravo de instrumento entende não haver interesse na avocação da representação processual da SOHIDRA pela PGE, uma vez referida Autarquia Estadual ainda detém “autonomia, personalidade jurídica e órgão de assessoramento e representação judicial próprio” (fls. 203 do presente agravo), entretanto, a avocação pressupõe que a entidade da Administração Indireta possua representação jurídica própria. Avoca-se a competência para demandar em Juízo e esta é afeta a um órgão originário. Sem este, não se tem avocação, mas sim exercício direto da competência.

Sobre a necessidade da existência de uma competência, afeta a um órgão originário, para fins de avocação, é elucidativo o art. 11, da Lei 9.784/99:

Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.

Saliente-se, ainda, que, como bem afirmado pelo Douto Magistrado de primeira instância nas razões da decisão ora agravada (fls. 1.000 dos autos principais), o juízo de valor acerca do interesse ou não do Ente Federado na avocação, regulada pelo art. 45, V, da Lei Complementar 58/06, cabe exclusivamente ao administrador público, não podendo o Judiciário imiscuir-se no mérito administrativo.

O órgão julgador, em hipóteses como a dos autos, apenas pode controlar o ato administrativo no seu aspecto de razoabilidade, isto se verificada a restrita hipótese da decisão administrativa não corresponder a qualquer lógica jurídica, o que também não acontece na presente situação. Conforme já mencionado em tópico anterior, as execuções atingem vultosos valores, que ultrapassam a cifra dos cinquenta e sete milhões de reais. Somado a isso, a representação processual, levada a cabo pela Assessoria Jurídica da Autarquia demandada, revelou-se de todo irregular, mormente em face do escoamento de inúmeros prazos de impugnação verificado nos autos. Tais circunstâncias denotam claro interesse deste Ente Público na avocação, máxime em razão da possível responsabilização do Estado do Ceará pelo pagamento dos futuros precatórios que possam advir, consoante já sustentado em tópico anterior desta manifestação.

Tanto é assim que a própria parte autora, na fundamentação do seu agravo de instrumento (fls. 41 destes autos), deixa expresso que a mesma não se insurge contra a avocação realizada por este Ente Federado, declarando o seguinte: “(...), pois aqui não se discute a avocação do processo principal pela “PGE”, pois doravante havendo cumprimentos de sentença só a “PGE” será intimada (...)”.

Destarte, verifica-se o perfeito cabimento, nos autos da ação principal e em suas execuções correlatas, da avocação da representação processual da SOHIDRA pela PGE, não podendo o Poder Judiciário definir o que seria interesse ou não para a Administração Pública na adoção da medida, haja vista tratar-se de matéria intrínseca ao mérito administrativo, cujo fundamento jurídico repousa no princípio maior da separação dos poderes, previsto no art. 2º do Texto Constitucional de 1988.

5. DA URGÊNCIA NA APRECIÇÃO DO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. *PERICULUM IN MORA* PARA O ESTADO. PRAZO PARA MANIFESTAÇÃO CORRENDO NOS AUTOS PRINCIPAIS

Consta dos autos da ação principal, que tramita na 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, Certidão da respectiva Secretaria (fls. 1035-1036) informando que, na data de 06/02/2020, esgotou-se o prazo para cientificação da intimação eletrônica disponibilizada ao Estado do Ceará acerca da decisão que deferiu, a este Ente Público, prazo autônomo para manifestação nas execuções relacionadas, bem como admitiu a avocação da representação processual da SOHIDRA pela PGE no processo principal e em seus apensos. Destarte, o prazo para manifestação iniciou-se e vem correndo.

Desse modo, solicita-se urgência na apreciação do pedido de reconsideração da decisão ora agravada.

Ademais, uma vez reconsiderada a decisão agravada, ou no caso de reforma da mesma pelo órgão colegiado, requer-se que o prazo para manifestação do Estado do Ceará, nos autos das execuções correlatas ao feito principal, tenha termo inicial a partir da data de publicação da nova decisão judicial a ser proferida.

6. DOS REQUERIMENTOS

Diante do exposto, requer-se a reconsideração da decisão, vergastada por este Agravo Interno, determinando-se precisamente o seguinte:

6.1 que seja o Estado do Ceará reconhecido como litisconsorte passivo unitário ulterior, eis que é responsável (principal ou subsidiário) e garantidor do pagamento dos precatórios acaso decorrentes das inúmeras execuções atreladas à ação ordinária nº 0297478-82.2000.8.06.0001, nos termos do que dispõe o art. 97 do ADCT, da CF/88 e jurisprudência deste TJ/CE e STJ em análise à legitimidade para a causa (art.17, do CPC) e intervenção *iussu iudicis* (art.115, Parágrafo único, do CPC); via de consequência, requer-se a concessão de prazos próprios a partir da reconsideração acaso deferida ou reforma da decisão ora agravada;

6.2 à luz do que dispõe o art. 9º, c/c art. 10 do CPC/2015, seja afastada a alegação de surpresa na decisão recorrida pela parte contrária, uma vez que dito comando judicial veicula tão-somente conteúdo favorável aos seus interesses e assegura o direito de terceiro, afetado pela execução, manifestar-se sobre a mesma, o que implica na dispensa de oitiva prévia;

6.3 seja mantida a avocação da representação processual da SOHIDRA pela PGE, haja vista o completo preenchimento dos requisitos necessários à sua aplicação, previstos no art. 15 da Lei nº 9.784/99, bem como a presença de expressa previsão legal autorizativa da medida contida no art. 45, V, da Lei Complementar Estadual nº 58/06. Registre-se que o entendimento sobre o interesse ou não do Estado na adoção da avocação é matéria intrínseca ao mérito administrativo, não podendo o Poder Judiciário, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes estatuído no art. 2º da Constituição Federal de 1988, decidir pelo administrador; e

6.4 uma vez reconsiderada a decisão interlocutória ora agravada seja o prazo de manifestação do Estado do Ceará, nas execuções atreladas à ação principal, iniciado somente a partir da publicação da nova decisão judicial a ser proferida nos autos deste agravo.

6.5 não havendo reconsideração, o que se admite por cautela, deve o presente Agravo Interno ser remetido para 3ª. Câmara de Direito Público deste TJ/CE reformar a decisão ora recorrida



nos termos dispostos na fundamentação recursal e nos itens anteriores deste requerimento.

Espera deferimento.

Fortaleza, 18 de MARÇO de 2020.

Érlon Moreira Pinto
Procurador do Estado do Ceará OAB/CE 9.666-B

CONTESTAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

EXMO(A) SENHOR(A) DOUTOR(A) JUIZ(ÍZA) DE DIREITO DA 11ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA – CE

Processo nº: 0224358-05.2020.8.06.0001

Rito Sumaríssimo – Juizado Especial da Fazenda Pública

Requerente: João Paulo de Sousa Moura

Requerido: Estado do Ceará

O ESTADO DO CEARÁ, pessoa jurídica de direito público interno, vem, por conduto de seu Procurador ex lege e estagiário firmatários, mui respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, no seio do processo em epígrafe, que lhe move JOÃO PAULO DE SOUSA MOURA, já devidamente qualificado nos fólios, APRESENTAR, tempestivamente, CONTESTAÇÃO aos termos e pedidos insertos na exordial, o que faz com esteio nos fatos e fundamentos jurídicos a seguir expendidos:

I. DA SINOPSE PROCESSUAL

Cuida-se de AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, intentada por JOÃO PAULO DE SOUSA MOURA contra o ESTADO DO CEARÁ, em que o requerente, na qualidade de agente penitenciário (servidor estadual estatutário, submetido ao Regime Próprio de Previdência Social Alencarino), colima a cessação da incidência de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de suas férias, adicional de serviços extraordinários, adicional noturno e adicional de insalubridade.

Pugna, ademais, pela repetição dos valores descontados a tal título, observado o lustro prescricional.

Em sede de tutela provisória, requesta a suspensão, até o deslinde da controvérsia, da exigibilidade do tributo em comento.

Aduz o autor, em breves linhas, que a contribuição previdenciária incidente sobre as verbas acima mencionadas não teria repercussão efetiva ou potencial nos proventos de aposentadoria e afins, logo

esse quadro, na sua perspectiva, revelaria suposta violação ao caráter contributivo do sistema previdenciário.

Instruem a inicial os documentos de fls. 13/77.

Vossa Excelência, às fls. 78/79, proferiu decisão interlocutória, para: I) indeferir o pedido de providência precária formulado pelo demandante; II) conceder à parte adversa as benesses da justiça gratuita; III) dispensar a realização de audiência de conciliação, haja vista o fato de o Ente Réu não dispor de seus bens e direitos (princípio da indisponibilidade pela Administração Pública do interesse público); e IV) determinar a citação do demandado, a fim de que ofereça sua defesa.

Feito esse registro, anote-se que falece razão à parte postulante, consoante se verá com a devida detença adiante.

É a sinopse processual. Passa-se aos fundamentos jurídicos desta defesa.

II. DA TEMPESTIVIDADE DA PRESENTE CONTESTAÇÃO

Antes de adentrar na fundamentação jurídica, cumpre destacar que a presente contestação é tempestiva.

Com efeito, a citação destinada ao Estado do Ceará foi-lhe disponibilizada, através do portal eletrônico e-SAJ, em 12/05/2020 (certidão de fls. 81):

CERTIDÃO

Processo nº: 0224358-05.2020.8.06.0001
Apensos:
Classe: Procedimento do Juizado Especial Cível
Assunto: Descontos Indevidos
Requerente: João Paulo de Sousa Moura
Requerido: Estado do Ceará e outro

CERTIFICA-SE que em 12/05/2020 o ato abaixo foi disponibilizado para o(a) Estado do Ceará - Procuradoria Geral do Estado do Ceará - PGE e encaminhado através do portal eletrônico e-SAJ.

Teor do ato: "Diante do exposto, em uma análise perfunctória, afigura-se ausente, na espécie, os requisitos autorizadores para a concessão da referida tutela, razão pela qual a INDEFIRO neste momento processual. Defiro a gratuidade de justiça, à luz do que dispõe o art. 99, §3º do CPC/15 aplicado subsidiariamente conforme art. 27 da Lei 12.153/09. Por tramitar o feito à luz da Lei 12.153/2009 a designação de audiência é medida que se impõe, no entanto, no presente caso, tendo em vista a ausência de Procurador às audiências, sob alegativa de inexistência de poderes para transigir, em casos desse jaez, deixo de designar a audiência de conciliação instrução e julgamento que trata o artigo 7º da Lei 12.153/2009. Cite-se o requerido por meio eletrônico via e-SAJ para contestar a ação no prazo de 30 (trinta) dias úteis, fornecendo toda a documentação de que disponha para esclarecimento da causa a teor do disposto no art. 9º da Lei 12.153/09. Contestada a ação ou decorrido o prazo sem qualquer manifestação, certifique-se a decorrência e remetam-se os autos ao Ministério Público para manifestação. Conclusão depois. À Secretaria Judiciária."

Sem embargo, devido à grave e preocupante pandemia da Covid-19, e, nessa esteira, em atenção à Resolução CNJ nº 318/2020 e aos termos do Decreto Estadual nº 33.594, de 20 de maio de 2020, do Governo do Estado do Ceará, que prorrogou o protocolo de isolamento social rígido no Município de Fortaleza (*lockdown*) até 31 de maio de 2020, a Ínclita Presidência do TJ/CE editou a Portaria nº 739/2020, estendendo a suspensão dos prazos processuais dos feitos que tramitem em meio eletrônico no âmbito de todo o Poder Judiciário Cearense até referida data.

Daí por que se lavrou, neste caderno processual, a certidão de fls. 82, *in verbis*:

CERTIDÃO

Processo nº: 0224358-05.2020.8.06.0001
Apensos:
Classe: Procedimento do Juizado Especial Cível
Assunto: Descontos Indevidos
Requerente: João Paulo de Sousa Moura
Requerido: Estado do Ceará e outro

Em atenção ao teor do art. 5.º, §3.º, da Lei nº 11.419/06¹, ante a inexistência de leitura da intimação eletrônica dentro do prazo de 10 (dez) dias corridos, **CERTIFICA-SE**, automaticamente, que o (a) Estado do Ceará - Procuradoria Geral do Estado do Ceará - PGE restou intimado (a), em 22/05/2020, iniciando o prazo para a prática do ato processual respectivo em 01/06/2020 com previsão para encerramento em 13/07/2020.

Fortaleza/CE, 31 de maio de 2020.

Ocorre que, em virtude do agravamento do surto epidemiológico do Coronavírus no interior do Ceará, Sua Excelência o Governador do Estado editou o Decreto nº 33.608, de 30 de maio de 2020, determinando *lockdown*, entre os dias 1º e 07 de junho de 2020, nos Municípios de Acaraú, Camocim, Caucaia, Itapipoca, Itarema, Maracanaú e Sobral.

Em consequência, a Presidência do TJ/CE, observando a já citada Resolução CNJ nº 318/2020, editou a Portaria nº 772/2020, estendendo a suspensão dos prazos processuais, em todo o estado, até o dia 7 de junho de 2020. Veja-se:

PORTARIA Nº 772 /2020

Trata dos prazos dos processuais judiciais, no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Ceará, conforme Resolução nº 318, de 07 de maio de 2020, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, no uso de suas atribuições regimentais;

CONSIDERANDO o disposto na Resolução nº 318, de 07 de maio de 2020, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ);

CONSIDERANDO o disposto nos Decretos nºs 33.510, de 16 de março de 2020, 33.519, de 19 de março de 2020, e 33.608, de 30 de maio de 2020, do Poder Executivo do Estado do Ceará, que impõem medidas sanitárias restritivas à livre locomoção de pessoas;

CONSIDERANDO o previsto na Portaria nº 739/2020, do Tribunal de Justiça do Ceará (TJCE), que suspendeu os prazos processuais, dos feitos que tramitam em formato físico e eletrônico, até 31 de maio de 2020;

RESOLVE:

Art. 1º. Fica prorrogada a suspensão dos prazos processuais, dos feitos que tramitam em meios eletrônico e físico, do dia 1º a 7 de junho de 2020, no âmbito de todo o Poder Judiciário do Estado do Ceará.

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação, ficando revogadas as disposições em contrário.

PUBLIQUE-SE, REGISTRE-SE E CUMPRE-SE. GABINETE DA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, em Fortaleza, 1º de junho de 2020.

Desembargador Washington Luís Bezerra de Araújo
Presidente do Tribunal de Justiça

Dessa maneira, vê-se que o termo *ad quem* do trintídio legal desta defesa é, na realidade, o dia 17/07/2020, donde se conclui ser manifesta sua tempestividade.

III. PRELIMINAR DE CARÊNCIA DO DIREITO DE AÇÃO. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA, OUTROSSIM, DE INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE TERÇO DE FÉRIAS E ADICIONAL DE SERVIÇOS EXTRAORDINÁRIOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 485, VI, DO CPC/15

Nos termos do art. 485, VI, do vigente Código de Processo Civil, o órgão julgador extinguirá o feito sem resolução de mérito quando for verificada a ausência de interesse de agir. Confira-se:

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

[...]

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

O interesse processual, qualificando-se como uma das condições da ação (ao lado da legitimidade *ad causam*), consiste na “*necessidade de obter por meio do processo a proteção ao interesse substancial*”¹.

Nessa ordem de ideias, haverá necessidade de movimentar o aparelho judicante quando o caso revelar um conflito de interesses vincado por uma resistência do réu à pretensão de obtenção ou gozo de um determinado bem da vida pelo autor. Nesse contexto, a tutela jurisdicional visada terá o condão de afastar referida resistência, efetivando, por via de consequência, o interesse de direito material reclamado.

In casu, depreende-se, compulsando a petição inicial e os documentos que a aparelham, que a parte adversa sequer apresentou pedido administrativo, o que é imprescindível para a configuração

1 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum* – vol. I. 58 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017; p. 163.

da lide, compreendida, à luz da clássica lição de Carnelutti, como o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

Não se exige, é bom advertir, que o administrado percorra todas as instâncias administrativas, no entanto deve o particular ter uma resposta negativa da Administração Pública, para que nasça seu direito autônomo de ação.

O Colendo Supremo Tribunal Federal, apreciando hipótese em que se discutia a necessidade, para movimentar o Poder Judiciário, de prévio requerimento administrativo respeitante a benefício previdenciário, erigiu o seguinte entendimento, que se aplica, *mutatis mutandis*, ao caso concreto.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR.

1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.

2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise[...]

(RE 631240, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-220 DIVULG 07-11-2014 PUBLIC 10-11-2014)

Caberia ao requerente ter procurado, inicialmente, a Administração Pública, buscando o reconhecimento de seu alegado direito, após o que, em caso de negativa de seu pleito, ser-lhe-ia franqueado o acesso à jurisdição.

A carência do direito de ação na espécie é tão nítida, que, mesmo sem qualquer requerimento da parte contrária, o Estado do Ceará, desde 2014, não procede à retenção de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias pago a seus servidores, incluindo, por obviedade, o autor, admitido em 21/07/2008.

Em anexo, descansam planilhas financeiras das férias gozadas pelo demandante nos últimos cinco anos, as quais informam que o terço constitucional auferido por aquele durante todos esses anos não sofreu desconto de previdência social.

No ano de 2019, por exemplo, no mês de férias, compuseram a base de cálculo da exação em querela o vencimento do servidor (R\$ 2.548,72), o Adicional Noturno (R\$ 339,83) e a Gratificação de Atividades Especiais e de Risco (Adicional de Insalubridade), no importe de R\$ 2.548,72, sendo descontado para o SUPSEC (Sistema Único de Previdência Social do Estado do Ceará) o valor de R\$ 761,22 (R\$ 5.437,27 X 14%). A mesma composição de base de cálculo foi adotada nos anos de 2015 a 2018.

Ademais, o adicional de serviços extraordinários (*Abono Especial por Reforço Operacional*), instituído pela Lei Estadual nº 14.582/2009, com redação dada pela Lei Estadual nº 16.063/16, não integra, por expressa determinação legal², a base de cálculo da contribuição previdenciária do autor.

Em suma, força é extinguir o processo sem julgamento de mérito, ante a falta de interesse processual, a teor do disposto no já mencionado art. 485, VI, do Código de Ritos.

IV. PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO AO PERÍODO ANTERIOR AOS CINCO ANOS ANTECEDENTES À DATA DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA

O prazo prescricional para a pretensão de restituição de contribuição previdenciária (*tratando-se esta de tributo sujeito a lançamento por homologação*) consumir-se-á após cinco anos, contados da data do pagamento antecipado (ou retenção) rotulado como indevido. A matéria está disciplinada no art. 168, I, do CTN, cuja interpretação está estampada no art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005. Reproduzem-se abaixo preditos preceptivos legais:

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

2 LEI ESTADUAL Nº 14.582/2009 – ART. 5º-A, § 2º -. FICA INSTITUÍDO O ABONO ESPECIAL POR REFORÇO OPERACIONAL AO AGENTE PENITENCIÁRIO QUE, EM CARÁTER VOLUNTÁRIO, PARTICIPAR DE SERVIÇO PARA O QUAL SEJA DESIGNADO EVENTUALMENTE, NOS TERMOS DESTA LEI E DO RESPECTIVO REGULAMENTO. [...] § 2º O ABONO DE QUE TRATA ESTE ARTIGO NÃO SERÁ INCORPORADO AOS VENCIMENTOS PARA NENHUM EFEITO, INCLUSIVE PREVIDENCIÁRIO, BEM COMO NÃO SERÁ CONSIDERADO PARA CÁLCULO DE QUAISQUER VANTAGENS PECUNIÁRIAS.

Art. 3o Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1o do art. 150 da referida Lei.

Em reforço, vale trazer à colação o Recurso Extraordinário nº 566.621 (Dje. de 11/10/2011), no qual o Pretório Excelso exarou acórdão assim ementado:

DIREITO TRIBUTÁRIO – LEI INTERPRETATIVA – APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 – DESCABIMENTO – VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS – APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005. Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se autoproclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a *vacatio legis*, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445

da Súmula do Tribunal. O prazo de *vacatio legis* de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão- somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido" (RE nº 566.621, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe 11.10.2011).

Ainda segundo o STF:

AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS INCIDENTES SOBRE SUBSÍDIOS DE AGENTES POLÍTICOS, RECOLHIDAS ENTRE JANEIRO DE 1988 E SETEMBRO DE 2004. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PEDIDO AJUIZADO APÓS 9/6/2005. LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005. OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ENTENDIMENTO FIRMADO POR ESTA CORTE NO RE 566.621. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR EXCESSIVO. ARBITRAMENTO POR EQUIDADE. RECURSO AO QUAL SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO, APENAS PARA REFORMAR A FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS.

1. Para as ações ajuizadas a partir de 9/6/2005, o direito de pleitear a restituição de créditos tributários se extingue com o decurso do prazo prescricional de 5 (cinco) anos, contados do pagamento antecipado do tributo (art. 150, § 1º, do CTN).

2. *In casu*, a ação foi ajuizada em 8/6/2010, quando já estavam em vigor as alterações implementadas pela Lei Complementar nº 118/2005, aplicando-se o prazo prescricional quinquenal, nos termos dos arts. 3º e 4º, segunda parte, do referido diploma legal.

3. Em razão do elevado valor da causa e levando em consideração o disposto nas alíneas a, b e c do § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil, entendo ser o caso de fixação dos honorários

por apreciação equitativa, os quais fixo em 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa.

4. Agravo regimental a que se dá parcial provimento (ACO 1573 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 10/03/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-059 DIVULG 25-03-2015 PUBLIC 26-03-2015)

É hialina, portanto, a prescrição na hipótese em relação ao período anterior aos cinco anos que antecederam a data do aforamento da ação.

Relativamente ao terço constitucional de férias (“abono de férias”) e ao adicional de serviços extraordinários (Abono Especial por Reforço Operacional), repise-se que a contribuição previdenciária concernente ao primeiro não incide desde 2014, ao passo que, no segundo, a exação nunca incidiu.

V. DO MÉRITO

V.1. DA MODIFICAÇÃO DA FÓRMULA DE CÁLCULO DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA E PENSÃO POR MORTE COM O ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003. EXTINÇÃO DAS REGRAS DE INTEGRALIDADE E DE PARIDADE AOS SERVIDORES QUE INGRESSARAM NO SERVIÇO PÚBLICO APÓS REFERIDA EMENDA CONSTITUCIONAL. NOVA REFORMA DA PREVIDÊNCIA, EC Nº 103/2019

Para a exata compreensão da questão agitada pela contraparte, principie-se por tecer as observações a seguir.

Pois bem!

Em sua redação original, a CF/88, em seu art. 40, § 3º, dispunha que:

Art. 40. O servidor será aposentado:

[...]

§ 3º O tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e de disponibilidade.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98, através da qual o Regime de Previdência Social do Servidor Público revestiu-se, em definitivo, de caráter contributivo, o *caput* e o § 3º de sobredito artigo passaram a prescrever que:

Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

[...]

§ 3º - Os proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e, na forma da lei, corresponderão à totalidade da remuneração.

Observe-se que, sob a égide de aludida EC, os proventos de aposentadoria eram calculados com base na remuneração do último cargo do servidor, correspondentes à totalidade dessa remuneração, o que se denomina *integralidade*.

A Emenda Constitucional nº 41/2003, extinguindo a integralidade (correspondência dos proventos de aposentadoria com a remuneração do cargo efetivo em que se deu a jubilação), modificou o § 3º do art. 40 *supra*, nestes moldes:

§ 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei”.

Inferese, da leitura da nova redação dada ao § 3º acima, que pretendeu o legislador constituinte derivado adotar uma fórmula de cálculo para a aposentadoria do servidor que levasse em consideração os salários-de-contribuição (*rectius*: as remunerações) no decorrer de sua vida laboral, contemplando contribuições vertidas ao RPPS (Regime Próprio de Previdência Social) e, sendo o caso, ao RGPS (Regime Geral de Previdência Social), de modo a estabelecer um equilíbrio financeiro e atuarial entre os ganhos do segurado, obtidos em sua trajetória profissional, e o valor de seu benefício de inatividade.

Atinente ao assunto, reproduzem-se, por oportuno, as seguintes passagens da Exposição de Motivos da PEC nº 40/2003, que desembocaria na Emenda 41:

40. Diante do exposto acima, estamos encaminhando a Vossa Excelência uma Proposta de Emenda Constitucional com diversas alterações ao texto da Lei Maior, a serem explanadas em seguida.

41. Uma primeira alteração trata de modificar a forma de cálculo dos benefícios de aposentadoria e pensão dos servidores. Atualmente, como antes referido, os proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, são calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que ocorrer a aposentadoria, correspondendo invariavelmente, à totalidade da remuneração.

42. Conforme demonstrado, o valor dos proventos não guarda relação com a contribuição efetuada pelo servidor ao longo de sua carreira, além de permitir que os valores recolhidos para o Regime Geral de Previdência Social, limitados ao respectivo teto, sejam considerados para efeito de cálculo do tempo de contribuição.

43. Seguindo a diretriz determinada pelo *caput* do art. 40 da Constituição Federal em relação ao equilíbrio financeiro e atuarial, propõe-se que a nova fórmula de cálculo dos benefícios, contida no novo texto do art. 40, § 3º, seja orientada pelo cômputo das contribuições que o servidor verteu para os regimes de Previdência Social a que esteve vinculado durante a sua vida laboral, inclusive para o Regime Geral de Previdência Social, garantindo, assim, que o valor do benefício reflita o caráter contributivo do sistema, estabelecendo, de maneira consistente, os fundamentos do seguro social.

44. Tais disposições serão regulamentadas na forma da lei, remetendo ao legislador infraconstitucional a tarefa de garantir que a nova metodologia para cálculo dos proventos tenha equidade e eficiência, isto é, seja justa e operacionalmente viável. Desta forma, o cálculo das aposentadorias nos regimes do funcionalismo passa a guardar mais proximidade conceitual com a forma de cálculo das aposentadorias por tempo de contribuição do Regime Geral de Previdência Social, onde é apurada uma média dos salários-de-contribuição, que tende a incluir, futuramente, um período de contribuição equivalente aos 80% melhores meses de contribuição de toda a vida laboral do segurado do INSS.

45. Vale ressaltar que a regra atual no regime do funcionalismo compromete de maneira sensível o equilíbrio atuarial dos regimes

próprios de Previdência Social, haja vista, conforme já assinalado, a inexistência de relação entre a contribuição e o benefício a ser percebido, uma vez que é possível o servidor optar por ingressar mais tarde no serviço público, contribuir com pouco tempo e obter o benefício pelo resto de sua vida em razão da garantia de contagem de tempo recíproca entre os regimes.

Com vistas a levar a efeito essas mudanças constitucionais, conferindo simetria entre a aposentadoria do servidor e o caráter contributivo do sistema, foi aprovada a Lei nº 10.887/2004, cujo art. 1º, *caput*, contém a redação a seguir:

Art. 1º No cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, previsto no § 3º do art. 40 da Constituição Federal e no art. 2º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência.

Vê-se que o § 3º do art. 40 da Constituição (*com a redação que lhe foi dada pela EC nº 41/2003*) e a Lei nº 10.887/2004 estabeleceram, para o cálculo da aposentadoria do segurado no RPPS, uma nova fórmula, consistente na média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base de cálculo da contribuição previdenciária, correspondentes a 80% do tempo de contribuição desde julho de 1994 ou desde o início da vida contributiva, se posterior àquela competência (PBC - Período Básico de Cálculo).

Em consequência, o servidor sujeito à fórmula trazida pela Emenda 41 (média aritmética), que contribua sobre adicionais, gratificações ou outras rubricas, ainda que não habituais, terá, necessariamente, pela própria equação radicada no art. 1º da Lei nº 10.887/04, a repercussão de todas essas parcelas em seus benefícios previdenciários.

Prosseguindo, o art. 3º da EC 41, reconhecendo a primazia do direito adquirido, garantiu a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria a servidores públicos, bem como de pensão por morte a seus dependentes, que, até a data da publicação de referida emenda, em 31/12/2003, tenham preenchido todos os requisitos para obtenção

desses benefícios, nos termos da legislação então vigente. Por sua vez, o art. 7º de tal diploma assegurou-lhes a regra da paridade.

Art. 3º É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

§ 1º O servidor de que trata este artigo que opte por permanecer em atividade tendo completado as exigências para aposentadoria voluntária e que conte com, no mínimo, vinte e cinco anos de contribuição, se mulher, ou trinta anos de contribuição, se homem, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal.

§ 2º Os proventos da aposentadoria a ser concedida aos servidores públicos referidos no *caput*, em termos integrais ou proporcionais ao tempo de contribuição já exercido até a data de publicação desta Emenda, bem como as pensões de seus dependentes, serão calculados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidos os requisitos nela estabelecidos para a concessão desses benefícios ou nas condições da legislação vigente.

Art. 7º Observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, os proventos de aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargo efetivo e as pensões dos seus dependentes pagos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em fruição na data de publicação desta Emenda, bem como os proventos de aposentadoria dos servidores e as pensões dos dependentes abrangidos pelo art. 3º desta Emenda, serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

Demais disso, em seu art. 6º, prefalada emenda constitucional estatuiu regra de transição para os servidores que tenham ingressado

no Serviço Público até a data de sua publicação, de modo a conferir-lhes a integralidade de aposentadoria, desde que atendidos os requisitos abaixo:

Art. 6º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:

I - sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher;

II - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

III - vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e

IV - dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.

Cite-se, no mais, a Emenda Constitucional nº 47/2005, cujo art. 3º previa a fruição de aposentadoria com integralidade e paridade a servidores que ingressaram no funcionalismo público até a publicação da EC nº 20, em 16 de dezembro de 1998, contanto que preenchessem as condições a seguir:

Art. 3º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições:

I trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;

III idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do *caput* deste artigo.

Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com este artigo.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 103/2019, que, aliás, revogou, expressamente, dentre outros dispositivos, os arts. 2º, 6º, 6º-A da EC nº 41/2003 e 3º da EC nº 47/2005, a regra da média aritmética sofreu mudanças, passando a contemplar, doravante, no RPPS da União e no RGPS, 100% do tempo contributivo desde julho de 1994 ou do início da contribuição, se posterior àquele mês. Confira-se:

EC nº 103/2019:

Art. 26. Até que lei discipline o cálculo dos benefícios do regime próprio de previdência social da União e do Regime Geral de Previdência Social, será utilizada a média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações adotados como base para contribuições a regime próprio de previdência social e ao Regime Geral de Previdência Social, ou como base para contribuições decorrentes das atividades militares de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição Federal, atualizados monetariamente, correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde o início da contribuição, se posterior àquela competência.

§ 1º A média a que se refere o *caput* será limitada ao valor máximo do salário de contribuição do Regime Geral de Previdência Social para os segurados desse regime e para o servidor que ingressou no serviço público em cargo efetivo após a implantação do regime de previdência complementar ou que tenha exercido a opção correspondente, nos termos do disposto nos §§ 14 a 16 do art. 40 da Constituição Federal.

No regime próprio de previdência social dos demais entes federativos, referida Emenda conferiu àqueles competência legislativa para dispor sobre a matéria.

EC nº 103/2019:

Art. 1º A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

Art. 40. O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

[...]

§ 3º As regras para cálculo de proventos de aposentadoria serão disciplinadas em lei do respectivo ente federativo.

Segue-se, do exposto acima, que o direito à não incidência (*e à consequente repetição de indébito*) de contribuições previdenciárias sobre verbas que não integram a remuneração do servidor cinge-se aos segurados com direito à integralidade (*correspondência dos proventos de aposentadoria com a remuneração do último cargo*). Apenas nessas situações, em que o tributo não repercute diretamente nos benefícios de inatividade, é possível discutir eventual ofensa ao caráter contributivo do sistema previdenciário.

Noutros termos, a jurisprudência invocada pela parte contrária, consagrada no julgamento do RE nº 593.068-SC (Tema de Repercussão Geral nº 163), refere-se aos servidores que ingressaram no Serviço Público até a publicação da EC 41, em 31/12/2003, e que optem, atendidos os respectivos requisitos, pela regra da integralidade.

Tocante aos demais servidores (*aqueles que ingressaram no Serviço Público após tal data ou que não façam opção pela integralidade*), cujas aposentadorias, por essa razão, serão calculadas a partir da média aritmética simples das correspondentes remunerações (*base de cálculo do tributo previdenciário*), todas as contribuições (*inclusive as incidentes sobre verbas não habituais*) repercutirão, conaturalmente, em seus benefícios de inatividade, motivo pelo qual não há falar, quanto a eles, em vulneração do princípio contributivo, tampouco em repetição de indébito.

É, portanto, Nobre Julgador(a), de supina importância, para o justo deslinde da controvérsia, compreender bem esses dois universos de servidores: I) os que têm direito à integralidade, logo poderão questionar eventual contribuição que não lhes traga vantagem real ou potencial; e II) aqueles sem direito à integralidade, submetidos ao regime de aposentadoria pela média aritmética, os quais, a partir dessa metodologia de cálculo, terão suas contribuições refletidas nos benefícios previdenciários, naturalmente.

O autor, como se verá na sequência, está inserido no segundo universo de servidores, donde já se pode concluir que suas pretensões são improcedentes.

V.2 DO *DISTINGUISHING*. HIPÓTESE VERTENTE QUE NÃO SE AMOLDA AOS CONTORNOS DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 593.068-SC (TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL Nº 163). INGRESSO DO REQUERENTE NO SERVIÇO PÚBLICO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/03. AUSÊNCIA DE DIREITO À INTEGRALIDADE. APOSENTADORIA CALCULADA COM BASE NA MÉDIA ARITMÉTICA DE SUAS REMUNERAÇÕES, CONTEMPLANDO AS VERBAS/ADICIONAIS NÃO HABITUAIS

Postas as premissas consignadas no subitem antecedente, advirta-se que a jurisprudência invocada pelo autor (consagrada no RE nº 593.068-SC / Tema de Repercussão Geral nº 163) não se aplica ao caso concreto.

Explica-se!

Sobredito recurso extraordinário foi interposto por uma servidora pública federal em face de acórdão exarado pela Segunda Turma Recursal da Seção Judiciária de Santa Catarina, com o fito de questionar a constitucionalidade da incidência de contribuição previdenciária sobre as seguintes verbas: a) terço constitucional de férias; b) adicional de horas extras; c) adicional de insalubridade; e d) adicional noturno. O período em discussão era maio de 1999 a setembro de 2004.

O julgamento findou com 6 votos a favor da tese da recorrente contra 4 votos, que, apoiados no princípio da solidariedade, assentaram-se no sentido de desprover o apelo extremo.

Com efeito, a maioria dos Ministros da Suprema Corte do país entendeu que a servidora, com direito à integralidade, não deveria contribuir sobre parcelas que não compusessem a sua última remuneração, pois, nesse contexto, não haveria reflexo da exação em seu benefício de inatividade, quadro que se traduziria em violação ao princípio contributivo. Eis a ementa de indigitado aresto:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. REGIME PRÓPRIO DOS SERVIDORES PÚBLICOS. NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS SOBRE PARCELAS NÃO INCORPORÁVEIS À APOSENTADORIA.

1. O regime previdenciário próprio, aplicável aos servidores públicos, rege-se pelas normas expressas do art. 40 da Constituição, e por dois vetores sistêmicos: (a) o caráter contributivo; e (b) o princípio da solidariedade.
2. A leitura dos §§ 3º e 12 do art. 40, c/c o § 11 do art. 201 da CF, deixa claro que somente devem figurar como base de cálculo da contribuição previdenciária as remunerações/ganhos habituais que tenham “repercussão em benefícios”. Como consequência, ficam excluídas as verbas que não se incorporam à aposentadoria.
3. Ademais, a dimensão contributiva do sistema é incompatível com a cobrança de contribuição previdenciária sem que se confira ao segurado qualquer benefício, efetivo ou potencial.
4. Por fim, não é possível invocar o princípio da solidariedade para inovar no tocante à regra que estabelece a base econômica do tributo.
5. À luz das premissas estabelecidas, é fixada em repercussão geral a seguinte tese: “Não incide contribuição previdenciária sobre verba não incorporável aos proventos de aposentadoria do servidor público, tais como ‘terço de férias’, ‘serviços extraordinários’, ‘adicional noturno’ e ‘adicional de insalubridade.’”
6. Provimento parcial do recurso extraordinário, para determinar a restituição das parcelas não prescritas. (RE 593068, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-056 DIVULG 21-03-2019 PUBLIC 22-03-2019)

Note-se que, naquele recurso extraordinário, o STF analisou um caso envolvendo servidora que ingressara no funcionalismo público anteriormente à EC 41/03, com direito, portanto, à integralidade de sua aposentadoria.

Doutro giro, a hipótese em tela tem a ver com um servidor público estadual que ingressou no Serviço Público em 21 de julho de 2008, em período posterior ao advento da Emenda Constitucional nº 41/2003; logo sem direito à integralidade.

MATRÍCULA 472648-1-2	DT ADMISSÃO 21/07/2008	DATA REF 01/2016	TIPO DE FOLHA 0-NORMAL
NOME DO SERVIDOR JOAO PAULO DE SOUSA MOURA			VALOR PATRONAL 786,42
AGÊNCIA 04629			CONTA 00002467788
CARGO AGENTE PENITENCIARIO	Classe	Nível 2	ORGÃO/DESCRIÇÃO 180 - SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA
DISCRIMINAÇÃO DE VANTAGENS E DESCONTOS			
COD.	DESCRIÇÃO		VALOR

Na esteira do acima esposado, é fácil perceber que a orientação do STF *sub examine* não alcança os servidores que não têm direito à integralidade (caso concreto). Isso porque suas aposentadorias, como dantes averbado, são calculadas com base na média aritmética simples de suas remunerações auferidas desde julho de 1994 (leia-se, valores que sofreram incidência do tributo previdenciário). Desse modo, as contribuições que tenham vertido ao RPPS repercutirão, forçosamente, em seus benefícios de inatividade.

Nesse sentido, merece destaque acórdão proferido pela 1ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal ao qual se atribuiu a ementa *infra*:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. GRATIFICAÇÕES DE ATIVIDADE E DE PRODUTIVIDADE. NATUREZA REMUNERATÓRIA. INCIDÊNCIA DEVIDA. EMENDA CONSTITUCIONAL 41/03, ART. 40, § 3º DA CONSTITUIÇÃO. VERBA 100% PASSÍVEL DE INCORPORAÇÃO AOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA. LEI Nº 13.324/2016. RECURSO DESPROVIDO.

Recurso interposto pela parte autora em face de sentença de improcedência proferida em ação ajuizada objetivando a

declaração de inexigibilidade da contribuição previdenciária ao Plano de Seguridade Social (PSS) sobre gratificação de desempenho (GDPST), especificamente quanto às parcelas não passíveis de integralização aos proventos de aposentadoria, e a restituição dos valores retidos a esse título.

Inicialmente, é preciso registrar que para os servidores admitidos no serviço público posteriormente à Emenda Constitucional 41/03, os quais não têm direito à aposentadoria com integralidade, não é verídica a alegação de que as verbas não se incorporam à remuneração do servidor na aposentadoria. Nesse caso, a aposentadoria é calculada com base nos valores que sofreram incidência de PSS na origem, tendo direto reflexo nos proventos de aposentadoria, na forma do art. 40, § 3º da Constituição, in verbis:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

No que se refere aos servidores que ingressaram anteriormente à citada EC nº 41/03, a totalidade (100%) da gratificação é passível de incorporação aos proventos de aposentadoria, na forma da Lei nº 13.324/2016, art. 87 e art. 88.

Assim, em face da legislação superveniente à instituição da gratificação em questão, não há como dizer que as gratificações não serão incorporadas para efeito de aposentadoria, rompendo-se assim a tese da parte autora para a não incidência de parte da contribuição previdenciária.

Destarte, deve ser feita a distinção interpretativa para o caso sob julgamento, considera-se fundamentado o voto, nos termos do art. 489, § 1º, inciso VI, NCPC, ainda que divergente da jurisprudência da TNU sobre o tema.

Nesse sentido, sendo a gratificação em tela totalmente incorporável aos proventos de aposentadoria, na forma da legislação superveniente à sua instituição (Lei nº 13.324/2016), não há mais que se falar do direito a não incidência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos a tal título.

Sentença mantida. Recurso desprovido. Acórdão lavrado nos termos do art. 46 da Lei nº 9.099/95.

A parte autora, recorrente vencida, pagará honorários advocatícios de 10% sobre o valor corrigido da causa, ficando a condenação suspensa enquanto perdurar o estado de carência que justificou a concessão da justiça gratuita, prescrevendo a dívida cinco anos após a sentença final, nos termos do art. 98, §3º, do CPC/15.

(Processo nº 0022248-47.2018.4.01.3400 / DF, 1ª Turma Recursal do Juizado Especial do Distrito Federal, Recurso Inominado, Rel. Juíza Federal Lília Botelho Neiva Brito, julgamento em 08/09/2019)

In casu, no que atina às parcelas descritas na peça preambular (adicional de férias, adicional de serviços extraordinários, adicional noturno e adicional de insalubridade), sublinhe-se que as duas primeiras não sofrem incidência de contribuição previdenciária, razão pela qual é descabido falar em cessação de sua cobrança e *a fortiori* em repetição de indébito; relativamente às duas últimas, as respectivas contribuições são incorporáveis, pela regra da média aritmética, aos proventos de aposentadoria a que fará *jus* o autor.

Insta, pois, fazer a devida distinção do presente caso com a jurisprudência estampada na peça póstica, para que o provimento jurisdicional a ser proferido nestes fólios não incorra na omissão prevista no art. 489, § 1º, V, do CPC, *ipsis litteris*:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

Abrindo parênteses, é de bom alvitre salientar que os pedidos autorais (*com exceção do terço constitucional de férias e do adicional de serviços extraordinários, pelos motivos já mencionados*) acabam por prejudicar o servidor ora promovente. Deveras, o seu intento, acaso acolhido, implicará na redução do resultado da média aritmética (que considera, basicamente, todos os valores que sofreram desconto previdenciário). Assim, com a redução da base de cálculo, minora-se o valor da média aritmética, que, por sua vez, levará à diminuição (“achatamento”) da aposentadoria.

Em resumo, o caso em tablado não se subsume à jurisprudência citada do Supremo Tribunal Federal, porquanto a Fazenda Ré não vulnerou o princípio constitucional da contributividade.

V.3.DA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA CEARENSE. AUTONOMIA LEGIFERANTE DAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 210/2019.

A base de cálculo da contribuição previdenciária, no Sistema Único de Previdência Social do Servidor Público do Estado do Ceará (SUPSEC), encontra-se disciplinada na Lei Estadual nº 13.578/2005, que traz um elenco de verbas auferidas pelo servidor, sobre as quais não haverá incidência de aludida exação. Veja-se:

Art. 5º. A contribuição social do Servidor Público Estadual ativo, de quaisquer dos Poderes do Estado, incluídas suas autarquias e fundações, bem como dos militares, dos agentes públicos e dos membros de Poder, será de 11% (onze por cento)³ para a manutenção do Sistema Único de Previdência Social dos Servidores Públicos Cíveis e Militares, dos Agentes Públicos e

3 Lei Complementar Estadual nº 12/99. 5º A contribuição previdenciária dos contribuintes do Sistema Único de Previdência Social do Estado do Ceará – SUPSEC, será calculada sobre a remuneração, proventos e pensão, observando o disposto no §18, do art.40 da Constituição Federal e neste artigo. [Redação dada pela LC nº 159, de 14/01/2016] §1º A contribuição social do servidor público estadual ativo, de quaisquer dos Poderes do Estado, do Ministério Público e da Defensoria Pública, incluídas as autarquias e fundações, bem como dos militares, dos agentes públicos e dos membros de Poder, será de 12% (doze por cento) em 2017, 13% (treze por cento) em 2018 e 14% (quatorze por cento) em 2019, para a manutenção do SUPSEC, incidente sobre a totalidade da base de contribuição definida em lei. [Redação dada pela LC nº 167, de 27/12/2016]

dos Membros de Poder do Estado do Ceará – SUPSEC, incidente sobre a totalidade da base de contribuição.

§ 1º. Entende-se como base de contribuição o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em Lei, os adicionais de caráter individual ou quaisquer outras vantagens, excluídas:

I - as diárias para viagens;

II - a ajuda de custo em razão de mudança de sede;

III - a indenização do transporte;

IV - o salário-família;

V - o auxílio-alimentação;

VI - o auxílio-creche;

VII - as parcelas remuneratórias pagas em decorrência do local de trabalho;

VIII - a parcela percebida em decorrência do exercício de cargo em comissão ou de função de confiança;

IX – o abono de permanência de que tratam o § 19 do art. 40 da Constituição Federal, o § 5º do art 2º e o § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional Federal nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e o § 5º do art. 3º da Emenda Constitucional Estadual nº 56, de 7 de janeiro de 2004.

§ 2º. O servidor ocupante de cargo efetivo poderá optar pela inclusão na base de contribuição de parcelas remuneratórias percebidas em decorrência de local de trabalho, do exercício de cargo em comissão ou função de confiança, para efeito de cálculo do benefício a ser concedido com fundamento no art. 40 da Constituição Federal, e art. 2.º da Emenda Constitucional Federal nº 41, de 19 de dezembro de 2003, respeitada, em qualquer hipótese, a limitação estabelecida no § 2º do art. 40 da Constituição Federal.

Percebe-se que o adicional noturno e o adicional de insalubridade (*Gratificação de Atividades Especiais e de Risco*) não estão elencados no rol *supra*, o que reforça a asserção segundo a qual as parcelas em questão refletirão nas prestações previdenciárias a serem percebidas pelo demandante.

Doutra banda, excluir da base de cálculo do tributo em litígio as verbas pretendidas pela contraparte representaria uma isenção parcial, o que só pode ser feito por lei específica, nos termos do art. 150, § 6º, da Carta Magna, com o texto que lhe outorgara a EC nº 03/1993.

Impende, logo, observar os comandos legais promulgados pelo Estado do Ceará, o qual, como pessoa política que é, detém autonomia legislativa para tratar dos assuntos inseridos em sua esfera de competência.

A propósito, a já aludida Emenda Constitucional nº 103/2019 (Nova Reforma da Previdência Social) consagrou a autonomia legislativa das Unidades Federativas no que toca às regras de cálculo de benefícios previdenciários em seus respectivos regimes. Pede-se vênha para reproduzir, uma vez mais, o art. 1º de tal EC:

Art. 1º A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

Art. 40. O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

[...]

§ 3º As regras para cálculo de proventos de aposentadoria serão disciplinadas em lei do respectivo ente federativo.

Demais disso, prescreve o art. 36, II, da Emenda 103/2019:

Art. 36. Esta Emenda Constitucional entra em vigor:

[...]

II - para os regimes próprios de previdência social dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quanto à alteração promovida pelo art. 1º desta Emenda Constitucional no art. 149 da Constituição Federal e às revogações previstas na alínea “a” do inciso I e nos incisos III e IV do art. 35, na data de publicação de lei de iniciativa privativa do respectivo Poder Executivo que as refere integralmente;

O Ente Cearense, em atenção ao contido no art. 36 *suso*, referendou, através da Lei Complementar Estadual nº 210, de 19 de dezembro de 2019, os termos de retrocitada Emenda Constitucional, nestes moldes:

Art. 3º Ficam referendadas as alterações promovidas pelo art. 1º da Emenda Constitucional Federal nº 103, de 12 de novembro de 2019, no art. 149 da Constituição Federal e na alínea “a”, do inciso I e nos incisos III e IV do art. 35 da referida Emenda.

Aliás, a mencionada Lei Complementar dispõe, em seu art. 1º, III:

Art. 1º Aos servidores públicos estaduais, bem como às pensões deles decorrentes, aplicam-se as regras previstas nos arts. 3º, 4º, 5º, 8º, 10, 20, 21, 22, 23 e 26 da Emenda Constitucional Federal nº 103, de 12 de novembro de 2019, observadas, no âmbito do regime próprio de previdência do Estado, as seguintes especificidades:

[....]

III – quanto ao art. 26: a média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações de que trata este artigo corresponderá a:

a) para quem cumprir os requisitos até dezembro/2021: 80% (oitenta por cento) dos maiores salários de contribuição do período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde o início de contribuição, se posterior àquela competência; e

b) para quem cumprir os requisitos a partir de janeiro/2022: 90% (noventa por cento) dos maiores salários de contribuição do período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde o início de contribuição, se posterior àquela competência;

Em suma, por compreender verbas não submetidas ao tratamento isentivo previsto na legislação cearense, as pretensões autorais, também por essa razão, não merecem prosperar.

Não se pode olvidar que com a EC nº 103/2019, devidamente referendada pelo Estado do Ceará, restou consagrada a autonomia legislativa deste para disciplinar seu regime previdenciário no que concerne às regras de cálculos dos correspondentes benefícios.

Repise-se ainda que o terço constitucional de férias e o adicional de serviços extraordinários (Abono Especial por Reforço

Operacional) já não sofrem incidência de contribuição previdência, como já explicado.

VI. DO NÃO CABIMENTO DE TUTELA DE URGÊNCIA OU DE EVIDÊNCIA

O postulante requereu, em sua exordial, a concessão de providência precária, para:

- b) A concessão da tutela antecipada de urgência, para que Estado se abstenha de incluir a contribuição previdenciária sobre o terço constitucional, horas extras e adicionais percebidos pelo Autor;
- c) Em não sendo atendido de imediato o pedido do Autor no que tange à antecipação de tutela de urgência, requer seja o mesmo pedido reavaliado após a resposta do réu, com a concessão da tutela de evidência;

Razão, contudo, não lhe assiste, já que não foram preenchidos os requisitos autorizadores da medida.

Comece-se pela ausência do requisito do *fumus boni juris*.

Com efeito, no que concerne às parcelas descritas na petição inicial (*adicional de férias, adicional de serviços extraordinários, adicional noturno e adicional de insalubridade*), demonstrou-se, nos fundamentos jurídicos desta defesa, que as duas primeiras não sofrem incidência de contribuição previdenciária, motivo por que não há falar em cessação de sua cobrança e *a fortiori* em repetição de indébito; tocante às duas últimas, viu-se que as respectivas contribuições são incorporáveis, pela regra da média aritmética aos proventos de aposentadoria a que fará *jus* o autor. (não integralidade; EC nº 41/03, seguida pela EC nº 103/2019).

Noutras palavras, o caso em tela não se subsume à *ratio decidendi* do Recurso Extraordinário nº 593.068-SC (Tema de Repercussão Geral nº 163), porquanto o Estado do Ceará não violou, em absoluto, o princípio constitucional e previdenciário da contributividade.

Ausente a fumaça do bom direito, mostra-se despicienda a análise do *periculum in mora*, uma vez que ambos os elementos devem coexistir em matéria de tutela de urgência.

Ressalte-se, de toda sorte, ser, no mínimo, inapropriado aduzir perigo de dano, visando à sustação da exigibilidade de legítimas

obrigações tributárias, em favor das quais milita a presunção de lisura de que gozam os atos estatais em geral.

Segue-se, nessa esteira, que, à míngua de seus requisitos autorizadores, é descabida a tutela antecipada pretendida pelo postulante.

Outrossim, também não se vislumbram os requisitos da tutela de evidência, pois, no vertente caso, ao contrário do que alegado pelo requerente, a petição inicial não está instruída com provas dos fatos constitutivos de seu suposto direito, sobretudo porque suas pretensões, não tendo qualquer amparo jurídico, passam ao largo da jurisprudência do STF.

Remarque-se, em reforço, que os pedidos autorais (*com exceção do terço constitucional de férias e do adicional de serviços extraordinários, pelos motivos já pinçados*) acabam por prejudicar o servidor ora promovente, na medida em que o seu intento, acaso acolhido, traduzir-se-á na redução da aposentadoria que auferirá no futuro, pois o resultado da média aritmética (*que considera todos os valores que sofreram desconto previdenciário no período básico de cálculo*) inevitavelmente será minorado.

VII. DO(S) REQUERIMENTO(S)

Ex positis, requer-se a Vossa Excelência se digne de:

A) DENEGAR a providência precária requerida pela parte promovente, tendo em vista que não se fazem presentes, no caso concreto, os pressupostos autorizadores da tutela de urgência, tampouco da de evidência.

B) EXTINGUIR, a teor do art. 485, VI, do CPC/15, o processo sem resolução de mérito, já que ausente prévio requerimento administrativo formulado pelo autor, compreendendo as pretensões que deduz na presente demanda; a saber: reconhecimento de não-incidência e repetição de indébito de contribuição previdenciária sobre terço constitucional de férias, adicional de serviços extraordinários, adicional noturno e adicional de insalubridade. A carência do direito de ação na espécie, ante a falta de interesse de agir da contraparte, é tão nítida, que, mesmo sem qualquer requerimento do servidor, o Estado do Ceará, desde 2014, não realiza retenção de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias (adicional de férias). Ademais, o adicional de serviços extraordinários (Abono Especial por Reforço Operacional), instituído pela Lei

Estadual nº 14.582/2009, com redação dada pela Lei Estadual nº 16.063/16, não compõe, por expressa determinação legal, a base de cálculo da contribuição previdenciária em questão.

C) RECONHECER, de todo modo, a prescrição atinente ao período anterior aos cinco anos antecedentes à data do ajuizamento desta demanda. No que tange ao terço constitucional de férias (“abono de férias”) e ao adicional de serviços extraordinários (Abono Especial por Reforço Operacional), repontue-se que a contribuição previdenciária em relação ao primeiro não incide desde 2014, ao passo que sobre o segundo a exação nunca incidiu.

D) Vencida a preliminar inserta na alínea a, suso, o que não se espera, JULGAR improcedentes os pedidos autorais, porquanto cabalmente demonstrada a lisura dos descontos realizados a título do tributo previdenciário em discussão. Deveras, relativamente às parcelas descritas na petição vestibular (adicional de férias, adicional de serviços extraordinários, adicional noturno e adicional de insalubridade), viu-se, na fundamentação jurídica da presente peça, que as duas primeiras não sofrem incidência de contribuição previdenciária, razão por que não há falar em cessação de sua cobrança, tampouco em repetição de indébito; no que concerne às duas últimas, as respectivas contribuições repercutirão, pela regra da média aritmética (EC nº 41/2003; atualmente, EC 103/2019), nos proventos de aposentadoria a que fará jus o autor. Em suma, inexistente, por parte da entidade ré, ofensa ao princípio constitucional da contributividade, donde se infere que a hipótese em tela não se afeiçoa ao Recurso Extraordinário nº 593.068-SC (Tema de Repercussão Geral nº 163).

E) CONDENAR o demandante, em virtude do princípio da causalidade ou da sucumbência, em custas e honorários advocatícios, estes últimos fixados na forma do art. 85 do CPC/15.

Caminhando para o fim, pleiteia-se a Vossa Excelência, embora já tenha havido sua dispensa, se digne de NÃO determinar a realização de audiência de conciliação, uma vez que a Fazenda promovida não dispõe de seus bens e direitos (princípio da indisponibilidade do interesse público). Daí por que, em homenagem aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo, propugna-se pela dispensa de tentativa de autocomposição.

Protesta e requer provar o alegado por todos os meios de prova, em Direito, admissíveis.

Termos em que pede e espera deferimento.

Fortaleza (CE), 18 de outubro de 2020.

FRANCISCO ANTONIO NOGUEIRA BEZERRA
PROCURADOR DO ESTADO DO CEARÁ
OAB-CE nº 7.390

AFONSO CARLOS LUSTOSA FILHO
ESTAGIÁRIO DE DIREITO DA PGE/CE

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

**EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) AUTOR(A)
DESEMBARGADOR(A) VICE-PRESIDENTE DO EGRÉGIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ**

Proc. nº: 0407864-33.2010.8.06.0001

INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Recorrente: Estado do Ceará

Recorrido: Município de Itapajé

O ESTADO DO CEARÁ, já devidamente qualificado nos autos do processo em epígrafe, que lhe move o MUNICÍPIO DE ITAPAJÉ, também devidamente qualificado nos fólios, vem, por conduto de seu Procurador ex lege e estagiário firmatários, mui respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, INTERPOR, tempestivamente, com arrimo no art. 102, III, a, da CF/88 e nos arts. 1.029 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015, RECURSO EXTRAORDINÁRIO contra o acórdão local de mérito, às fls. 420/427, integrado pelo decisum em aclaratórios de fls. 32/37 dos autos adjetivos de nº 0407864-33.2010.8.06.0001/50000, que, confirmando a sentença primeva e julgando procedentes as pretensões declinadas na exordial, determinou que a Fazenda Alencarina se abstivesse de descontar da quota-parte do ICMS destinada à Comuna Autora (art. 158, IV, da CF/88) os valores referentes aos benefícios e vantagens fiscais concedidos em conformidade com a Lei Estadual nº 10.367/79, alterada pela Lei Estadual nº 13.377/2003, condenando, por via de consequência, o Ente Cearense, ora recorrente, ao pagamento dos valores não repassados a tal título, observado o lustro prescricional (art. 1º do Decreto nº 20.910/1932).

Requer-se, dessarte, a Vossa Excelência se digne de determinar a intimação da parte contrária para, querendo, apresentar contrarrazões.

Empós, conhecer, em sede de primeiro juízo de admissibilidade, do presente recurso extremo, na medida em que preenchidos seus

pressupostos genéricos e específicos de conhecimento, consoante se extrai das razões anexas.

Ato contínuo, que ascenda este caderno processual, com as razões acostadas, ao Colendo Supremo Tribunal Federal, com vistas à reforma da solução jurisdicional recorrida, que incorreu, data venia, em ofensa direta aos arts. 155, II, e 158, IV, ambos da Constituição da República, e, nessa esteira, à ratio decidendi do Recurso Extraordinário nº 705.423-SE (Tema de Repercussão Geral nº 653), de relatoria de Sua Excelência o Emérito Ministro Edson Fachin.

Termos em que pede e espera deferimento.
De Fortaleza (CE) para Brasília (DF), 17 de julho de 2020.

FRANCISCO ANTONIO NOGUEIRA BEZERRA
PROCURADOR DO ESTADO DO CEARÁ
OAB-CE nº 7.390

AFONSO CARLOS LUSTOSA FILHO
ESTAGIÁRIO DE DIREITO DA PGE/CE

COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Proc. nº: 0407864-33.2010.8.06.0001

Recorrente: Estado do Ceará

Recorrido: Município de Itapajé

RAZÕES DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Augusta Turma Julgadora,
Ínclito Ministro-Relator,
Eméritos Ministros,

I. DA SINOPSE PROCESSUAL

Trata-se de recurso extraordinário que ora se maneja contra o acórdão de fls. 420/427, proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, que, em sede de reexame necessário e recurso de apelação interposto pelo Ente Cearense, confirmou os termos da

sentença de piso, de modo a acolher as pretensões deduzidas pela parte autora (Município de Itapajé).

Eis a ementa de sobredito acórdão:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. ICMS. REPARTIÇÃO DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS. REPASSE AOS MUNICÍPIOS COM DESCONTOS DOS VALORES ATINENTES A BENEFÍCIOS OU INCENTIVOS FISCAIS DO ESTADO. IMPOSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO FIRMADA NO STF. DESPROVIMENTO. SENTENÇA CONFIRMADA.

1. A repartição das receitas tributárias prevista na Carta Magna é um sistema no qual determinada entidade política participa da receita tributária de outra, sendo um mecanismo típico do federalismo cooperativo, em que o ente maior contribui financeiramente com o governo menor, dando, assim, melhores condições para efetivar as políticas públicas e melhorar a situação da população local. Entretanto, não cabe ao Estado do Ceará impor medidas diversas que reduza ou exclua a quota-parte que a CF/1988 destinou aos Municípios, sob pena de afronta à sistemática anteriormente descrita e à própria autonomia financeira municipal.

2. Ao conceder benefício e/ou incentivo fiscal de postergação do recolhimento do ICMS, mesmo sob a louvável justificativa de fomentar o crescimento sócioeconômico do Estado por meio do Fundo de Desenvolvimento Industrial do Ceará, o recorrente acabou por afrontar o pacto federativo e prejudicar o Município de Itapajé com a diminuição do repasse do tributo a que tem direito.

3. Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Tema 42 da Repercussão Geral), o repasse da quota constitucionalmente devida aos municípios não pode se sujeitar à condição prevista em programa de benefício fiscal de âmbito estadual. O acórdão recorrido afastou-se da jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, razão pela qual merece ser reformado. 3. Não se aplica o decidido no RE 705.423, Tema 653 da Repercussão Geral, tendo em vista que trata de tributo distinto, regulamentado por dispositivos constitucionais específicos." (RE 1186457 ED, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, julgamento 12/04/2019).

4. De outro lado, registre-se que o incentivo fiscal concedido pela legislação estadual, que instituiu o FDI, não se limita à

dilação de prazo para recolhimento do tributo, estando prevista também a redução da base de cálculo do ICMS e a concessão de crédito fiscal presumido. Essa renúncia de parte da arrecadação feita pelo apelante como forma de benefício fiscal não pode alcançar a parcela do imposto que constitucionalmente pertence aos Municípios, ou seja, o favor fiscal não deve ocorrer às custas da parcela municipal.

5. Apelo e Reexame conhecidos e não providos, sentença confirmada, em consonância com a orientação firmada no STF e neste ente fracionário.

Tendo em vista que o caso concreto se amolda ao Tema de Repercussão Geral nº 653 (RE nº 705.423-SE) e não ao Tema de Repercussão Geral nº 42 (RE nº 572.762-SC), o Estado do Ceará opôs no Tribunal a quo embargos de declaração com efeitos infringentes ou para fins de prequestionamento, requerendo as seguintes providências (vide fls. 1/9 dos autos adjetivos nº 0407863-33.2010.8.06.0001/50000):

Ex positis, requer-se a Vossas Excelências se dignem de conhecer dos presentes embargos, para, dando-lhes provimento com efeitos infringentes, suprir a omissão qualificada indicada nestas razões, de sorte que esse Emérito Colegiado siga o entendimento exarado no RE nº 705-423-Sergipe (Tema de Repercussão Geral nº 653), a que se afeição o caso concreto.

Caso Vossas Excelências hajam por bem não acolher a pretensão supra, que seja então prequestionada a matéria aqui repisada, à luz do RE paradigma plasmado no parágrafo antecedente.

Não obstante, a Egrégia Corte de Justiça Alencarina rejeitou citados aclaratórios, por força do acórdão de fls. 32/37 (fólios apensados nº 0407863-33.2010.8.06.0001/50000), assim ementado:

EMENTA: EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. ICMS. REPARTIÇÃO DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS. REPASSE AOS MUNICÍPIOS COM DESCONTOS DOS VALORES ATINENTES A BENEFÍCIOS OU INCENTIVOS FISCAIS DO ESTADO. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA ENFRENTADA E DISTINÇÃO REALIZADA. CONTRADIÇÃO EXTERNA. NÃO CABIMENTO. SUPOSTOS VÍCIOS. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES AFASTADOS. REDISCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO. ACÓRDÃO MANTIDO.

1. Este ente fracionário analisou as peculiaridades da controvérsia, tendo vislumbrado que não cabe ao Estado do Ceará impor medidas diversas que reduza ou exclua a quota-parte que a CF/1988 destinou aos Municípios, sob pena de afronta à sistemática constitucional de repartição das receitas tributárias e à própria autonomia financeira municipal. A renúncia de parte da arrecadação, feita como forma de benefício fiscal, não pode alcançar a parcela do imposto que constitucionalmente pertence aos Municípios, ou seja, o favor fiscal não deve ocorrer às custas da parcela municipal.

2. Registre-se, outrossim, que houve expressa menção ao enquadramento do caso concreto à tese fixada no Tema 42 (RE nº 572.762/SC), fazendo-se a devida distinção com o Tema 653 (RE nº 705.423/SE), inclusive com citação de recente precedente do STF, para corroborar a postura adotada, a qual já vinha sendo perfilhada em outros julgamentos realizados na ambiência deste órgão colegiado.

3. Tal entendimento foi externado de forma clara, não dando margem para dúvidas. O fato de o recorrente possuir outra percepção sobre o tema não torna o acórdão omissor, contraditório ou mesmo equivocado, apenas contrário ao seu interesse.

4. A dissonância com outros precedentes jurisprudenciais não enseja a procedência dos embargos, posto que os aclaratórios não possuem a finalidade de sanar “contradição externa” nem mesmo corrigir eventual erro de julgamento.

5. Os embargos em referência tiveram o condão de, tão somente, rediscutir por um outro viés matéria já enfrentada, o que é descabido para a espécie, conforme enunciado da Súmula nº 18 do TJCE: “São indevidos embargos de declaração que têm por única finalidade o reexame da controvérsia jurídica já apreciada”.

6. Recurso conhecido e não provido.

Pois bem, versam os autos sobre demanda intentada em desfavor do Estado do Ceará, em que a Comuna Autora, ora recorrida, colima, em síntese, que o Ente Cearense abstenha-se de descontar, da quota-parte do ICMS a ela devida (art. 158, IV, da CF/88), os valores referentes aos benefícios e vantagens fiscais concedidos em conformidade com a Lei Estadual nº 10.367/79, alterada pela Lei Estadual nº 13.377/2003, que disciplina o Fundo de Desenvolvimento Industrial do Estado do Ceará (FDI).

Outrossim, propugna para que lhe sejam pagos os valores a tal título, que não teriam sido repassados nos últimos cinco anos, à cifra de R\$ 3.920.786,23 (três milhões, novecentos e vinte mil, setecentos e oitenta e seis reais e vinte e três centavos), acrescidos de consectários legais.

Como dantes anotado, o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, exaurindo a prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias, houve por bem julgar procedentes os pedidos autorais.

Ocorre, como se verá com a devida detença adiante, que a Corte a quo laborou, data venia, em error in judicando, porquanto invocou, para dirimir a controvérsia, o RE nº 572.762-SC (Tema de Repercussão Geral nº 42), relator Sua Excelência o Emérito Ministro Ricardo Lewandowski, no qual o Pretório Excelso erigiu entendimento segundo o qual é defeso ao ente político maior (União e Estados-Membros) reter do produto de arrecadação de suas receitas tributárias (que já ingressaram em seus cofres) a parcela devida aos entes federativos menores (Estados-Membros e Municípios), a título de participação direta, FPE e FPM.

Tema 42: A retenção da parcela do ICMS constitucionalmente devida aos municípios, a pretexto de concessão de incentivos fiscais, configura indevida interferência do Estado no sistema constitucional de repartição de receitas tributárias.

In casu, discute-se, todavia, se o Ente Menor detém direito subjetivo de influir na concessão de incentivos, benefícios e isenções decorrentes da política fiscal e arrecadatória do Ente Maior; noutras palavras, se ao Estado do Ceará é legítimo e constitucional deduzir, da quota-parte de 25% do ICMS a que faz jus o Município autor, os valores objeto dos benefícios e vantagens fiscais previstos na Lei Estadual nº 10.367/79, que resultam no não ingresso de mencionados recursos no erário alencarino.

Dirimindo a questão posta no parágrafo encimado, esse Colendo STF, fazendo o devido distinguishing em relação ao RE nº 572.762-SC (Tema 42), assentou, no RE nº 705.423-SE (Tema 653), que:

Não se haure da autonomia financeira dos Municípios direito subjetivo de índole constitucional com aptidão para infirmar o livre exercício da competência tributária da União, inclusive em relação aos incentivos e renúncias fiscais, desde que observados

os parâmetros de controle constitucionais, legislativos e jurisprudenciais atinentes à desoneração.

Tema 653: É constitucional a concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados por parte da União em relação ao Fundo de Participação de Municípios e respectivas quotas devidas às Municipalidades.

Dessa maneira, como, no caso concreto, observa-se a concessão de benesse fiscal que redunde no não ingresso de receitas de ICMS no erário cearense, não há falar em participação da parte adversa naquilo que não foi arrecadado pelo ora recorrente, razão pela qual, ao contrário do que sustentado nas instâncias ordinárias, incide na espécie o Tema de Repercussão Geral nº 653, já que inexistente produto de arrecadação de receitas tributárias (que pressupõe, segundo o Direito Financeiro, a entrada de recursos nos cofres públicos).

Daí por que, maneja-se este recurso extraordinário, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, dada a violação flagrante, na origem, aos arts. 155, II, e 158, IV, ambos da Constituição da República, e, nessa esteira, à ratio decidendi do aresto exarado no RE nº 705.423-SE (Tema de Repercussão Geral nº 653), relator Sua Excelência o Ínclito Min. Edson Fachin.

É a sinopse processual.

II. DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O presente recurso preenche todos os seus requisitos intrínsecos e extrínsecos genéricos de admissibilidade: capacidade, interesse, utilidade e adequabilidade da via eleita, tempestividade, isenção de preparo, etc.

Avançando, passa-se à análise de seus pressupostos específicos de conhecimento, igualmente atendidos.

II.1 DA CAUSA DECIDIDA EM ÚLTIMA INSTÂNCIA

Tocante a mencionado pressuposto específico de recorribilidade, registre-se que a solução jurisdicional recorrida traduz-se na manifestação final do Tribunal a quo, vale dizer, em pronunciamento jurisdicional conclusivo das instâncias ordinárias.

Vale repisar que foram opostos embargos declaratórios em face do acórdão de mérito local, a fim de ver suprida a omissão consistente

na não adoção pelo Órgão Julgador originário do Tema de Repercussão Geral nº 653; no entanto os aclaratórios foram rejeitados.

Dessarte, não há possibilidade de se interpor qualquer recurso de natureza ordinária contra a decisão impugnada, perante o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, donde se conclui não haver falar, *in casu*, na Súmula nº 281 do STF¹.

II.2 DA EXISTÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL CABIMENTO.

No que tange à questão de índole constitucional, a Carta Política de 1988, em seu art. 102, III, a, atribui ao STF competência para o conhecimento e julgamento de recurso extraordinário sempre que a decisão impugnada contrariar dispositivos do Texto Magno.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

No caso em tela, o Notável Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, ao julgar procedentes as pretensões autorais, determinou que o Ente Cearense se abstivesse de descontar da quota-parte do ICMS destinada à Comuna Autora (art. 158, IV, da CF/88) os valores referentes aos benefícios e incentivos fiscais previstos na Lei Estadual nº 10.367/79, alterada pela Lei Estadual nº 13.377/2003 (Fundo do Desenvolvimento Industrial no Ceará).

Como tais benesses ensejam a não arrecadação ou postergação de receitas tributárias pelo Erário Cearense, o acórdão recorrido, violando a política fiscal da Fazenda Alencarina, entrou em rota de colisão com o Tema de Repercussão Geral nº 653 (RE nº 705.423-SE, de relatoria do Min. Edson Fachin).

Tema 653: É constitucional a concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados por parte da União em

1 É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.

relação ao Fundo de Participação de Municípios e respectivas quotas devidas às Municipalidades.

Assim sendo, além de vulnerar a jurisprudência dessa Augusta Corte Suprema, a solução jurisdicional recorrida, sobre coarctar a competência tributária do Estado do Ceará, malferiu os arts. 155, II, e 158, IV, da Carta Magna.

Segue-se ser irrefragável a envergadura constitucional da questão abrigada nesta relação jurídico-processual, o que desafia a interposição de recurso extraordinário na forma do já aludido art. 102, III, a, da CF/88.

II.3 DO PREQUESTIONAMENTO

Prosseguindo, sublinhe-se que a matéria constitucional acima mencionada restou devidamente prequestionada, conforme se extrai, inclusive, dos embargos de declaração aviados na origem, os quais, entretanto, foram rejeitados.

Advirta-se que a ementa de prefalados embargos encontra-se estampada no tópico da sinopse processual, logo acima.

Com efeito, o ora recorrente sustentou, exaustivamente, nas instâncias ordinárias, que o caso concreto não se subsume ao Tema de Repercussão Geral nº 42 (RE nº 572.762-SC), invocado erroneamente na origem; mas sim ao Tema de Repercussão Geral nº 653 (RE nº 705.423-SE), cujos motivos determinantes definem o alcance dos arts. 155, II, e 158, IV, da Lei Suprema da República.

Desse modo, o acórdão impugnado, ao acolher os pedidos insertos na exordial, olvidou a seguinte passagem irretorquível do voto proferido por Sua Excelência o Douto Ministro Edson Fachin no bojo do Recurso Extraordinário nº 705.423-SE:

Não se haure da autonomia financeira dos Municípios direito subjetivo de índole constitucional com aptidão para infirmar o livre exercício da competência tributária da União, inclusive em relação aos incentivos e renúncias fiscais, desde que observados os parâmetros de controle constitucionais, legislativos e jurisprudenciais atinentes à desoneração.

Lado outro, caso se entenda que a solução a quo, a despeito dos aclaratórios, não tenha enfrentado todos os argumentos agitados pelo recorrente, hão de ser consideradas como prequestionadas tais

alegações, na linha do disposto no art. 1.025 do Código de Processo Civil, *ipsis litteris*:

Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

Em suma, indene de dúvidas que o pressuposto de admissibilidade ora em análise resta atendido *in casu*.

II.4 DA REPERCUSSÃO GERAL

Vaticinam os arts. 102, § 3º, da CF/88 e 1.035, § 1º, do CPC/15 que o conhecimento do recurso extraordinário necessita de que a matéria de índole constitucional nele inserida transcenda aos interesses subjetivos das partes litigantes, sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico. Transcreve-se abaixo o teor de referidos preceptivos:

Art. 102. Omissis:

[...]

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

In casu, a questão constitucional em alusão é relevante e transcendente tanto do ponto de vista econômico, quanto social, político e jurídico.

Deveras, ao determinar que o Ente Cearense se abstenha de descontar da quota-parte do ICMS destinada à Comuna Autora (art. 158, IV, da CF/88) os valores relativos aos benefícios e vantagens fiscais insculpidos nas Leis Estaduais nº 10.367/79 e 13.377/2003 (Fundo do Desenvolvimento Industrial no Estado do Ceará), o acórdão recorrido compromete seriamente a competência tributária e a política fiscal do Estado do Ceará, que encontram guarida, no que pertine à lide, no art. 155, II, da CF/88 e, nesse passo, no Tema de Repercussão Geral nº 653 (RE nº 705.423-SE).

Ora, não se pode obrigar um ente federativo a repassar algo que não recebeu.

Só nesta demanda, que envolve o Município cearense de Itapajé, caso prosperem as pretensões declinadas na petição vestibular, o Estado do Ceará será condenado à obrigação de pagar quantia certa no importe histórico de R\$ 3.920.786,23 (três milhões, novecentos e vinte mil, setecentos e oitenta e seis reais e vinte e três centavos).

Não se pode olvidar o que terá de transferir a citada Comuna sem ter ao menos arrecadado os valores a serem repassados.

Some-se a isso o efeito multiplicador de ação desse jaez, cabendo ressaltar que, ao todo, são 184 municípios no território cearense.

A relevância econômica da questão em análise é, pois, manifesta, de sorte que, ao ganhar musculatura o entendimento adotado na origem, alcançando os demais municípios, os danos ao erário alencarino serão incalculáveis.

Do ponto de vista político, anote-se que a decisão impugnada interfere prejudicialmente na Política Fiscal da Fazenda recorrente, o que configura coartação de sua competência tributária e, nessa medida, vulneração da estrutura política de repartição tributária delineada pela Constituição da República.

Relativamente ao aspecto social, é fácil inferir que o impacto drástico nos cofres públicos estaduais implicará decerto no ingente comprometimento das políticas públicas da mais diversa ordem, prejudicando escopos/deveres do Estado Cearense, como a promoção da saúde, educação, segurança pública, etc.

Por fim, do ponto de vista jurídico, como já demonstrado, o acórdão impugnado passou ao largo da ratio decidendi do RE nº 705.423-SE (Tema de Repercussão Geral nº 653), sendo fora de dúvida, por isso, a importância jurídica da controvérsia.

A propósito, atinente ao aspecto jurídico, convém trazer à colação o contido no art. 1.035, § 3º, I, do Código de Ritos:

Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

[...]

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:

I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;

Em resumo, é hialina a repercussão geral no caso concreto.

III DO MÉRITO RECURSAL

III.1 COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA. DIREITO SUBJETIVO À REPARTIÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS QUE PRESSUPÕE PRODUTO DE ARRECADAÇÃO, OU SEJA, RECURSOS QUE TENHAM INGRESSADO NOS COFRES PÚBLICOS

A Constituição Federal, em seus arts. 153 e seguintes, disciplina a descentralização do poder de tributar entre as Unidades da Federação.

No que interessa ao presente caso, a competência tributária concernente ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) toca aos Estados e ao Distrito Federal, a teor do art. 155, II, da Carta Magna, *in verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

[...]

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

Ato contínuo de raciocínio, a fim de implementar um hígido Federalismo Fiscal, através de um sistema de cooperação entre as pessoas políticas que consubstanciam o Estado Federal brasileiro, a Lei Fundamental da República, em seus arts. 157 *usque* 162, prevê o modelo de repartição de receitas tributárias (entes maiores em prol dos entes menores).

Centrando-se no objeto deste recurso, cumpre colacionar, de citados dispositivos, o art. 158, que, em seu inciso IV, preconiza que:

Art. 158. Pertencem aos Municípios:

[..]

IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Observa-se, da norma *suso*, que, do total arrecadado pelos Estados a título de ICMS, 25% serão destinados aos correspondentes Municípios.

Segundo o Manual de Procedimentos de Receitas Públicas², da Secretaria do Tesouro Nacional, as receitas tributárias integram um processo composto por quatro fases; a saber: a) previsão; b) lançamento; c) arrecadação; e d) recolhimento; assim conceituadas por aludida Secretaria:

2 https://www.fn.de.gov.br/index.php/fnde_sistemas/item/4043-manual-de-procedimentos-das-receitas-p%C3%BAblicas

6 ESTÁGIOS DA RECEITA PÚBLICA

6.1 ESTÁGIOS DA RECEITA PÚBLICA

Estágio da receita orçamentária é cada passo identificado que evidencia o comportamento da receita e facilita o conhecimento e a gestão dos ingressos de recursos.

Os estágios da receita orçamentária são os seguintes:

- Previsão – estimativa de arrecadação da receita, constante da Lei Orçamentária Anual – LOA, compreendido em fases distintas:
 - 1 – A primeira fase consiste na organização e no estabelecimento da metodologia de elaboração da estimativa; (redação alterada conforme retificação publicada no Diário Oficial da União – 29.06.2004)
 - 2 – A segunda fase consiste no lançamento, que é tratado pela Lei nº 4.320/64 nos seus artigos 51 e 53, é o assentamento dos débitos futuros dos contribuintes de impostos diretos, cotas ou contribuições prefixadas ou decorrentes de outras fontes de recursos, efetuados pelos órgãos competentes que verificam a procedência do crédito a natureza da pessoa do contribuinte quer seja física ou jurídica e o valor correspondente à respectiva estimativa. O lançamento é a legalização da receita pela sua instituição e a respectiva inclusão no orçamento.
- Arrecadação – entrega, realizada pelos contribuintes ou devedores aos agentes arrecadores ou bancos autorizados pelo ente, dos recursos devidos ao Tesouro. A arrecadação ocorre somente uma vez, vindo em seguida o recolhimento. Quando um ente arrecada para outro ente, cumpre-lhe apenas entregar-lhe os recursos pela transferência dos recursos, não sendo considerada arrecadação, quando do recebimento pelo ente beneficiário.
- Recolhimento – transferência dos valores arrecadados à conta específica do Tesouro, responsável pela administração e controle da arrecadação e programação financeira, observando o Princípio da Unidade de Caixa representado pelo controle centralizado dos recursos arrecadados em cada ente.

Percebe-se que a base de cálculo da quota-parte a que se refere o já citado art. 158, IV, da CF/88 (objeto da contenda) são os valores arrecadados, ou seja, que ingressaram no Tesouro do Estado-Membro.

Antes disso, em atenção aos estágios da receita pública, não há falar em direito subjetivo do Ente Menor a uma porção de receita tributária que sequer foi auferida pelo Ente Maior.

Essa inteligência se aplica a todas as hipóteses de repartição de receitas tributárias cunhadas no corpo constitucional (Título VI, Capítulo I, Seção VI).

Procurou, dessa maneira, o Poder Constituinte equacionar, de um lado, a competência tributária dos sujeitos federativos maiores, cujas políticas fiscais podem prever isenções ou outras benesses tributárias, com a consequente renúncia ou postergação do recebimento de receita pública; e, de outro lado, a autonomia financeira das pessoas políticas menores, cuja participação no “bolo” tributário de competência daqueles não pode ter por base valores estimados ou, *a fortiori*, objeto de renúncias fiscais, sob pena de subversão do arquétipo constitucional respeitante ao federalismo fiscal.

III.2 DA LEI ESTADUAL Nº 10.367/79, QUE INSTITUIU O FUNDO DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL DO CEARÁ (PROVIN/FDI)

Traçadas as premissas insertas no subitem anterior, destaque-se que o Estado do Ceará editou a Lei Estadual nº 10.367, de 07 de dezembro de 1979, com redação dada pela Lei Estadual nº 13.377/2003, que disciplina o Programa de Desenvolvimento Industrial do Ceará (PROVIN/FDI). Exemplares de mencionados diplomas legais dormitam às fls. 32/39 dos autos.

Em seus arts. 1º e 2º, dispõe a Lei do FDI:

Art. 1º É instituído o Fundo de Desenvolvimento Industrial do Ceará - FDI - com o objetivo de promover o desenvolvimento das atividades industriais em todo Território do Estado do Ceará.

Art. 2º O Fundo de Desenvolvimento Industrial do Ceará - FDI, conforme disposto em regulamento, poderá assegurar às sociedades empresárias e cooperativas consideradas de fundamental interesse para o desenvolvimento econômico do Estado, incentivos para implantação, funcionamento, realocização, ampliação, modernização, diversificação ou recuperação, sob as formas de incentivos fiscais e financeiros, subscrição de ações, participações societárias, empréstimos, inclusive com subsídios sobre o principal e encargos financeiros, prestações de garantias, aquisição de debêntures e subsídios de tarifas de água e esgoto. (Redação dada ao *caput* pela Lei nº 13.377, de 29.09.2003, DOE CE de 29.09.2003, com efeitos a partir de 11.09.2003)

Prosseguindo, o art. 5º da Lei sob enfoque estabelece as seguintes modalidades de benefício fiscal:

Art. 5º São operações do FDI, regulamentadas por Decreto do Chefe do Poder Executivo: (Redação dada pela Lei nº 13.377, de 29.09.2003, DOE CE de 29.09.2003, com efeitos a partir de 11.09.2003)

[...]

IV - a concessão de incentivos fiscais relativos ao ICMS, através:

a) da dilação do prazo de pagamento de parcela do saldo devedor mensal do imposto, com dedução de percentual dessa parcela, no caso de liquidação do débito até a data do vencimento da dilação;

b) do diferimento do momento de pagamento total ou parcial do imposto, com dedução de percentual total ou parcial do montante diferido, no caso de liquidação do débito até a data do vencimento do diferimento;

c) da concessão de crédito fiscal presumido e de redução da base de cálculo do imposto. (Redação dada ao inciso pela Lei nº 13.377, de 29.09.2003, DOE CE de 29.09.2003, com efeitos a partir de 11.09.2003)

V - a concessão de incentivos financeiros relacionados ao ICMS, com a concessão de empréstimos, a médio e longo prazos, inclusive com subsídios sobre o principal e encargos financeiros. (Inciso acrescentado pela Lei nº 13.377, de 29.09.2003, DOE CE de 29.09.2003, com efeitos a partir de 11.09.2003)

Como alhures assinalado, colima o Município de Itapajé, ora recorrido, invocando sua autonomia financeira, que o Estado do Ceará não desconte, da quota-parte do ICMS a ele devida (art. 158, IV, da CF/88), os valores objeto dos benefícios fiscais acima reproduzidos.

É dizer, pretende a contraparte que o Ente Cearense proceda ao repasse de valores que foram alvo de desoneração ou de postergação, hauridas da política tributária alencarina; importâncias que sequer ingressaram no erário estadual.

Trata-se de desiderato que maltrata a essência da repartição das receitas tributárias, que pressupõe, como demonstrado no subitem antecedente, o produto de arrecadação, isto é, recursos que efetivamente entraram nos cofres públicos.

Infelizmente, as instâncias ordinárias avalizaram o entendimento autoral, motivo por que violaram os arts. 155, II, e 158, IV, da CF/88.

Malferiram, nesse passo, como se verá na sequência, o Tema de Repercussão Geral nº 653.

III.3 DO *DISTINGUISHING* DO CASO CONCRETO EM RELAÇÃO AO TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL Nº 42 (RE 572.762/SC). HIPÓTESE VERTENTE QUE SE AMOLDA, AO REVÉS, AO TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL Nº 653 (RE Nº 705.423-SE)

No seio do Recurso Extraordinário nº 705.423-SE, de relatoria do Emérito Ministro Edson Fachin, a que se subsume a hipótese

em testilha, esse Colendo Supremo Tribunal Federal, apreciando questão semelhante à espécie (ausência de arrecadação das receitas tributárias), exarou acórdão assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO. FEDERALISMO FISCAL. FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS – FPM. TRANSFERÊNCIAS INTERGOVERNAMENTAIS. REPARTIÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS. COMPETÊNCIA PELA FONTE OU PRODUTO. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA. AUTONOMIA FINANCEIRA. PRODUTO DA ARRECADAÇÃO. CÁLCULO. DEDUÇÃO OU EXCLUSÃO DAS RENÚNCIAS, INCENTIVOS E ISENÇÕES FISCAIS. IMPOSTO DE RENDA - IR. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – IPI. ART. 150, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. Não se haure da autonomia financeira dos Municípios direito subjetivo de índole constitucional com aptidão para infirmar o livre exercício da competência tributária da União, inclusive em relação aos incentivos e renúncias fiscais, desde que observados os parâmetros de controle constitucionais, legislativos e jurisprudenciais atinentes à desoneração.

2. A expressão “produto da arrecadação” prevista no art. 158, I, da Constituição da República, não permite interpretação constitucional de modo a incluir na base de cálculo do FPM os benefícios e incentivos fiscais devidamente realizados pela União em relação a tributos federais, à luz do conceito técnico de arrecadação e dos estágios da receita pública.

3. A demanda distingue-se do Tema 42 da sistemática da repercussão geral, cujo recurso-paradigma é RE-RG 572.762, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 18.06.2008, DJe 05.09.2008. Isto porque no julgamento pretérito centrou-se na natureza compulsória ou voluntária das transferências intergovernamentais, ao passo que o cerne do debate neste Tema reside na diferenciação entre participação direta e indireta na arrecadação tributária do Estado Fiscal por parte de ente federativo. Precedentes. Doutrina.

4. Fixação de tese jurídica ao Tema 653 da sistemática da repercussão geral: “É constitucional a concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados por parte

da União em relação ao Fundo de Participação de Municípios e respectivas quotas devidas às Municipalidades.”

5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(STF - RE: 705423 SE - SERGIPE, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 23/11/2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-020 05-02-2018)

Importa ressaltar que a discussão travada em sobredito RE, a exemplo do que ocorre na espécie, centrou-se em se verificar se a autonomia financeira dos entes políticos menores tem o condão de influir no livre exercício da competência tributaria dos entes maiores, sobretudo no que diz respeito a incentivos e benefícios oriundos da política fiscal destes últimos.

A lide, portanto, repousava em se saber se os entes beneficiários de participação no bolo tributário de outras pessoas políticas gozariam de direito subjetivo a lhes conferir o repasse de parcela de receitas que sequer ingressaram, em face de renúncia fiscal ou diferimento, no Tesouro do ente transferente.

A resposta, como se pode inferir da ementa supratranscrita, foi negativa. Em consequência, esse Pretório Excelso confeccionou o Tema de Repercussão Geral nº 653 com o seguinte teor:

Tema 653: É constitucional a concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados por parte da União em relação ao Fundo de Participação de Municípios e respectivas quotas devidas às Municipalidades.

Ou seja, restou assentado, na jurisprudência do STF, que a participação da unidade federada menor na receita tributária do ente maior cinge-se ao produto de arrecadação, vale dizer, ao que efetivamente imerso nos cofres públicos daquela última entidade. Para maior clareza, reproduz-se, uma vez mais, a seguinte e abalizada passagem do voto lançado pelo Douto Ministro Edson Fachin no Recurso Extraordinário em comento:

Nesse sentido, resta perquirir o sentido jurídico que adquire a dispensa de pagamento do IR e do IPI realizado pela União no contexto federativo do Sistema Tributário Nacional, sobretudo no que toca à participação indireta dos entes municipais no produto da arrecadação desses impostos, por via do FPM. A meu

ver, é esse o ponto nodal do deslinde da presente controvérsia constitucional.

Por conseguinte, firmo convicção no sentido de que não se haure da autonomia financeira dos Municípios direito subjetivo de índole constitucional com aptidão para infirmar o exercício da competência tributária da União, inclusive em relação aos incentivos e renúncias fiscais, desde que observados os parâmetros de controle constitucionais, legislativos e jurisprudenciais atinentes à desoneração.

Conquanto se refira à competência tributária da União (especificamente, IR e IPI), essa inteligência aplica-se, logicamente, aos demais tributos do sistema tributário nacional, porquanto deita luzes sobre o modelo de descentralização do poder de tributar e a estrutura da repartição de receitas tributárias definidos pelo Poder Constituinte.

Essa questão, que é o cerne do caso concreto, difere do RE nº 572.762-SC, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, pois esse julgado predecessor cuidou de hipótese em que o Estado de Santa Catarina (Ente Maior) retinha da quota-parte destinada ao Município de Timbó (Ente Menor) valores que foram, de fato, arrecadados por aquela Unidade Federada, caracterizando, por conseguinte, ofensa ao sistema constitucional de repartição de receitas tributárias. Em decorrência, emergiu-se o Tema de Repercussão Geral nº 42:

Tema 42: A retenção da parcela do ICMS constitucionalmente devida aos municípios, a pretexto de concessão de incentivos fiscais, configura indevida interferência do Estado no sistema constitucional de repartição de receitas tributárias.

Nessa ordem de ideias, pode-se asseverar que, no Tema 653, a que se afeiçoa a espécie, dirimiui-se a contraposição entre a autonomia federativo-financeira do ente beneficiário e a competência tributária do ente maior.

Assim, por exemplo, se a pessoa política possuidora de competência tributária de um determinado tributo resolver, a partir de sua política fiscal, conceder benefícios ou vantagens aos seus contribuintes, a participação dos entes federados em relação à mencionada exação restringir-se-á ao que foi efetivamente arrecadado. Em caso de diferimento do recolhimento, esse direito de participação nascerá com o adimplemento da obrigação postergada.

No Tema 42, de seu turno, definiu-se (*ratio decidendi*) que as transferências intergovernamentais envolvendo participação direta, Fundo de Participação Estadual (FPE) e Fundo de Participação Municipal (FPM) são de cunho compulsório, não detendo o ente transferente poder sobre a destinação da parcela das receitas públicas já arrecadadas, a ser transferida ao ente beneficiário, que ostenta a titularidade dessa parcela (receita corrente líquida sua).

Vê-se que são questões e julgados inconfundíveis. Bem por isso, o Ministro Edson Fachin, no RE nº 705.423-SE, observou, com louvor, que:

A demanda distingue-se do Tema 42 da sistemática da repercussão geral, cujo recurso-paradigma é RE-RG 572.762, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 18.06.2008, DJe 05.09.2008. Isto porque no julgamento pretérito centrou-se na natureza compulsória ou voluntária das transferências intergovernamentais, ao passo que o cerne do debate neste Tema reside na diferenciação entre participação direta e indireta na arrecadação tributária do Estado Fiscal por parte de ente federativo. Precedentes. Doutrina.

No mesmo sentido, a Ministra Rosa Weber, no bojo dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 1.186.457-GO, assentou, com maestria, que:

As duas teses dizem respeito a situações em que, em virtude da concessão de certo benefício fiscal, existe uma diminuição do repasse de determinado tributo cuja arrecadação é constitucionalmente compartilhada com outros entes federados. Parece-me que talvez não esteja tão clara a diferença entre as teses, havendo até quem, como faz o Estado de Goiás, diga que, ao julgar o tema 653, o STF reviu a compreensão anteriormente adotada no tema 42. Por isso mesmo, entendo importante que busquemos tornar mais clara a questão.

[...]

A conclusão, então, em brevíssima síntese, é de que a aplicabilidade das conclusões do tema 42 ou do 653 dependerá essencialmente de se o ICMS que dá origem ao litígio chega (ou deveria chegar) ou não a ingressar nos cofres estaduais.

Se existe uma redução do tributo devido por isenção, diminuição da base de cálculo ou outra fórmula, o Município só tem direito ao que efetivamente foi arrecado. Igualmente quanto ao prazo.

Se houve uma postergação da data de pagamento do tributo, o Município só terá direito ao recebimento de sua parcela quando este. Se, pelo contrário, houve a arrecadação, o Município terá direito a 25% do montante, ainda que o Estado, por algum mecanismo, restitua ao contribuinte parte desse valor.

No caso concreto, a Lei em debate, a Lei Estadual nº 10.367, de 07 de dezembro de 1979, com redação dada pela Lei Estadual nº 13.377/2003, prevê vantagens e benefícios fiscais que redundam em não ingresso de receitas de ICMS nos cofres cearenses ou na postergação desse ingresso.

Dessa maneira, a participação da Comuna demandante deve alcançar apenas o que efetivamente arrecadado pelo ora recorrente.

Antes disso, à míngua de produto de arrecadação, e em observância às etapas da receita pública, inexistia direito municipal a repasse.

Segue-se, pois, que os pedidos autorais e as soluções jurisdicionais adotadas nas instâncias ordinárias, sobre invocar o Tema de Repercussão Geral nº 42 para o remedeio da querela, incorrem em grave erro, concessa venia.

O caso concreto, ao revés, cuidando de valores, remarque-se, que não ingressaram no erário, atrai a incidência do Tema de Repercussão Geral nº 653, que resguarda a competência tributária do Estado do Ceará, inclusive no tocante à sua política de benefícios e vantagens fiscais, que não deve sofrer ingerência dos municípios cearenses.

IV. DOS REQUERIMENTOS

Ex positis, requer-se a Vossas Excelências se dignem de CONHECER do presente recurso extraordinário e, no mérito, dar-lhe provimento, para, reformando o acórdão recorrido e julgando improcedentes os pedidos autorais, RECONHECER que a hipótese vertente se amolda ao Tema de Repercussão Geral nº 653 (RE nº 705.423-SE, de relatoria do Emérito Ministro Edson Fachin), cuja ratio decidendi assegura ao Estado do Ceará que deduza, da quota-parte do ICMS destinada à Comuna Autora (art. 158, IV, da CF/88), os valores referentes aos benefícios e incentivos fiscais concedidos em conformidade com a Lei Estadual nº 10.367/79, alterada pela Lei Estadual nº 13.377/2003, que resultam no não ingresso (desoneração

fiscal) ou na postergação (diferimento) de referidos recursos nos cofres públicos cearenses.

Em suma, que reste assentado que a participação da parte adversa (Município de Itapajé) no produto de arrecadação do Estado do Ceará cinge-se à parcela de recursos que efetivamente ingressaram no erário alencarino, em observância às fases evidenciadoras da receita pública e ao modelo de descentralização do poder de tributar e à estrutura de repartição de receitas tributárias delineados pela Constituição da República.

Como conatural efeito do provimento deste recurso extremo, que haja a inversão do ônus de sucumbência.

Termos em que pede e espera deferimento.

De Fortaleza (CE) para Brasília (DF), 17 de julho de 2020.

FRANCISCO ANTONIO NOGUEIRA BEZERRA
PROCURADOR DO ESTADO DO CEARÁ
OAB-CE nº 7.390

AFONSO CARLOS LUSTOSA FILHO
ESTAGIÁRIO DE DIREITO DA PGE/CE